Universiteit
Leiden
The Netherlands

Eerlijk proces en bijzondere opsporing

Ölçer, F.P.

Citation
Ölçer, F. P. (2006). *Eerlijk proces en bijzondere opsporing*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/15356

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Leiden University Non-exclusive license
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/15356

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Eerlijk proces en bijzondere opsporing

Eerlijk proces en bijzondere opsporing

Mr. F. Pinar Ölçer

Wolf Legal Publishers - 2008

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2008 F.P. Ölçer

ISBN 978-90-5850-376-3

Uitgever:
Wolf Legal Publishers
Postbus 31051
6503 CB Nijmegen
www.wolfpublishers.nl

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Het reprorecht wordt niet uitgeoefend.

No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, made available or communicated to the public, in any form or by any means, without the prior permission in writing of the publisher, unless this is expressly permitted by law.

Anneme

Inhoudsopgave

1 INLEIDING 1

1.1 De normering van de bijzondere opsporing 2
1.2 Bijzondere opsporing 2
1.2.1 Problematische aspecten van Special Investigative Techniques, in verband met mensenrechten 6
1.2.2 SIT, of bijzondere opsporingsbevoegdheden, in Nederland 8
1.2.3 De Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, centralisering van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer 12
1.2.3.1 De wettelijke regeling 12
1.2.3.2 Twee selectiecriteria bij de wettelijke regeling, inbreuk op grond- en mensrechten en strafvorderlijke integriteit 14
1.3 Normering van de bijzondere opsporing in de Straatsburgse rechtspraak 16
1.3.1 Bijzondere opsporingsrechtspraak 16
1.3.2 De strafvorderlijke werking van privacynormen 17
1.3.3 De werking van privacynormen via het recht op een eerlijk proces 19
1.3.4 Eerlijk procesnormen in het opsporingsonderzoek 20
1.3.5 Normschending in het opsporingsonderzoek, toetsing, herstel en uitsluiting bij het eindonderzoek 23
1.4 Het eerlijk-proces-recht als primaire kader voor de bijzondere opsporing, opsporingnormen en verwerking van schendingen bij bewijsgebruik 26
1.5 Het verdragskader voor de bijzondere opsporing nader geduid 28
1.5.1 Bewijsrecht in art. 6 EVRM 30
1.5.2 Waarheidsvinding versus strafvorderlijke probiteit 33
1.5.3 Relativiteit van 's Hofs keuzes, mede in verband met hiërarchische schikking strafvorderlijke normen 37
1.5.3.1 Het kader voor de eerlijkheid van het bewijsgebruik als handhavingsmechanisme 37
1.5.3.2 Relativiteit van 's Hofs keuzes in verband met (afwijkende) waardering van opsporingsnormen 50
1.6 Verdragsconformiteit en verzoenbaarheid 55
1.7 Probleemstelling 58
1.7.1 Probleemstelling 58
1.7.2 Doeleinden en beperkingen van het onderzoek 58
1.8 Opzet 59

2 ART. 6 EVRM, AARD EN WERKING, TOEGESPITST OP DE BIJZONDERE OPSPORING 63
2.1 Inleiding 63
2.1.1 Art. 6 versus art. 8 EVRM als primaire kader voor de bijzondere opsporing 63
2.1.2 Opzet 68
2.2 Eigen aard, strekking en reikwijdte van art. 6 EVRM 71
2.2.1 Ontwikkeling, van due process naar art. 6 EVRM 71
2.2.2 Art. 6 EVRM: reikwijdte, structuur en karakter 75
2.2.3 Algemene uitgangspunten bij de interpretatie van 6 EVRM 78
2.2.3.1 Betekenis, hiërarchische plaats in het verdrag, hiërarchische ordening van deelrechten 79
2.2.3.2 Margin of Appreciation bij art. 6 EVRM 84
2.2.3.3 Algemene lijnen in de casuïstische rechtspraak 88
2.2.3.4 Afhankelijkheid van het onderliggende procesconcept 90
2.3 Reikwijdte van de bescherming van art. 6 EVRM in de tijd; begin en einde van de bescherming bij een strafvervolging 95
2.3.1 Accent op het onderzoek ter terechtzitting 96
2.3.2 Onderscheiden criteria voor de verschillende deelrechten 100
2.3.3 Een bijzonder geval: de doelbewuste oprekking van het opsporingsonderzoek in de tijd 105
2.3.4 Waardering 108
2.4 Unieke beschermingssfeer, afhankelijkheid van onderliggend proces(concept) 111
2.4.1 De afhankelijkheid van art. 6 EVRM aan veranderingen in strafvorderlijke structuur 111
2.4.1.1 Proliferatie van procesinformatie 113
2.4.1.2 Afwijkende informatiebronnen 116
2.4.1.3 Adversaire, gelijkbewapende gedingvoering, (offensieve en defensieve) verdedigingsparticipatie 122
2.5 Voor de bijzondere opsporing relevante expliciete en impliciete deelrechten in art. 6 EVRM 145
2.5.1 Constituerende componenten van eerlijk bewijsgebruik; expliciete en impliciete rechten 145
2.5.2 Het recht op toegang tot gerechten 147
2.5.3 Het aanwezigheidsrecht, bij een adversair (mondeling) proces en het recht op tegenspraak 150
2.5.4 Het geconsolideerde informatierecht; gelijkheid van wapenen, interne openbaarheid en uitdrukkelijke informatierechten 151
2.5.5 Het recht op een gemotiveerde uitspraak 157
2.5.6 Conclusies ten aanzien van de deelrechten 160
2.6 Beperkingsmechanismen bij art. 6 EVRM 163
2.6.1 Toetsing bij expliciete en impliciete rechten 164
2.6.2 Beperking van rechten 167
2.6.2.1 Herstel van eerlijkheidsgebreken: correctie in hoger aanleg 169
2.6.2.2 Correctie door compensatie via de uitoefening van andere deelrechten 171
2.6.3 Beperkingen en een eventuele legaliteitseis 172

2.6.4 Conclusies ten aanzien van beperkingsmogelijkheden bij art. 6 EVRM 174
2.7 Conclusies 175

3 TOETSING, HERSTEL EN UITSLUITING IN ART. 6 EVRM, RECHTMATIGHEIDS-TOETSING IN HET NATIONALE RECHT 177
3.1 Inleiding 177
3.1.2 Opzet 180
3.2 Rechtmatigheidstoetsing in het nationale recht 180
3.2.1 Het rechtmatigheidsconcept in de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden 180
3.2.2 Kerntaken van de strafrechter en de ruimte voor rechtmatigheidstoetsing in het nationale recht 190
3.2.2.1 Kerntaken van de strafrechter, materiële waarheidsvinding 190
3.2.2.2 Rechtmatigheidtoetsing en doorwerking van normschending in het nationale recht 194
3.2.2.3 Contra-indicaties in het wettelijk systeem 198
3.2.2.4 Interne of externe grondslag 199
3.2.2.5 Belang van het onderscheid 202
3.2.3 Resumptie en conclusies 206
3.3 Toetsing van de eerlijkheid van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs, in het verdrag 210
3.3.1 Grondslag en vormgeving van het recht op een eerlijk bewijsgebruik 210
3.3.2 De betekenis van het door het EHRM aangehouden adversaire uitgangspunt bij art. 6 EVRM 213
3.3.3 Legaliteit en art. 6 EVRM 219
3.3.4 Verdragsbescherming in het licht van een veranderende opsporingsklimaat 222
3.3.5 Rechtmatigheidstoetsing als eis in art. 6 EVRM 223
3.3.6 Het deelrecht op een eerlijk bewijsgebruik 225
3.3.6.1 Traditie van terughoudendheid bij het bewijsrecht 225
3.3.6.2 Nuancering van terughoudendheid in de actuele rechtspraak en bredere invulling van het deelrecht 228
3.3.6.3 Opkomst van een sterk recht 237
3.4 Conclusies: rechtmatigheidstoetsingseisen in het verdrag en in het nationale recht 237
3.4.1 Rechtmatigheidstoetsing in het nationale recht 237
3.4.2 Rechtmatigheidstoetsing in het verdrag 238
3.4.3 Enkele verschillen in de rechtmatigheidstoetsing in de nationale context en in het verdragsverband 240
3.5 Relativering van normschendingen in het nationale recht en in het verdrag 241
3.5.1 Toetsing, herstel en relativering 241
3.5.2 De toepassing van de Schutznormleer in het nationale recht en in het verdragsverband 243
3.5.2.1 De Sc243hutznormleer discrepantie 243
3.5.2.2 De Schutznormleer: twee uitwerkingen 244

3.5.3 Nadere beschouwing en problematisering van de leer 246
3.5.4 Conclusies, (verschillen tussen) de toepassing van de Schutznormleer in het nationale recht en in het verdragsverband 251

4 OPSPORINGSNORMEN IN ART. 8 EVRM, TOETSING EN DOORWERKING IN ART. 6 EVRM BIJ SCHENDING DAARVAN 255
4.1 Inleiding 255
4.1.1 Strafvorderlijke relevantie van het privacyrecht 255
4.1.2 Opzet 258
4.2 Het recht op eerbieding van de persoonlijke levenssfeer, multidisciplinair en uitdijend 259
4.2.1 (Strafvorderlijke) oorsprong van het moderne privacyrecht 259
4.2.2 Oorsprong van privacy in ruime zin 264
4.2.3 Het bereik van art. 8 EVRM 266
4.2.4 Het problematische karakter van het bereik van art. 8 EVRM 270
4.2.5 Een eerste verklaring voor de zwakke doorwerking van strafvorderlijke privacyschendingen 273
4.3 Werking van art. 8 EVRM 274
4.3.1 De algemene werking van art. 8 EVRM 275
4.3.2 Ontwikkelingen in de rechtspraak 276
4.3.3 Verruiming van de reikwijdte van het recht als bedoeld in art. 8 lid 1 EVRM 277
4.3.3.1 Lüdi en de redelijke verwachting van privacy in het publieke domein 279
4.3.3.2 Doorwerking van de persoonsgegevensbescherming in de strafvorderlijke context 284
4.3.3.3 Toerekening inbreuken derden aan overheid 286
4.3.4 Ontwikkelingen in verband met de legaliteitseis 289
4.3.4.1 Een basis in het nationale recht 290
4.3.4.2 Toegankelijkheid, voorzienbaarheid, rule of law en procedurele waarborgen: basis in de rechtspraak oude stijl 291
4.3.4.3 Verfijning van de legaliteitseis 292
4.3.4.4 Bepaling van de ernst van een inbreuk: heimelijkheid en de combinatie van inbreuken, incluis persoonsgegevensverwerking 294
4.3.4.5 Naleving nationale regeling 297
4.3.4.6 Conclusies ten aanzien van de ontwikkelingen in verband met de legaliteitseis 299
4.3.5 (De onveranderde) eisen van legitieme doelbinding en noodzakelijkheid in een democratische samenleving 300
4.3.6 Conclusies ten aanzien van de normerende werking van art. 8 EVRM 299
4.4 De doorwerking van schendingen van art. 8 EVRM in de eerlijkheid van de strafvervolging als bedoeld in art. 6 EVRM 305
4.4.1 Eerste, a-typische, basis voor de zwakke doorwerking 305
4.4.2 Eerste basis voor een toetsingskader voor de beoordeling van de eerlijkheid van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs 308
4.4.3 Ontwikkeling kader 310
4.4.3.1 De aard van de onrechtmatigheid 312

4.4.3.2 Het gewicht van het gebruik bij de veroordeling 319
4.4.3.3 De (kwaliteit van) de begeleidende waarborgen, het recht op tegenspraak, nuancering via de verdedigingsparticipatie-eis en de eis van afdoende motivering 321
4.4.4 Conclusies ten aanzien van het toetsingskader 323
4.5 Doorwerkingsmogelijkheden in de nationale regeling? 336
4.5.1 Herstelbare privacyschendingen 336
4.5.2 Onherstelbare privacyschendingen 339
4.6 Stringente toetsing bij betrokkenheid bij inbreuken van geheimhouders 345
4.6.1 De klassieke sterke bescherming van de geheimhoudingsrelatie in het nationale recht, nuancering daarvan 342
4.6.2 Stringente toetsing in de geheimhoudingssfeer in de Straatsburgse rechtspraak 345
4.6.3 Conclusies 355
4.7 Conclusies 356

5 OPSPORINGSNORMEN IN ART. 6 EVRM, TOETSING EN DOORWERKING IN ART. 6 EVRM BIJ SCHENDING DAARVAN 359
5.1 Inleiding 359
5.1.1 (Absolute) (opsporings)normen in art. 6 EVRM 359
5.1.2 Opzet 361
5.2 Bijzondere opsporing en art. 6 EVRM opsporingsnormen 361
5.2.1 Complexe verhouding 361
5.2.2 De grondslag van eerlijkheidsnormen, waarheidsvinding versus probiteit 375
5.2.2.1 Waarheidsvinding én probiteit 375
5.2.2.2 De onjuiste transformatie van rechtmatigheidsgebreken in betrouwbaarheidsgebreken 377
5.2.2.3 Een meer plausibele verklaring voor de differentiatie tussen normen 380
5.2.2.4 Probiteit als criterium voor eerlijkheid 382
5.3 Het zwijgrecht en bijzondere opsporing 384
5.3.1 Zwijgrecht, grondslag en reikwijdte 384
5.3.1.1 Grondslag 384
5.3.1.2 Reikwijdte, het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel als al dan niet absolute waarden 388
5.3.1.3 De actuele stand van de rechtspraak 396
5.3.1.4 Uitgangspunten 400
5.3.2 Schending en gevaarzetting van het zwijgrecht via de bijzondere opsporing 401
5.3.3 Straatsburgs kader 407
5.3.3.1 Subterfuge, trickery, oppression, inducement, entrapment vóór een formele procespositie bepaling 407
5.3.3.2 Subterfuge, trickery, oppression, inducement of entrapment na een formele procespositie bepaling 409
5.3.4 Uitwerking, conclusies over het zwijgrecht bij de bijzondere opsporing in de rechtspraak van het Hof 412

5.3.5	Het zwijgrecht en de bijzondere opsporing in het nationale recht	417
5.3.5.1	De wettelijke regeling van het zwijgrecht	418
5.3.5.2	Het zwijgrecht in de context van de bijzondere opsporing in de nationale rechtspraak	424
5.3.5.3	De verhouding tussen het nationale recht en de verdragseisen op het punt van het zwijgrecht en de bijzondere opsporing	429
5.4	(Overheids)participatie in delictscomplexen en het recht niet uitgelokt te worden	433
5.4.1	Participatie en uitlokking, normatieve betekenis daarvan	433
5.4.2	Zoeken naar de juiste normatieve kaders	435
5.4.3	Uitwerking in de Straatsbrugse rechtspraak, eerste aanzet door de Commissie	439
5.4.4	Overheidsparticipatie in de sleutel van de eerlijkheid van het bewijsgebruik	443
5.4.5	Inspringen bij lopende delicten en de geïsoleerde werking van uitlokking bij meervoudige delictscomplexen	450
5.4.6	Participatie door burgers	455
5.4.7	Conclusies ten aanzien van de normering van overheidsparticipatie in het verdrag	459
5.4.8	Participatie in het nationale recht	467
5.4.8.1	De wettelijke regeling	468
5.4.8.2	Conclusies over de wettelijke regeling	491
5.4.9	Uitwerking van het Tallon-criterium in de nationale rechtspraak	492
5.4.10	De verhouding tussen het nationale recht en de verdragseisen op het punt van participatie en uitlokking	501
5.5	Conclusies	501
6	CONCLUSIES	505
6.1	Probleemstelling en daarbij betrokken vragen	505
6.2	EVRM opsporingsnormen in het nationale recht	506
6.2.1	Strafvorderlijke verdragsnormering niet gericht op wettelijke regeling	506
6.2.2	Opsporingsnormen, negatieve verboden	507
6.2.3	Conclusies	512
6.3	EVRM opsporingsnormen in de nationale rechtspraak	513
6.3.1	Discrepanties	513
6.3.2	Conclusies	515
6.4	De omgang met schending van art. 6 EVRM opsporingsnormen in het nationale recht	515
6.4.1	Bewijsuitsluiting in het nationale recht	515
6.4.2	Conclusies	516
6.5	EVRM toetsings- en hersteleisen bij bewijsgebruik in het nationale recht	516
6.5.1	Toetsingseis	517
6.5.2	Hersteleis	519
6.5.3	Conclusies	524
6.6	Algemene beschouwingen, de meerwaarde van het verdrag voor de normering van de bijzondere opsporing	525

6.6.1 Het rechtsbeschermingsconcept in het verdrag en in het nationale recht 525
6.6.2 De sterkte van de rechtbeschermende normering in het verdrag en in de verdragsrechtspraak, 's Hofs keuzes daarbij 529
6.7 Aanbevelingen, Pleidooi voor positieve verdragsconformiteit 533
6.7.1 Voortzetting doorwerking art. 8 EVRM-schendingen 533
6.7.2 Merites van overheidsparticipatie en niet-noodzakelijk uitstel en afstel van strafvorderlijke actie 534
6.7.3 Herbezinning op de positie van de rechter-commissaris en het gerechtelijk vooronderzoek bij de bijzondere opsporing 534
6.7.4 Strikte legaliteit 537
6.8 Uitleiding 537

LITERATUUR 547

RECHTSPRAAKREGISTER 553

1 Inleiding

'(...) Het druist in tegen het beginsel, dat de overheid de waarheid moet opsporen met alle gepaste middelen en zij daarin niet mag worden belemmerd. Het is beschamend en een symptoom van decadenten tijdgeest, dat de wetgever zelf het gezag der overheidsorganen ondermijnt. Ik ben nog meer geneigd er iets decadents, slapheid van wil en van durf, in te zien dan iets revolutionairs. Waarom het te verhelen, dat de wetgever het voorschrift heeft opgenomen om de positie van den verdachte in het strafgeding zoo gunstig mogelijk te maken? – het moest met alle geweld een wetboek *pro reo* zijn en het is het geworden ook! Zoo heeft de wetgever den schijn op zich geladen, dat het plegen van kwaad, hoezeer ten koste van openbaar belang en gerechtigheid, hem koud laat, als de rechten van het individu maar gehandhaafd worden. *O Tempora, o mores*!'.[1]

De voorzitter:

'Maar iedereen is op zoek naar de ideale informant. Hij moet slim zijn, geen crimineel zijn. Hij moet alles van de criminelen weten, hij moet zelf nooit neigingen hebben om strafbare feiten te plegen. Hij moet keurig alle afspraken willen vastleggen, alle verdiensten willen afdragen etcetera. Hij moet ook een goed beeld hebben van het milieu. Hij moet vooral u altijd de goede informatie geven. Dat is het droombeeld.'

De heer Paulissen:

'Ja. Die hebben wij nul. Ik denk niet dat die te vinden zijn.'[2]

---

1 P. van Heynsbergen, in zijn 'welkomstwoord' bij de invoering van het Wetboek van Strafvordering van 1926, over de toekenning van het zwijgrecht aan de verdachte. P. Van Heynsbergen, Het nieuwe wetboek van strafvordering. Een welkomstwoord. Verspr. Geschriften, p. 89, aangehaald in: J.H. Drenth, Bijdrage tot de kennis der historische ontwikkeling van het accusatoire tot het inquisitoire strafproces, diss. Amsterdam, 1939, p. 228.

2 Stenografisch verslag van het openbare verhoor enquêtecommissie Opsporingsmethoden, Verhoor 29, 28 september 1995, Verhoor van W.J.A. Paulissen, chef district Maasland van de regiopolitie Noord-Brabant, voormalig teamleider kernteam Zuid, Eindrapport Parlementaire Enquêtecommissie opsporingsmethoden, Inzake Opsporing, (verder: Eindrapport PEC Van Traa), Kamerstukken II, vergaderjaar 1995-1996, 24072, Bijlage II, Verhoren 1-32.

1.1 De normering van de bijzondere opsporing

Dit onderzoek handelt over de normerende werking van het eerlijk-proces-recht op de bijzondere opsporing. Met het eerlijk-proces-recht wordt gedoeld op de consolidatie van procesrechten zoals die zijn verwerkt in art. 6 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM). Met de bijzondere opsporing wordt gedoeld op het opsporingsonderzoek naar zware en georganiseerde criminaliteit dat vanaf 1 februari 2000, met de inwerkingtreding van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden,[3] is voorzien van een wettelijke basis in de artikelen 132a en 140a WvSv en (thans)[4] in de Titels IVa t/m Ve van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering.

1.2 Bijzondere opsporing

Met de op 20 april 2005 aangenomen *Recommendation* (Rec(2005)10)[5] roept het Comité van Ministers van de Raad van Europa lidstaten op tot 'the effective use of SIT', *ofwel, Special Investigative Techniques (*verder: SIT*).* Onder SIT wordt in de *Recommendation* verstaan:

> 'techniques applied by the competent authorities in the context of criminal investigations for the purpose of detecting and investigating serious crimes and suspects, aiming at gathering information in such a way as not to alert the target persons'.[6] Daaronder vallen, onder andere: '(...) undercover operations (including covert investigations); front store operations (e.g. undercover company); informants;

3 Wet van 27 mei 1999 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van enige bijzondere bevoegdheden tot opsporing en wijziging van enige andere bepalingen (Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden), Staatsblad 1999, 245. Op 1 februari 2000 zijn eveneens de gewijzigde regeling voor het gerechtelijk vooronderzoek (Partiële wijziging van het Wetboek van Strafvordering, Staatsblad 1999, 243) en een nader omvangrijk pakket van wet- en regelgeving, dat uitvoering geeft aan de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, in werking getreden.

4 Op 1 februari 2007 is de Wet van 20 november 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven, in werking getreden. Staatsblad 2006, 580 (Staatsblad inwerkingtreding, 2006, 731). Voorzover het gaat om die onderdelen ervan die betrekking hebben op de bijzondere opsporing, bouwt deze wetswijziging voort op de in 2000 in het wetboek neergelegde structuur daarvoor. Het gaat daarbij vooral om een verruiming van de bestaande mogelijkheden ten behoeve van een beperkte categorie delicten. De wetswijziging brengt geen, *voor dit onderzoek* relevante, structurele wijzigingen van het in 2000 ingevoerde kader voor de bijzondere opsporing met zich mee.

5 *Recommendation (Rec(2005)10) of the Committee of Ministers to member states on 'special investigative techniques' in relation to serious crimes including acts of terroris (verder: Recommendation (*REC*(2005)10)).*

6 *Appendix to Recommendation Rec*(2005)10, *Chapter I – Definitions and scope*.

> controlled delivery, observation, including cross-border observation); electronic surveillance; interception of communications (telephone, fax, email, mail); searches (including of premises and objects, such as computers, cars, etc); cross-border (hot) pursuits; pseudo-purchases or other 'pseudo-offences' as they are defined in national laws'.[7]

'*Effective use*' wil niet zeggen dat SIT dienen te worden *ingevoerd* in de lidstaten van de Raad van Europa. Uitgangspunt is namelijk dat de hoofdvarianten van SIT in alle lidstaten – op tamelijk uniforme wijze[8] – reeds worden toegepast,[9] (vooral) in het kader van de bestrijding van georganiseerde criminaliteit.[10] De aanbeveling strekt er (weliswaar) enerzijds toe te bevorderen dat SIT óók in het kader van terrorismebestrijding worden ingezet; vooral gaat het er echter om '*some common principles*' neer te leggen voor de nationale regeling en

---

7 *Explanatory report* bij Rec(2005)10, § 27. Zie ook de *Recommendations on Special Investigative Techniques and other critical measures for combating organized crime and terrorism* van de G8 landen, naar aanleiding van de *Meeting of G8 Justice and Home Affairs Ministers, Washington, op 11 mei 2004:* 'G8 (s)tates recommend that legal systems allow, in the manner set forth below, for the use of special investigative techniques such as use of undercover agents, use of covert filming and listening devices, and covert interception of all forms of electronic communications, as well as for the use of other critical measures which by their effectiveness facilitate the investigation and prosecution of serious and organized crime and terrorism'.

8 *Committee of Experts on Special Investigation Techniques in relation to acts of terrorism, (PC-TI), Final Report on Special Investigation Techniques in relation to acts of terrorism*, 06/10/03 PC-TI (2003) 11 (verder: PC-TI (2003), *Final Report*), p. 7. Kort na de aanslagen van 11 september in New York Kort besloot het Comité van Ministers, tijdens de 109ste sessie op 8 november 2001, tot het spoedig ondernemen van stappen '(...) to increase the effectiveness of the existing international instruments within the Council of Europe on the fight against terrorism, by inter alia, setting up a Multidisciplinary Group on International Action against Terrorism (GMT)'. *Explanatory report* bij Rec(2005)10, § 1. De GMT wees in dat verband SIT als prioriteit aan, naar aanleiding waarvan een *Committee of Experts on Special Investigation Techniques in relation to Acts of Terrorism (PC-TI)* werd ingesteld. PC-TI werd belast met de taak onderzoek te doen naar '(...) the use of special investigative techniques respective of European criminal justice and human rights standards, with a view to facilitating the prosecution of terrorist offences and increasing the effectiveness of law enforcement, and to make proposals as to the feasibility of preparing an appropriate instrument in this field'. Ibidem, § 3 en §§ 6-7.

9 PC-TI (2003) 11, *Final Report*, p.7. Zie ook de conclusies van de PC-TI, PC-TI (2003) *Conclusions*.

10 Ibidem.

toepassing van SIT,[11] voor alle strafvorderlijke inzet daarvan.[12,13] Concreet luidt de aanbeveling:

> 'that governments of member states:
> i. be guided, when formulating their internal legislation and reviewing their criminal policy and practice, and when using special investigation techniques, by the principles and measures appended to this Recommendation;
> i. ensure that all the necessary publicity for these principles and measures is distributed to competent authorities involved in the use of special investigation techniques'.[14]

Waarom het Comité van Ministers er aan hecht een gemeenschappelijk kader neer te leggen voor een in Europa reeds lang ingelijfd fenomeen blijkt uit de begeleidende stukken bij de aanbeveling. Drie, onderlinge gerelateerde, kenmerken van SIT treden daarin op de voorgrond. SIT zijn, blijkens de *Recommendation*, '(...) numerous, varied and constantly evolving. Gemeenschappelijk zijn voorts '(...) their secret nature and the fact that their application could interfere with fundamental rights and freedoms'. In de eerste plaats maakt de heimelijke toepassing van SIT deze opsporingsmethoden bijzonder: 'SIT are particular techniques because of their secret nature (...).[15] Die heimelijkheid

11 *Explanatory report* bij Rec(2005)10, §15. De Aanbeveling strekt daarnaast tot het doen van suggesties met betrekking tot maatregelen om de samenwerking tussen lidstaten in verband met SIT te verbeteren. Ibidem.

12 Het PC-TI kwam tot de conclusie dat de in de aanbeveling neergelegde principes van toepassing zouden moeten zijn in de algemene context van de bestrijding van ernstige criminaliteit. *Explanatory report* bij Rec(2005)10, § 19. Ibidem, § 19. Die conclusie is in de aanbeveling van het Comité van Ministers overgenomen. Ibidem. De PC-TI achtte het daarbij niet noodzakelijk een definitie te geven van ernstige criminaliteit: '(...) for the purposes of the Recommendation, it was more appropriate to leave member states a margin of appreciation in setting thresholds for qualifying the gravity of the crimes'. Ibidem. Volgens het Comité van Ministers kunnen lidstaten die van een meer gepreciseerde notie willen uitgaan evenwel aansluiting zoeken met art. 2(b) van de *UN Convention against Transnational Organised Crime*, waarin ernstige delicten worden aangemerkt als die met een maximale strafbedreiging van minstens vier jaar vrijheidsbenemende straf. Het Comité begrijpt onder ernstige delicten (in ieder geval) terrorisme en georganiseerde criminaliteit. Ibidem.

13 Het gebruik van SIT buiten de context van strafvorderlijk onderzoek – zoals in verband met nationale veiligheid – is uitdrukkelijk uitgesloten van het toepassingsbereik van de *Recommendation*. *Explanatory report* bij Rec(2005)10, § 26. Dat volgt uit de definitie van SIT in het eerste hoofdstuk van de *Recommendation*, namelijk als technieken die worden toegepast door bevoegde autoriteiten in de context van *strafvorderlijke* onderzoeken. Uit die formulering vloeit echter ook voort dat wanneer SIT wél in een strafvorderlijk onderzoek worden toegepast, de *Recommendation* van toepassing blijft, '(...) regardless of the title or identity of the authorities that have been involved in deciding, supervising or using SIT'. Ibidem.

14 *Recommendation* (Rec(2005)10).

15 *Explanatory report* bij Rec(2005)10, § 17.

is essentieel en heeft alles te maken met de aard van de criminaliteit die ermee wordt bestreden:[16]

> '(i)t is because of their secret nature that they are considered a vital tool in the fight against serious crimes, including acts of terrorism.[17] 'The use of SIT would be superfluous, and might even be counterproductive, if the target persons were aware about the fact that such techniques are being used with used with a view to collecting information on their actions or activities'.[18]

Even kenmerkend voor SIT is in de tweede plaats de bijzondere verhouding waarin zij staan tot individuele mensenrechten en vrijheden. De inzet van SIT mag dringend zijn, het is '(...) essential to ensure that human rights guarantees, as enshrined in relevant international legal instruments, (...) (are) fully respected'.[19] De 'common standards governing their proper use'[20] hebben dan ook vooral betrekking op bij de toepassing van SIT in acht te nemen mensenrechtenstandaarden.[21] Een derde in verband met SIT te signaleren kenmerk is de vergaande diffuusheid waarmee het fenomeen is omgeven. Het concept van SIT is '(...) not easy to pin down since it is one that is constantly changing, as it has in the past and will certainly continue to do in the future'.[22] Juist daarom is het alleen mogelijk SIT verder te definiëren in termen van de twee hiervoor genoemde kenmerken.[23] De heimelijke toepassing maakt SIT intrinsiek problematisch ten opzichte van het mensenrechtelijk kader, daarnaast is de volle strekking van het problematische karakter ervan – ook buiten het aspect van heimelijkheid – nog ondoorzichtig en veranderlijk. De samenhang tussen de kenmerken mag duidelijk zijn: met de toepassing van SIT begeven lidstaten zich op het terrein van mensenrechten en fundamentele vrijheden, zonder volledige zekerheid over de invloed van SIT daarop.

---

16 Zie het *Explanatory report* bij de aanbeveling over de problematiek bij de bestrijding van terrorisme: '(t)he GMT considered that, owing to its complex and secret nature, as well as the technical nature of the area concerned, the investigation of terrorist activities raised serious difficulties. It recalled that these difficulties were accentuated by the frequent links between terrorism and other forms of crime (e.g. money laundering, drug trafficking, illegal arms sales, organized crime etc.) and by the difficult distinction between legal and illegal activities. The often complex nature of important terrorist actions and therefore of investigations has led to the awareness that these matters can only effectively and rapidly addressed by making use of special working methods (e.g. undercover agents, electronic surveillance, multidisciplinary approaches and inter-service co-operation)'. Ibidem, § 4.

17 *Explanatory report* bij Rec(2005)10, § 17.

18 Ibidem, § 27.

19 Ibidem, § 4.

20 *Recommendation* (Rec(2005)10).

21 *Explanatory report* bij Rec(2005)10, § 24.

22 PC-TI (2003) 11, *Final Report,* p. 7.

23 *Committee of Experts on Special Investigation Techniques in relation to acts of terrorism, (PC-TI),* PC-TI (2003) *Conclusions*.

1.2.1 Problematische aspecten van *Special Investigative Techniques*, in verband met mensenrechten

Zo brengt heimelijkheid verschillende implicaties met zich mee. Eén struikelblok betreft de wijze waarop toezicht kan worden gehouden op '*proper use*'. Verdachten zijn tijdens de toepassing van SIT niet op de hoogte en kunnen daartegen niet ageren, toezichthoudende autoriteiten zijn voor hun informatie over toepassingen afhankelijk van de feitelijke uitvoerders. Die feitelijke uitvoerders zijn soms niet opsporingsambtenaren, maar burgers – wederom een bijzonder aspect van SIT – hetgeen weer eigen risico's met zich meebrengt. Toezicht door de zittingsrechter is ook moeizaam: achteraf zijn zittingsrechter én verdediging bij de beoordeling van SIT-toepassingen eveneens vooral afhankelijk van de kwaliteit van de informatievoorziening door de uitvoerder. Daarbij kan bij SIT-onderzoeken vaak ook achteraf niet volle informatie worden verstrekt over de toepassing ervan in het vooronderzoek, hetgeen kan leiden tot afscherming van informatie ter zitting. Soms moet de identiteit van bronnen worden beschermd, soms dienen de (uitvoerings)details van de methoden zelf geheim te blijven, met het oog op bruikbaarheid daarvan in de toekomst.

Toezicht is evenwel cruciaal, juist omdat de toepassing van de innovatieve SIT zich zeer vlak op mensenrechtelijke grenzen voltrekt, terwijl die grenzen zelf nog diffuus en variabel zijn. Zo zijn SIT blijkens de *Explanatory report* bij Rec(2005)10 '*secret*' in het streven 'to conceal what is being done'. Doel daarbij is echter niet '(...) to alter the behaviour of the presumed offender but to deprive him or her of information'.[24] Dat onderscheid moet zeer nauw luisteren en in een concrete *casus* zeer moeilijk te beoordelen zijn. Het verschil is echter van een wezenlijk belang: *beïnvloeding* van een verdachte kan juist een mensenrechtelijke grens overschrijden.

De moeizaamheid van de precieze duiding van SIT ten opzichte van mensenrechten maakt ze eveneens problematisch vanuit legaliteitsperspectief. SIT moeten deugdelijk en voldoende specifiek geregeld zijn, nieuwe inzichten omtrent mensenrechtelijke kaders en nadere ontwikkelingen in SIT(-toepassingen) zelf kunnen een wettelijke regeling snel achterhaald maken. Wat nog zelf onduidelijk is kan bovendien moeilijk sluitend in een wettelijke regeling worden omschreven. SIT-onderzoeken kunnen ook veel breder zijn dan een strafvorderlijk onderzoek in klassieke zin. Klassiek – reactief – onderzoek is toegespitst op concrete personen en is gebaseerd op een redelijk vermoeden van schuld ten aanzien van reeds gepleegde feiten. Wezenlijk kenmerk van SIT is ook dat zij (vaak) pro-actief worden ingezet, ofwel ook voordat feiten gepleegd zijn.[25] Dat brengt met zich mee dat SIT-onderzoeken eerder in de

24 *Explanatory report* bij Rec(2005)10, § 27.

25 In dit onderzoek wordt met pro-actieve informatievergaring bedoeld informatievergaring ten aanzien van nog niet gepleegde delicten. Zie anders: PC-TI (2003) 11, *Final Report*. Waar daarin eerst wordt gesproken over het concept van '(...) proactive investigation' als '(...)

tijd – voordat delicten gepleegd zijn – kunnen aanvangen. Anderszins is een SIT-onderzoek niet zozeer gericht op concrete verdachten, maar op een samenwerkingsverband. Gevolg daarvan kan zijn dat het onderzoek niet voltooid is op het moment dat voldoende bewijs is vergaard ten aanzien van bepaalde feiten en/of verdachten, maar pas op het moment dat voldoende informatie is vergaard ten aanzien van alle in het samenwerkingverband gepleegde feiten en betrokken personen. SIT-onderzoeken starten niet alleen eerder en duren langer maar kunnen ook zeer breedschalig worden ingezet, namelijk gericht tegen een veel grotere groep van personen dan de groep verdachten tegen wie uiteindelijk een vervolging zal worden ingesteld.[26] Dat alles brengt met zich mee dat een wettelijke regeling van SIT ook noodzakelijkerwijs ruim moet zijn. De ruimte voor '*improper use*', al dan niet binnen of buiten de kaders van een wettelijke regeling, is dan ook bijzonder groot, de formulering van een sluitende regeling des te moeilijker.

Van die problematiek getuigen de in de *Recommendation* sterk aangezette eisen in verband met de toepassing van SIT. De aanbeveling streeft ernaar 'to strike a balance between the need to enhance the efficiency of the fight against serious crimes (...) by promoting the use of SIT, and the need to ensure the protection of the fundamental rights and freedoms'[27] en benadrukt daarom de gemeenschappelijke eerbiediging van mensenrechten, (waaronder) strikte legaliteits-, proportionaliteits- en subsidiariteitseisen en (voorafgaand) (rechterlijk) toezicht waar dat noodzakelijk is.[28] De implicatie lijkt te zijn dat SIT problematischer moeten worden geacht in het licht van mensenrechten dan andere strafvorderlijke onderzoeksmethoden. Die conclusie is verdedigbaar.

---

preventing the commission of serious offences' (in tegenstelling tot '(...) reactive investigation, (...)' hetgeen neerkomt op 'elucidating the commission of serious offences', (p. 8), wordt pro-actief onderzoek later aldus gedefinieerd: '(a)ccording to Professor Pradel, the forms such investigations take are well-known: observation, infiltration, the use of informants and the search for offenders using computer support. On the basis of these observations, he suggests defining proactive investigation as 'all investigations using special techniques to prevent the probable commission of offences or to detect offences that have already been committed but have not been identified'. This definition exactly covers the scope of the PC-TI's terms of reference: an investigation is proactive where certain special investigation techniques are used' (PC-TI (2003) 11, *Final Report*, p. 9, met verwijzing naar: J. Pradel, De l'enquête pénale proactive: suggestions pour un statut légal, Dalloz, 1998, p. 57.

26 Zie ook het *Explanatory report* bij Rec(2005)10, § 29: '(w)hen regulating or using SIT, national authorities need to bear in mind that the use of SIT may affect not only the rights of the person who is suspected of having committed or prepared the offence, but also, directly or indirectly, the rights of other persons. In this respect, the appropriateness of a specific SIT may, inter alia, depend on the intrusiveness into the rights of other persons'.

27 Ibidem, § 17.

28 Ibidem, §§ 28-46. Zie ook de *Conclusions* van de PC-TI in verband met de proportionaliteit van de inzet van SIT: '(...) (t)he Committee considers that the use of these techniques (...), must remain confined to criminal investigations and that the most intrusive ones must be reserved for the most serious offences, in particular the various forms of organized crime, including terrorism'. PC-TI (2003) *Conclusions*.

Daargelaten of (bepaalde typen of aspecten van) SIT een *zwaardere* of *verdergaande* beperking van mensenrechten en vrijheden met zich meebrengen dan klassieke dwangbevoegdheden, die eveneens rechten en vrijheden raken, staan zij in ieder geval tot een *andere* verhouding tot de mensenrechtelijke sfeer. Die verhouding is precair, vooral omdat zij nog niet exhaustief of grondig geduid is. Daarmee is de relatie tussen SIT en mensenrechten minder stabiel ten opzichte van die tussen mensenrechten vis-à-vis klassieke onderzoeksbevoegdheden.

1.2.2 SIT, of bijzondere opsporingsbevoegdheden, in Nederland

'The Netherlands can be considered as a country using the full panoply of such techniques', aldus de PC-TI in haar eindrapport.[29] Evenals in andere lidstaten van de Raad van Europa, zijn SIT, ofwel bijzondere opsporingsmethoden, in Nederland inderdaad lang vóór het verschijnen van de Aanbeveling van Comité van Ministers, tot ontwikkeling gekomen.[30] Dat de bestrijding

29 PC-TI (2003) 11, *Final Report*, p. 7.

30 Zie voor een rechtsvergelijkend perspectief op (de ontwikkeling van) de bijzondere opsporing in andere landen (toegespitst op België, Duitsland, Engeland en Wales, en de Verenigde Staten): Bijlage V bij het eindrapport van de PEC Van Traa, Eindrapport PEC Van Traa, Inzake Opsporing, Kamerstukken II, vergaderjaar 1995-1996, 24, 072, nrs. 10-11 (verder: Eindrapport PEC Van Traa), Bijlagen V, nr. 14, p. 455-524. Mede steunend op het onderzoek van Tak c.s. (P.J.P. Tak, G.A. van Eikema Hommes, E.R. Manunza, en C.F. Mulder, De normering van bijzondere opsporingsmethoden in buitenlandse rechtsstelsels. Een onderzoek naar de regeling en het gebruik van bijzondere opsporingsmethoden in de pro-actieve en re-actieve fase in Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Italië en Noorwegen, Nijmegen, 1995 (uitgevoerd in opdracht van Justitie)), werden ter zake de volgende conclusies genomen: '(d)e meeste door de commissie en door Tak c.s. onderzochte landen kampen met een als ongrijpbaar ervaren criminaliteit van georganiseerde aard. In alle landen zoekt de overheid naar nieuwe wegen in de misdaadbestrijding. Nergens bestond tien jaar geleden toereikende regelgeving. Overal zijn sindsdien in de rechtspraak grenzen getrokken. In veel landen is de laatste jaren het wetgevingsproces op gang gekomen. Daarbij valt op dat geavanceerde opsporingstechnieken zeker in wetgeving zijn te vatten en dat de opsporing niet vanwege de vorm van de regelgeving wordt belemmerd. In de landen met wetgeving is de geheime opsporing niet beperkter, maar wel strakker gekaderd dan de landen waar met circulaires wordt gewerkt. Tot slot, vrijwel overal zijn in de loop van de tijd excessen geweest, die de aanleiding zijn gebleken tot verandering. De IRT-affaire is een relatief – in vergelijking met de landen om ons heen – late gebeurtenis. Met de aanpak van de regelgeving loopt Nederland niet voorop'. Eindrapport PEC Van Traa, p. 520-521. Nederland was toendertijd dus 'niet het enige land is dat geen wettelijke regeling heeft voor het gebruik van bijzondere opsporingsmethoden'. Ibidem, p. 455. Naast de onderzochte landen zouden '(...) meer landen in Noordwest Europa zich buigen over de normering van bijzondere opsporingsmethoden', terwijl 'de bedreiging die uitgaat van de georganiseerde misdaad (...) meestal de aanleiding hiertoe (vormt) en (...) indirect bij(draagt) aan de toenadering tussen normeringsstelsels. Deze ontwikkeling wordt nog eens bekrachtigd op het niveau van de Europese Unie (Derde Pijler). De Stuurgroep justitiële samenwerking ontwikkelt regelingen voor onder meer het aftappen van telecommunicatie en de bescherming van getuigen'. Ibidem. Zie voor recenter rechtsvergelijkend onderzoek P.J.P. Tak, Heimelijke Opsporing in de Europese Unie. De normering van bijzondere opsporingsmethoden in de landen van de Europese Unie,

van terrorisme en georganiseerde criminaliteit onderhevig is aan gemeenschappelijke problematiek blijkt wel daaruit. In Nederland moet de manifestatie van de bijzondere opsporing in ieder geval worden aangemerkt als onderdeel of gevolg van het ongeveer vanaf het laatste kwartaal van de vorige eeuw gevoerde beleid inzake de bestrijding van georganiseerde criminaliteit.[31]

In lijn met de (politieke en beleidsmatige) roep om een daadkrachtige georganiseerde criminaliteitsbestrijding werden in die periode,[32] vooral door

---

Intersentia Rechtswetenschappen, Antwerpen, 2000 en M.C. Groenhuijsen/G. Knigge (red.), Het Vooronderzoek in strafzaken, Tweede interimrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Gouda Quint, Deventer, 2001 (verder: Tweede interimrapport Strafvordering 2001), p. 138-142. Zie ook: Terrorism, special investigation techniques (2005), Council of Europe publishing. Zie ook algemeen over de bijzondere opsporingsmethoden in Nederland: Y. Buruma/P.C. Vegter, Buitengewone opsporingsmethoden, Studiepocket strafrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1998 en P.J.P. Tak, Bespiegelingen omtrent de Wet Bijzondere Opsporingsmethoden, Kluwer, Deventer, 1998.

31 Georganiseerde criminaliteitsbestrijding werd eerst uitdrukkelijk geïntroduceerd als het centrale, prioriteit genietende beleidsthema in de Nota Samenleving en Criminaliteit, Een beleidsplan voor de komende vijf jaren, Tweede Kamer, vergaderjaar 1984-1985, nrs. 1-2. Voor het eerst werd daarmee in een centraal beleidsstuk gerept van de dreiging van deze nieuwe criminaliteitsvorm en de noodzaak tot een geprioritiseerde, verharde aanpak daarvan. Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van de verdere ontwikkeling van het beleid inzake de bestrijding van georganiseerde criminaliteit: T. Blom, Drugs in het recht, Recht onder druk, Diss. Erasmus Universiteit Rotterdam, Gouda Quint, 1998, Deel 1. Zie nader over die historie in het kielzog van de zogeheten IRT-affaire en de daarop volgende parlementaire enquête naar de in de praktijk tot ontwikkeling gekomen bijzondere opsporing, het Eindrapport van PEC Van Traa, met name p. 9-12, p. 72-164 en p. 420-427.

32 Buiten de ontwikkelingen in verband met de bijzondere opsporing zijn in die periode verschillende wettelijke maatregelen doorgevoerd ten behoeve van de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit. Tot dat pakket kunnen worden gerekend: de invoering van de Wet Getuigenbescherming, (Wet van 11 november 1993, Staatsblad 1993, 603); de algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen, (Wet van 27 januari 1994, Staatsblad 1994, 60) (die werd voorafgegaan door de invoering van art. 10a Opiumwet op 4 september 1985, (Wet van 4 september 1985, Staatsblad 1985, 495); de zogeheten ontnemingswetgeving (met name zoals zij is opgenomen in het wetboek, ná invoering in 1983 (Wet van 31 maart 1983, Staatsblad 153, bij wet van 10 december 1992, Staatsblad 1993, 11 en zoals zij laatstelijk is aangepast bij Wet van 8 mei 2003, Staatsblad 2003, 202). Eveneens relevant in verband met georganiseerde criminaliteitsbestrijding zijn de Wet van 6 december 2001 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en enkele andere wetten in verband met de strafbaarstelling van het witwassen van opbrengsten van misdrijven (Staatsblad 2001, 606), alsmede de invoering van de (toenmalige) Wet Melding ongebruikelijke transacties, (Wet van 16 december 1993, Staatsblad 1993, 705) en de Wet identificatie bij financiële dienstverlening 1993 (Wet van 6 december 1993, Staatblad 704). Zie ook de belangrijke wijziging van die laatste wetten bij Wet van 13 december 2001, houdende wijziging van de Wet melding ongebruikelijke transacties en de Wet identificatie bij financiële dienstverlening 1993 met het oog op het verplichtstellen van de identificatieplicht en van de meldingsplicht van ongebruikelijke transacties door handelaren in zaken van grote waarde, Staatsblad 2001, 665 (waarbij bij Nota van Wijziging, Kamerstukken 2001-2002, 28018, nr. 5, de mogelijkheid werd gecreëerd de advocatuur eveneens meldingsplichtig te maken, hetgeen is geschied met het Besluit van 24 februari 2003 tot aanwijzing van instellingen en diensten in het kader van de Wet identificatie bij dienstverlening en de Wet melding ongebruikelijke transacties, Staatsblad, 2003, 94). Zie voor het meest recent voorstel tot wijziging van die

op die type criminaliteit toegespitste bijzondere politiediensten, verschillende bijzondere opsporingsmethoden ontwikkeld en ingezet. Alle hierboven gesignaleerde, met bijzondere opsporing samenhangende, problematiek deed zich daarbij gelden. Heimelijk toegepast, onder gebrekkig toezicht[33] uitgevoerd en (vaak) gericht op pro-actieve informatievergaring, waren bovendien noch de bijzondere opsporingsmethoden zelf, noch de pro-actieve inzet daarvan onderhevig aan wettelijke voorstructurering. De eerste normering van de bijzondere opsporing lag daarmee in handen van de rechter, die maar geleidelijk aan met het fenomeen werd geconfronteerd.[34] Uiteindelijk zou blijken dat de bijzondere opsporing in de praktijk zodanig was geëvolueerd dat de rechterlijke normering ontoereikend moest worden geacht en een wettelijke regeling ter zake niet langer kon worden gemist. De tamelijk onbelemmerde ontwikkeling van de bijzondere opsporing zou ontaarden in de exemplarische ontsporing van de IRT-Noord-Holland/Utrecht en de RCID Kennemerland en, via tussenstappen, tot de instelling van de Parlementaire Enquêtecommissie Bijzondere Opsporingsmethoden (verder: PEC Van Traa), die belast werd met de taak de volle strekking van de in de praktijk ontwikkelde bijzondere opsporing in kaart te brengen.[35,36]

---

wetten, het wetsvoorstel (tot) Samenvoeging van de Wet identificatie bijdienstverlening en de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme), Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 31 238, nr. 1.

33 Zie over ontwikkeling van de bijzondere opsporingsdiensten en de normerings- en toezichtslacune waarin zij te werk werden gesteld, het Eindrapport van de PEC Van Traa, p. 412-475, met name p. 433-447. Zie voor nadere bevindingen van de PEC Van Traa over het tekortschieten in de toezichthoudende taken van de verschillende tot toezicht gehouden entiteiten, vooral p. 355-411 en p. 472-475 van het eindrapport.

34 Zie voor vroege manifestaties van de bijzondere opsporing in de rechtspraak: Rechtbank Amsterdam, 20 september 1978, NJ 1978, 651 (de Tallon-zaak, waarin de rechter voor het eerst werd geroepen een oordeel te geven over een pseudo-koop, overigens zonder dat nadere, met bijzondere opsporing verband houdende aspecten, zoals de pro-actieve toepassing van deze methode en het gegeven dat zij door buitenlandse opsporingsambtenaren op Nederlands grondgebeid zijn uitgevoerd, aan de orde zijn gesteld) en HR 14 oktober 1986, NJ 1987, 564 en HR 14 oktober 1986, NJ 1988, 511. Gerelateerde – eveneens met georganiseerde criminaliteitsbestrijding verbonden – materie werd ook (in dezelfde periode) eerst aan de rechter voorgelegd. Zie in verband met vroege rechtspraak met betrekking tot anonieme getuigenverklaringen, o.a. A. Beijer, aant. 2 op artt. 226a-226f (suppl.110, februari 1999), in: Melai/Groenhuijsen e.a.. De figuur van de zogeheten 'kroongetuige' verscheen tamelijk laat in de rechtspraak, namelijk eerst in 1994, zie: HR 15 februari 1994, NJ 1994, 322.

35 De PEC Van Traa werd ingesteld, overeenkomstig art 143 van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer der Staten Generaal, bij besluit van de Tweede Kamer van 22 november 1994, Staatscourant 1994, 237. De commissie kreeg met dat besluit de opdracht onderzoek te doen naar: (a) de aard, omvang en ernst van de zware, georganiseerde criminaliteit; (b) de feitelijke toepassing, de rechtmatigheid en het verantwoord zijn en de effectiviteit van de opsporingsmethoden en (c) de organisatie, het functioneren van en de controle op de opsporing. Het primaire doel van het onderzoek was het verkrijgen van informatie met het oog op het normeren van de methoden die door politie, bijzondere

De PEC Van Traa kwam in haar eindrapport niet alleen tot de conclusie dat zich via bijzondere opsporingstoepassingen incidenten hadden voorgedaan die als onverantwoord dienden te worden verworpen,[37] maar ook dat er in het algemeen sprake was van een drievoudige *'crisis in de opsporing'*. Die crisis betrof de normering, de organisatie en het gezag over de bijzondere opsporing. Er was sprake van '(...) ontbrekende normen, een niet goed functionerende organisatie en problemen in de gezagsverhoudingen'.[38] Deze crisis in de opsporing ging volgens de PEC Van Traa 'diep':

> '(z)ij raakt de legitimiteit van de rechtshandhaving. Het gaat om ernstige problemen binnen een essentieel deel van de democratische rechtsstaat. De beginselen van de democratische rechtsstaat zijn geen boekenwijsheid maar vormen de grondslag voor een levende rechtsstaat die geen ongetoetst, beter nog ongecontroleerd domein in de rechtshandhaving en opsporing duldt. Een vrij politiebedrijf is ongepast'.[39]

Wat het *normeringsaspect* van de crisis betreft, zou in het optreden van politie en justitie tegen de georganiseerde criminaliteit door de wetgever,[40] maar ook door de rechter[41] 'te veel ruimte' zijn gelaten. Daardoor zou verwarring

---

opsporingsdiensten en justitie kunnen worden gehanteerd. Zie het Eindrapport van de PEC Van Traa, p. 11.

36 Zie over de aanleiding voor de parlementaire enquête naar de bijzondere opsporing, het Eindrapport van de PEC Van Traa, p. 72-164.

37 Zie over die incidenten het Eindrapport van de PEC Van Traa, p. 420-427.

38 Eindrapport PEC Van Traa, p. 413.

39 Ibidem, p. 415.

40 De Kamer schoot volgens de PEC Van Traa tekort in haar algemene, toezicht houdende taak, onder andere door niet te reageren op de goedkeurende rechtspraak: '(i)n de Tweede Kamer heeft de nadruk gelegen op wetgeving ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit. De organisatie van de opsporing is slechts op enkele onderdelen aan de orde geweest. Bij de behandeling van de Politiewet is er niet over gesproken. Het functioneren van de CID en de richtlijn infiltratie zijn in het geheel niet door de Kamer besproken. Kamerleden blijken zich niet ervan bewust te zijn geweest hoe de opsporing in de praktijk werkt. Verschillende fracties hebben zich wel bij gelegenheid de vraag gesteld of wetgeving terzake van «proactief politiehandelen» niet geboden was. De bijzondere commissie van onderzoek in de zaak Bosio heeft de Kamer aanbevolen de regering te vragen de Kamer nader te informeren over de positie van informanten en de reikwijdte van hun bescherming. Naar de mening van de commissie heeft de Kamer verzuimd met de regering een principieel debat te voeren over de ontwikkelingen van de opsporing, zeker als dit wordt vergeleken met het grote aantal wetsontwerpen om bevoegdheden uit te breiden die ze wel heeft afgehandeld. (..) Ook in de debatten rond de IRT-affaire heeft de Kamer niet adequaat controle uitgeoefend ten aanzien van de gebruikte opsporingsmethode. Zij is in de controle van opsporingsmethoden in het algemeen tekortgeschoten'. Eindrapport PEC Van Traa, p. 451. Zie over het falen van de wetgever ook: J. Reijntjes, Het begrip opsporing, DD nr. 3, maart 1997, p. 213-229.

41 'De Hoge Raad heeft, zo is de indruk van de commissie, in zijn jurisprudentie de praktische weg gekozen om de opsporing niet te veel in de wielen te rijden. Hij heeft somtijds 'gered wat er te redden was', door veelvuldig gebruik te maken van de algemene taak- en bevoegdheidsbepalingen voor politie en openbaar ministerie', aldus het Eindrapport van de PEC Van Traa, p. 448.

zijn ontstaan omtrent de toelaatbaarheid van verschillende methoden en de verantwoordelijkheid voor de toepassing daarvan. De kaders voor de bijzondere opsporing zouden bovendien teveel door de rechter zijn aangereikt: '(b)ij opsporing is in toenemende mate sprake van een rechtersstaat. De jurisprudentie bepaalt voor een te groot gedeelte de normen van de opsporing. Normering vooraf, een fundamentele eis in de rechtsstaat, is te lang achterwege gebleven'.[42]

In een democratische rechtsstaat kan wettelijke regeling van de opsporing niet ontbreken, aldus de PEC Van Traa, vooral waar opsporingsmethoden inbreuken maken op fundamentele grondrechten van de burger. De wet dient een limitatieve opsomming te geven van inbreuk makende bevoegdheden, terwijl de wettelijke grondslagen voor de verschillende bevoegdheden geen ruimte bieden voor de toepassing van analoge methoden.[43]

De conclusies van de PEC Van Traa werden (grotendeels) overgenomen door de Tweede Kamer, en de wettelijke regeling werd op grondslag van de door de PEC Van Traa aangehouden gedachtegang geconstrueerd.[44]

1.2.3 De Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, centralisering van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer

1.2.3.1 De wettelijke regeling

De wettelijke regeling van de bijzondere opsporing, zoals die op 1 februari 2000 in werking is getreden, omvat de volgende componenten.

- Een grondslag voor de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden naar aanleiding van een redelijk vermoeden van schuld in de zin van art. 27 WvSv, in Titel IVa;
- een grondslag voor de pro-actieve toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden, in Titel V, Eerste Boek, Wetboek van Strafvordering en in art. 132 a WvSv;
- een specifieke regeling voor verschillende (pro-actief in te zetten) bijzondere opsporingsbevoegdheden, namelijk de stelselmatige observatie, infiltratie,

---

42 Ibidem. Dit onderzoek is toegespitst op de *normering* van de bijzondere opsporing. Op de door de PEC Van Traa gesignaleerde organisatie- en gezagscrisis wordt niet ingegaan, voorzover daarbij geen raakvlak bestaat met het normeringsvraagstuk.

43 Eindrapport van de PEC Van Traa, p. 448.

44 Inhoudelijk is de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden in belangrijke mate gebaseerd op het onderzoek van de PEC Van Traa alsook ook de door de commissie gedane normeringsvoorstellen. Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, Kamerstukken II, vergaderjaar 1996–1997, 25 403, nr. 3, (verder: Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden), p. 2. Zie over de verhouding tussen de voorstellen van de PEC Van Traa en het voorontwerp voor de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden: Y. Buruma/E.R. Muller, Na de enquête: inzake het voorontwerp bijzondere opsporingsbevoegdheden, NJB nr. 12, 21 maart 1997, p. 527-533.

pseudo-koop en -dienstverlening, inkijkoperaties, stelselmatige inwinning van informatie, afluisteren van telecommunicatie en vertrouwelijke communicatie en verschillende varianten van de bevoegdheid tot de vordering van gegevens, in voornoemde Titels IVA en V;[45]

- een regeling voor de (pro-actieve) inzet van de bijstand van burgers bij de bevoegdheden van infiltratie, pseudo-koop en –dienstverlening en stelselmatige inwinning van informatie, in Titel VA, Boek I, WvSv;
- een grondslag voor het verkennend onderzoek, ter voorbereiding van opsporingsonderzoeken, in art. 126gg WvSv (titel VC, Boek I, WvSv);
- algemene bepalingen ten aanzien van het behoud en nader gebruik van via bijzondere opsporing verkregen informatie, de interne openbaarheid ten aanzien van dergelijke informatie en gecontroleerde aflevering en doorlating, in Titel VB, Boek I, WvSv;
- een nadere basis (naast de bestaande grondslag in het geval van bedreigde getuigen) voor afgeschermde verhoren, namelijk op basis van een zwaarwegend opsporingsbelang in (vooral) art. 187d WvSv.[46,47]

---

45 Na inwerkingtreding van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden is de regeling van de bijzondere opsporing een aantal malen aangepast in verband met bevoegdheden tot het vorderen van gegevens en onderzoek van communicatie middels geautomatiseerde werken. Zie de Wet van 18 maart 2004 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van bevoegdheden tot het vorderen van gegevens van instellingen in de financiële sector, mede ter uitvoering van het op 16 oktober 2001 te Luxemburg tot stand gekomen Protocol bij de Overeenkomst betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de Lidstaten van de Europese Unie, door de Raad vastgesteld overeenkomstig artikel 34 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (vorderen gegevens financiële sector), Staatsblad 2004, 109 (Bekendmaking inwerkingtreding, Staatsblad 2004, 226), de Wet van 16 juli 2005 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering en enkele andere wetten in verband met de regeling van bevoegdheden tot het vorderen van gegevens (bevoegdheden vorderen gegevens), Staatsblad 2005, 390 (Bekendmaking inwerkingtreding, Staatsblad 2005, 609) en de Wet van 1 juni 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met nieuwe ontwikkelingen in de informatietechnologie (computercriminaliteit II), Staatsblad 2006, 300, (Bekendmaking inwerkingtreding, Staatsblad 2006, 301).

46 Met de wet van 28 september 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met het treffen van een regeling inzake het verhoor van afgeschermde getuigen en enkele andere onderwerpen (afgeschermde getuigen) (Staatsblad 2006, 460), is een derde wettelijke grondslag ingevoerd voor het afgeschermd horen van getuigen. Deze wet is op 1 november 2006 in werking getreden (Staatsblad inwerkingtreding, 2006, 461).

47 Met de laatste verruiming van de bijzondere opsporing bij Wet van 20 november 2006 in verband met de opsporing en vervolging van terroristische misdrijven, (Staatsblad 2006, 580; Staatsblad inwerkingtreding, 2006, 731) heeft een herschikking van de titels ten aanzien van de bijzondere opsporing in het eerste boek van het Wetboek van Strafvordering plaatsgevonden. Titels Vb en Vc van het Eerste boek van het Wetboek van Strafvordering zijn nu geletterd Vd en Vd. Na titel Va zijn de twee nieuwe titels Vb en Vc ingevoerd. Titel Vb heeft betrekking op de bijzondere bevoegdheden tot opsporing van terroristische misdrijven, Titel Vc op de bijstand aan de opsporing van terroristische misdrijven. In Titel Ve is, na art. 126gg, art. 126hh WvSv ingevoerd, welke bepaling voorziet in verruimde mogelijkheden in het verkennend onderzoek, wederom ten behoeve van onderzoek naar terroristische misdrijven. Art. 132a WvSv luidt thans als volgt: onder opsporing wordt

De regeling is daarmee met name gericht op het voorzien in een adequate wettelijke grondslag voor verschillende voorheen niet wettelijk voorgestructureerde bijzondere opsporingsmethoden en verschillende fasen van strafvorderlijk onderzoek. Primaire doelstelling is om de toepassing van de bijzondere opsporing te legitimeren. De wettelijke regeling heeft derhalve vooral betrekking op het verschaffen van wettelijke kaders voor de opsporing zelf.[48]

1.2.3.2 Twee selectiecriteria bij de wettelijke regeling, inbreuk op grond- en mensrechten en strafvorderlijke integriteit

Bij de inrichting van het nationale wettelijk kader voor de bijzondere opsporing zijn de volgende uitgangspunten gehanteerd:

> '(h)et Wetboek van Strafvordering bevat geen systematische beschrijving van opsporingsbevoegdheden. Het is niet de bedoeling geweest van de concipiënten van het wetboek om het opsporingsonderzoek systematisch te beschrijven, maar om bevoegdheden te creëren ten behoeve van de strafrechtelijke afdoening van delicten. Leidend daarbij is geweest dat bevoegdheden die ingrijpen op de vrijheid of op andere grondrechten van burgers, een specifieke regeling behoeven. De regeling behoeft niet uitputtend te zijn'.[49]

In overeenstemming echter met de uitgangspunten van de PEC Van Traa, werd het niet voldoende geacht de wettelijke regeling te beperken tot methoden die een inbreuk maken op grond- en mensenrechten, doch ook tot '(o)pspo-ringsmethoden die zeer risicovol zijn voor de integriteit en beheersbaarheid van de opsporing'.[50]

Aldus kwamen twee selectiecriteria voor wettelijke regeling tot stand. Een specifieke wettelijke grondslag werd noodzakelijk geacht ten aanzien van bijzondere opsporingsmethoden indien erkend werd dat de toepassing daarvan: (1) inbreuk maakt op grond- en mensenrechten, en (2) risicovol is voor de integriteit en de beheersbaarheid van de opsporing.

Wat het eerste selectiecriterium betreft, werd het toepasselijke kader gevonden in het privacyrecht:

> '(d)e vraag is nu welke methoden van opsporing wettelijk geregeld moeten worden. Daarbij is van belang de vraag of de opsporingsbevoegdheid inbreuk maakt op een door de Grondwet, het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) of het Internationaal Verdrag inzake

---

verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.

48 Zie over nadere aspecten en doeleinden van de wettelijke regeling ten aanzien van de bijzondere opsporing, hierna, paragraaf 1.4.

49 Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, p. 9

50 Ibidem, p. 3.

> burgerrechten en politieke rechten (IVBP), beschermd grondrecht. Als dat zo is, stellen de Grondwet en deze verdragen eisen aan de wijze van normering van deze bevoegdheden. Bij de voorgestelde opsporingsbevoegdheden is in het bijzonder aan de orde het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer'.[51]

Aldus werd de normeringslacune ten aanzien van de bijzondere opsporing, *vanuit het mensenrechtelijk perspectief bezien*, gekwalificeerd als een privacykwestie. Daarmee sloot de wettelijke regeling ook aan bij de rechtspraak ten aanzien van de bijzondere opsporing, waarin de nadruk eveneens werd gelegd op de verhouding tussen de bijzondere opsporing en het privacyrecht.[52]

Het tweede selectiecriterium, kort gezegd, de integriteit van de opsporing, is duidelijk meer diffuus van aard. Buruma omschrijft die grondslag voor regeling als volgt.

> 'Wat onder integriteit van de opsporing moet worden verstaan als categorie naast het handelen overeenkomstig grondrechten is voor debat vatbaar. In elk geval gaat het niet om zeer om de concrete rechten van verdachten, maar om het algemene belang dat bij de rechtspleging betrokken autoriteiten handelen overeenkomstig hun algemene taak om misdaad op rechtmatige wijze te bestrijden; dat betekent bijvoorbeeld dat de opsporing niet opzettelijk gepaard gaat met ongerechtvaardigde persoonlijke verrijking van de betrokken ambtenaren, of met de bevordering van andere ernstige misdrijven van die waarop de opsporing gericht is, of met misleiding van de met toezicht en rechtspraak belastte autoriteiten met het opzet dezelver beoordeling te beïnvloeden. Essentieel voor het waarborgen van die integriteit is de notie van de controleerbaarheid'.[53]

Ondanks de erkenning van het integriteitsdoel, werd volgens Buruma in de regeling van de bijzondere opsporing toch de raakvlakken met de sfeer van grond- en mensenrechten benadrukt:

> '(i)n de PEC speelde die integriteit een grote rol – wij herinneren aan de groeiinformant en het doorlaten van drugs – en citeren: 'het gaat niet alleen om de vraag wat er mag, maar ook om de vraag hoe toezicht en gezag worden uitgeoefend. Dit volgens het adagium: geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid, geen verantwoordelijkheid zonder verantwoording'. Toch lijkt in de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden het belang van die integriteit het te hebben moeten afleggen tegen de wens de Nederlandse opsporingspraktijk 'Straatsburg-proof' te maken. Zo is bijvoorbeeld eerst onder druk van de Tweede Kamer art. 126ff inzake het verbod op doorlating opgenomen en is het in een motie uitgesproken verbod om met criminelen burgerinfiltranten te werken in het geheel niet in de wet neer-

51 Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, p. 3.

52 De Hoge Raad omschreef die verhouding in grote detail in het Zwolsman-arrest, gewezen twee maanden voordat het eindrapport van de PEC Van Traa werd gepresenteerd. HR 19 december 1995, NJ 1996, 249, m.nt. Sch.

53 Y. Buruma, aant. 7 op art. 126g-126gg (suppl. 121, april 2001), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

gelegd: beide onderwerpen hebben inderdaad weinig van doen met grondrechten, maar vanuit het oogpunt van integriteit van een controle op de opsporing zijn ze cruciaal'.[54]

Kortom, ondanks dat de grondslag voor de regeling daartoe niet beperkt is, is de met de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden tot stand gebrachte normering voornamelijk gericht op de verhouding tussen de bijzondere opsporing en de mensenrechtelijke sfeer. Uitgangspunt is daarbij dat normering vooral noodzakelijk is in het licht van (legaliteits)eisen die voortvloeien uit het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, in het bijzonder zoals gewaarborgd in art. 8 EVRM.

1.3 Normering van de bijzondere opsporing in de Straatsburgse rechtspraak

1.3.1 Bijzondere opsporingsrechtspraak

Luttele maanden na de inwerkingtreding van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden vond de opmaat plaats van een reeks van uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (verder: EHRM) met betrekking tot de verhouding tussen de bijzondere opsporing en het verdrag.[55] Die verhouding was ook wel eerder, incidenteel, aan de orde gesteld in de rechtspraak van het EHRM.[56] Vanaf 2000 gaf het Hof echter, daartoe in de gelegenheid gesteld door verschillende klachten over bijzondere opsporingstoepassingen, contour en structuur aan de geheel eigen dynamiek die tussen de bijzondere opsporing en de verdragsrechtelijke sfeer blijkt te bestaan.

De bijzondere opsporingsrechtspraak van het EHRM kan in drie – dwars door concrete zaken lopende – categorieën worden onderscheiden. In de eerste plaats heeft het Hof verschillende uitspraken gedaan over de verhouding tussen de bijzondere opsporing en verschillende uit art. 8 EVRM dan wel art. 6 EVRM voortvloeiende normen die gelden bij het opsporingsonderzoek. In de

54 Ibidem. Ook in de rechtspraak speelde de integriteitskwestie volgens Buruma een ondergeschikte rol: '(v)ergelijken wij beide kaders, dan kan niet aan de indruk worden ontkomen dat bij de toetsing van concrete toepassingen van al dan niet wettelijk geregelde methoden in de rechtspraak de nadruk doorgaans ligt op de grondrechten en andere fundamentele rechtsbeginselen en in de politiek op de integriteit van overheidsoptreden en rechtspleging. Ibidem.

55 Op de in deze inleiding gememoreerde rechtspraak van het EHRM wordt in de navolgende hoofdstukken uitgebreid ingegaan. Onder de 'bijzondere opsporingsrechtspraak' van het EHRM kunnen worden begrepen alle uitspraken die op de één of andere wijze specifieke problematiek van de bijzondere opsporing raken. De 'bijzondere opsporingsrechtspraak' van het EHRM is overigens vooral tegen andere lidstaten dan Nederland gewezen.

56 Zie vooral EHRM 15 juni 1992, *Lüdi t. Zwitserland*, A-238, NJ 1993, 711, (m.nt. EEA) en EHRM 9 juni 1998, *Teixeira de Castro v. Portugal,* Reports 1998-IV, NJ 2001, 471, (m.nt. Kn).

tweede plaats richt de bijzondere opsporingsrechtspraak van het Hof zich op de vraag naar de betekenis van het gebruik van via een schending van dergelijke verdragsrechtelijke opsporingsnormen verkregen bewijs voor de eerlijkheid, in de zin van art. 6 EVRM. In de derde plaats kan als aparte categorie worden onderscheiden de Straatsburgse rechtspraak die wederom ziet op art. 6 EVRM, doch specifiek is toegespitst op de interne openbaarheidseisen[57] die uit het eerlijk-proces-recht voortvloeien.

1.3.2 De strafvorderlijke werking van privacynormen

Hier wordt alleen ingegaan op de eerste twee bovenbedoelde categorieën rechtspraak.[58] Daaruit werd het volgende duidelijk. In zaken waarin geklaagd werd over schending van art. 8 EVRM door de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden, ging het veelal om toepassingen waarvoor geen of niet meer dan een summiere wettelijke grondslag bestond in het nationale recht. *Grosso modo* ging het daarbij om dezelfde situatie die in Nederland bestond vóór de invoering van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden. Steevast kwam het Hof in die zaken tot de conclusie dat art. 8 EVRM was geschonden. Daarmee bevestigde het Hof het bij de opstelling van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden aangehouden uitgangspunt dat de bijzondere opsporingsmethoden, evenals andere (klassieke) strafvorderlijke onderzoeksbevoegdheden, inbreuk maken op het privacyrecht en dat voor de toepassing daarvan sprake moet zijn van een (afdoende) wettelijke grondslag.[59] Art. 8

---

57 Interne openbaarheidseisen in art. 6 EVRM worden hier ruim bedoeld, namelijk als de samenstelling van rechten die de verdachte in staat stellen inzicht te verkrijgen in informatie die relevant kan zijn in het strafproces, ongeacht de vorm waarin die informatie is vervat of kan worden ingebracht.

58 Aan de kwaliteit van de interne openbaarheid in bijzondere opsporingzaken moet, vooral wegens de heimelijke toepassing van de bijzondere opsporing, een bijzonder groot belang worden toegedicht. Nu interne openbaarheidsnormen ook onderdeel uitmaken van de hierboven bedoelde overige toetsingscontexten (met betrekking tot opsporingsnormen respectievelijk bewijsgebruik), wordt de werking van die normen in dit onderzoek vooral in die verbanden besproken. Zaken waarin interne openbaarheidsgebreken zelfstandig de basis vormen voor de vaststelling van een schending van het eerlijk-proces-recht betreffen situaties waarin de informatievoorziening omtrent de opsporing van een zodanig geringe kwaliteit is dat toetsing van normschending en/of vaststelling van daaraan te verbinden gevolgen niet mogelijk is. Zie daarover nader, paragraaf 1.3.5., voor een uitwerking en problematisering van met de bijzondere opsporing samenhangende nadere interne openbaarheidskwesties, hoofdstuk 2, paragraaf 2.4.1. en voor een uitwerking van de verdragsrechtelijke interne openbaarheidseisen (als onderdeel van de geconsolideerde informatierechten in art. 6 EVRM), eveneens hoofdstuk 2, paragraaf 2.5.4.

59 Klassieke onderzoeksmethoden sluiten goed aan bij de – ook weer klassieke – kaders van het privacyrecht daar zij tastbare inbreuken maken op de in art. 8 EVRM (maar ook in de Grondwet) uitdrukkelijk benoemde privacysferen: de woning en de correspondentie en, via het brede privacybegrip, het lichaam. Met de ontwikkeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden diende het privacybegrip in art. 8 EVRM steeds verder te worden

EVRM heeft, blijkens de rechtsprak van het Hof, inderdaad een sterke normerende werking op de bijzondere opsporing. Die werking neemt de gestalte aan van opsporingsnormen: waar onderzoeksbevoegdheden het privacyrecht raken, dient de regeling en toepassing daarvan te beantwoorden aan de eisen van art. 8 lid 2 EVRM. Het privacyrecht stelt bovendien niet alleen vergaande eisen aan de bijzondere opsporing, maar blijkt ook zeer gevoelig te zijn voor schending daardoor. Bijzondere opsporingstoepassingen kunnen, vooral vanwege de heimelijke toepassing daarvan, zware inbreuken op het privacyrecht opleveren. De eisen voor de specificiteit van wettelijke grondslagen en begeleidende procedurele waarborgen zijn daardoor ook als zwaar aan te merken, nietnaleving van die eisen *in concreto* is eveneens onderhevig aan strikte beoordeling. Terecht is de nationale wetgever er dan ook van uitgegaan dat het ontbreken van een specifieke, met waarborgen omklede wettelijke grondslag bij veel van de in de praktijk toegepaste bijzondere opsporingsmethoden, strijdig was met de uit art. 8 EVRM voortvloeiende eisen.

Opzienbarend, vooral gelet op het gewicht dat aan art. 8 EVRM is toegekend bij de nationale normering van de bijzondere opsporing, is echter een nadere conclusie die volgt uit de hier bedoelde Straatsburgse rechtspraak, namelijk dat erkende privacyschendingen in het opsporingsonderzoek in zichzelf amper betekenis hebben voor de eerlijkheid van een daarop volgende strafvervolging. Voor specifiek op de strafvervolging toegespitste verdragsrechtelijke bescherming in het opsporingsonderzoek ziet het Hof namelijk maar één ingang. Die is niet gelegen in art. 8, maar in art. 6 EVRM. Wil een schending van uit art. 8 EVRM voortvloeiende normen voor de bijzondere opsporing doorwerken binnen het strafproces, dan kan dat alleen indien de schending van art. 8 EVRM in het opsporingsonderzoek tegelijkertijd effect heeft op de eerlijkheid van de procedure. Daarvoor is noodzakelijk dat de privacyschending wordt getransformeerd naar een eerlijkheidsnorm in art. 6 EVRM. In die transformatie toont de privacynorm zich zwak.

1.3.3 De werking van privacynormen via het recht op een eerlijk proces

Naar de huidige rechtspraak van het Hof is transformatie van een privacyschending naar de context van het eerlijk-proces-recht alleen mogelijk wanneer

---

opgerekt wilde bescherming kunnen worden geboden tegen de nieuwe soorten inbreuken die door de nieuwe methoden worden gemaakt. De telefoontap – de eerste bijzondere opsporingsbevoegdheid die in het wetboek werd geregeld, lang voordat andere bijzondere opsporingsbevoegdheden problematisch werden – kon tamelijk gemakkelijk (onder andere) onder het correspondentiebegrip worden gebracht. Bij de overige bijzondere opsporingsbevoegdheden was de aansluiting met het privacyrecht niet aanstonds zichtbaar omdat die bevoegdheden, veelal in het openbaar, dus in het *publieke domein*, worden toegepast. Een extensieve interpretatie was dus nodig, die ook werd uitgevoerd door het EHRM, om het privacyrecht in dergelijke en andere vanuit de 'klassieke lezing' moeilijke gevallen, toch van toepassing te achten. Zie daarover nader, hoofdstuk 4.

via de privacyschending verkregen bewijs wordt gebruikt in een strafvervolging. Dan wordt het in art. 6 EVRM impliciet ingelezen deelrecht op een eerlijk bewijsgebruik ingeschakeld. Dat recht dwingt de rechter bepaalde voorzichtigheidsstandaarden in acht te nemen bij het gebruik van bewijs waaraan bepaalde risico's kleven dan wel, in geval van schending van bepaalde normen, het bewijs in het geheel niet te gebruiken. Voorzichtigheidseisen komen erop neer dat de zittingsrechter herstellende compensatie toepast. Dat wil zeggen dat hij een eventuele beperking van de eerlijkheid die ontstaat door het gebruik van mogelijk via schending van een opsporingsnorm verkregen (en daarmee risicovol te achten) bewijs tenietdoet. Herstel of compensatie wordt bewerkt doordien (1) de verdachte zo veel als mogelijk in de gelegenheid wordt gesteld zijn procesrechten uit te oefenen om te ageren tegen de bewijsverkrijging en -gebruik; (2) de rechter zijn oordeel om desalniettemin het bewijs te gebruiken (in het bijzonder) motiveert en (3) een veroordeling (in beginsel) niet uitsluitend wordt gebaseerd op via schending van opsporingsnormen verkregen bewijs.

De sterke normerende werking van art. 8 EVRM op het opsporingsonderzoek ten spijt, heeft de niet-naleving van de eisen die uit deze bepaling voortvloeien in de context van een strafvervolging maar een zeer summiere betekenis. In alle tot nu toe gewezen uitspraken achtte het Hof wel een eerlijkheidsrisico geïntroduceerd door het bewijsgebruik. Privacyschendingen raken de eerlijkheid dus wel: de rechter kan bij het gebruik van aldus verkregen bewijs de onderliggende normschending niet passeren. Bijzonder veel behoeft hij in dat verband echter niet te doen. Tot dusver is het Hof in ieder geval in geen enkele voorgelegde zaak tot het oordeel gekomen dat herstel niet is bewerkt. De situatie waarin de omgang met via anterieure schending van art. 8 EVRM verkregen bewijs oneerlijk is geacht, heeft zich derhalve vooralsnog niet voorgedaan.

Wel heeft het hof in dergelijke zaken[60] geëist dat een effectieve remedie als bedoeld in art. 13 EVRM openstaat waarmee tegen privacyschendingen (apart) kan worden geageerd. Juist doordat privacyschendingen niet werden verdisconteerd in de einduitspraak bij de strafvervolging, bleef de door de privacyschending veroorzaakte mensenrechtelijke 'schade' bestaan en moest zij op een andere wijze worden gecompenseerd. Een hersteleis bestaat in het verdragsrechtelijke verband dus wel ten aanzien van privacynormen in het opsporingsonderzoek, doch die eis is vanuit het perspectief van de strafvervol-

60 Aangetekend moet worden dat de hier bedoelde rechtspraak vooral tegen het Verenigd Koninkrijk is gewezen en betrekking had op een periode – vóór de inwerkingtreding van *The Human Rights Act 1998* – waarin het privacyrecht als zodanig niet als norm werd erkend in het Britse recht: '(u)nder English law there is in general nothing unlawful about a breach of privacy'. EHRM 25 september 2001, *P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk*, Reports of Judgments and Decisions 2001-IX, NJ 2003, 670 (m.nt. EJD), § 78. Art. 13 EVRM werd in die zaak (onder andere) geschonden geacht omdat '(...) the domestic courts were not capable of providing a remedy because, although they could consider questions of fairness in

ging niet sterk. Zodoende heeft de verdachte als burger aan zijn verdragsrechtelijke privacybescherming veel, als verdachte welhaast niets.

1.3.4 Eerlijk procesnormen in het opsporingsonderzoek

Opmerkelijk is vervolgens de geheel andere waardering door het EHRM van bewijsgebruik dat niet voortvloeit uit een schending van art. 8 EVRM in het opsporingsonderzoek, maar uit (een mogelijke) schending van een deelrecht van art. 6 EVRM zelf. Art. 6 EVRM bestaat uit een catalogus van deelrechten die een expliciete en impliciete uitwerking betreffen van de eerlijkheidsnotie. De daarin vervatte deelrechten zien primair op de waarborging van de eerlijkheid van het eindonderzoek.[61] Enerzijds gaat het daarbij om (door de rechter) in acht te nemen procedurele basisvoorwaarden (zoals de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter). Anderzijds kent het eerlijk-proces-recht procesrechten toe aan de verdachte die hem in staat moeten stellen, via een adversair proces en op basis van *equality of arms*, zijn procedurele standpunten te adstrueren (vooral kan in dat verband worden verwezen naar de procesrechten in het derde lid van art. 6 EVRM). Bepaalde deelrechten van art. 6 EVRM zijn daarnaast reeds van toepassing *in het vooronderzoek*. Het gaat daarbij om eerlijk-proces-rechten die niet kunnen worden verwezenlijkt – ook niet ten processe – tenzij zij ook eerder dan (of buiten) het eindonderzoek in acht worden genomen.[62] Te denken valt in dat verband aan het recht op interne openbaarheid of het recht op rechtsbijstand, die ook ten behoeve van de voorbereiding van de verdediging uitgeoefend moeten kunnen worden.[63] Een aantal deelrechten die reeds bij het vooronderzoek gelden, kunnen ook fungeren als opsporingsnormen; dan stelt het eerlijk-proces-recht grenzen aan het overheidsoptreden in de opsporingsfase.

Twee van dergelijke art. 6 EVRM (opsporings)normen zijn blijkens de rechtspraak van het EHRM betekenisvol voor de bijzondere opsporing. Zo was al

admitting the evidence in the criminal proceedings, it was not open to them to deal with the substance of the Convention complaint that the interference with the applicants' right to respect for their private lives was not "in accordance with the law"; still less was it open to them to grant appropriate relief in connection with the complaint'. Ibidem, § 86. De redenering dat deze rechtspraak vanuit de specifieke context van het Britse recht moet worden gelezen, gaat (inmiddels) niet (meer) op. Dezelfde zwakke doorwerking is namelijk ook te zien in latere zaken gewezen tegen andere lidstaten, waaronder ook Nederland. Zie: EHRM 1 maart 2007, *Heglas v. Tsjechie*, Appl.nr.: 5935/02 en Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 23 september 2003 en *Doerga v. Nederland*, Appl.nr.: 50210/99.

61 Art. 6 EVRM is ten dele ook van toepassing bij procedures die strekken tot de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen. Hier wordt alleen gedoeld op de betekenis van het eerlijk-proces-recht bij strafvervolgingen.

62 Zie daarover nader, hoofdstuk 2, paragraaf 2.3.

63 A. den Hartog, Artikel 6 EVRM: grenzen aan het streven de straf eerder op de daad te doen volgen, Diss. RuG, Antwerpen, Apeldoorn, MAKLU, 1992, p. 121.

in eerdere rechtspraak vastgesteld dat het zwijgrecht reeds van toepassing is buiten de kaders van het eindonderzoek.[64] Steeds ging het echter daarbij om situaties waarin betrokkenen bewust waren van informatie-inwinning, omdat zij werden gedwongen inlichtingen te verstrekken. Het zwijgrecht staat dan onder spanning vanwege de dwang (veelal in de vorm van met straffen bedreigde medewerkingsverplichtingen) die bij de informatie-inwinning wordt uitgeoefend. Bijzondere opsporing kenmerkt zich juist doordien de verdachte geen wetenschap heeft van het onderzoek, waardoor van dwingen geen sprake kan zijn. Omdat bijzondere opsporingsmethoden heimelijk worden toegepast kan door of vanwege strafvorderlijke autoriteiten directe communicatie tot stand worden gebracht met de verdachte, zonder dat hij op de hoogte is van de identiteit van zijn gesprekspartner. Dat het zwijgrecht daarbij in het gedrang kan komen lag niet voor hand: immers een onwetende verdachte kan moeilijk onder druk worden gezet. Niettemin heeft het Hof het zwijgrecht bij heimelijke bevraging van toepassing geacht.[65] Indien de verdachte op een bepaalde wijze wordt misleid tot het doen van zichzelf belastende uitspraken, kan de bevraging gelden als een functioneel verhoor, al is daar formeel geen sprake van. Bij heimelijke communicatie met een onwetende verdachte dienen daarom ook de kaders van het zwijgrecht te worden aangehouden.[66]

Heimelijke bijzondere opsporing maakt het ook mogelijk dat door of vanwege strafvorderlijke autoriteiten wordt geparticipeerd[67] in het delict waarvoor de verdachte later wordt vervolgd. Aldus verkregen bewijs kan in principe inhoudelijk zeer sterk worden geacht. Immers de verdachte wordt in een participatiesituatie waargenomen terwijl hij een delict pleegt. Ten aanzien van dergelijke participatie heeft het Hof eveneens grenzen in art. 6 EVRM gesignaleerd. Participatie kan acceptabel zijn, echter alleen bepaalde vormen daarvan en alleen indien de actie is omkleed met afdoende waarborgen. De participatienorm, die feitelijk niet anders dan door middel van heimelijk onderzoek kan worden overtreden, betreft daarmee een opsporingsnorm

64 Zie onder andere, EHRM 25 februari 1993, *Funke. v. Frankrijk,* A 256-A en EHRM 17 december 1996, *Saunders v. Het Verenigd Koninkrijk*, Reports 1996-VI, NJ 1997, 699 (m.nt. Kng).

65 EHRM 5 november 2002, *Allan v. Het Verenigd Koninkrijk,* Reports of Judgments and Decisions 2002-IX, NJ 2004, 262 (m.nt. Sch).

66 Dat wil niet zeggen dat het zwijgrecht ook zeer gevoelig is voor schending bij heimelijke bevraging. In de *Allan*-zaak was er sprake van een bijzondere samenloop van factoren die het Hof bracht tot de conclusie dat het zwijgrecht was geschonden. Van belang is evenwel dat de toepasselijkheid van het zwijgrecht in de context van de heimelijke bevraging principiële erkenning heeft. Zie verder over het zwijgrecht in de context van de bijzondere opsporing, hoofdstuk 5, paragraaf 5.3.

67 Participatie betreft een zelf gekozen term die overkoepelend wordt bedoeld ter duiding van verschillende vormen van al dan niet (materieel) strafrechtelijk relevante deelneming of daderschap bij delicten, al dan niet door of vanwege strafvorderlijke autoriteiten, omwille van informatie- of bewijsvergaring. Zie verder over de verschillende vormen van participatie, die in het Wetboek van Strafvordering zijn geregeld onder de verschillende infiltratiebevoegdheden, hoofdstuk 5, paragraaf 5.4.

in art. 6 EVRM die zelfs uitsluitend in de context van de (pro-actieve) bijzondere opsporing betekenis heeft.

Bij bewijsgebruik dat uit schending van deze art. 6 EVRM opsporingsnormen voortvloeit, wordt wederom het recht op een eerlijk bewijsgebruik ingeschakeld. De afwijkende waardering van dit bewijsgebruik is gelegen in de verdergaande effecten die art. 6 EVRM normschendingen hebben op de eerlijkheid daarvan. In de rechtspraak van het Hof is het meermalen voorgekomen dat het door het gebruik van dergelijke schendingen in het proces geïntroduceerde eerlijkheidsrisico's als absoluut onherstelbaar zijn aangemerkt. Die normschendingen zijn *irremediable*.[68] Ofwel, bewijs dat via schending van het zwijgrecht of de participatienorm is verkregen, is onderworpen aan een *absolute uitsluitingsregel*. Een dergelijke striktheid doet zich overigens ook buiten de context van art. 6 EVRM opsporingsnormen voor. Ook bewijs dat via marteling, in de zin van art. 3 EVRM, is verkregen kan nimmer in een strafvervolging worden gebruikt.[69] Bij schending van andere, al dan niet (duidelijk) tot het eerlijk-proces-recht te herleiden, normen[70] is bewijsuitsluiting geen automatisch gevolg, maar hebben dergelijke schendingen toch een vedergaande invloed op het bewijsgebruik dan privacyschendingen. Dat uit zich in een striktere opstelling van het Hof ten opzichte van hersteleisen bij gebruik. Zo heeft het Hof het door de nationale rechter toegepaste herstel bij het gebruik van bewijs dat via schending van het *nemo tenetur* beginsel[71] en art. 3 EVRM, niet door marteling maar door wrede en onmenselijke behandeling,[72] is verkregen, onvoldoende bevonden.

De rechtspraak van het Hof ten aanzien van de (zwakke) doorwerking van privacyschendingen mag tot de conclusie voeren dat normschending in het opsporingsonderzoek weinig invloed heeft op de eerlijkheid van de strafvervolging. De rechtspraak ten aanzien van het bewijsgebruik bij andere typen normschendingen spreekt die gevolgtrekking tegen. De zwakke doorwerking

68 Zie evenwel, in verband met het zwijgrecht, de opvallende uitspraak van het Hof in EHRM 29 juni 2007, *O' Halloran en Francis v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nrs.: 15809/02 en 25634/02, (GC). Zie daarover nader, hoofdstuk 5, paragraaf 5.3.

69 EHRM 11 juli 2006, *Jalloh v. Duitsland*, Appl.nr.: 54810/00 (GC), NJ 2007, 226; Relatieve ondergrens van artikel 3 EVRM en verruiming van het *nemo tenetur*-beginsel, NJCM-Bulletin, jaargang 32, nr. 3, mei 2007, p. 354-370, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen.

70 Daarmee wordt vooral gedoeld op normen in art. 3 EVRM. Ondanks dat wrede en onmenselijke behandeling en marteling niet als norm zijn vervat in art. 6 EVRM, kan niet worden miskend dat het verbod op bewijsverkrijging via schending van deze bepaling een essentiële strafvorderlijke normen betreft, die logischerwijs – welhaast vanzelfsprekend – past binnen het strafvorderlijk eerlijkheidsconcept.

71 *Jalloh*, *supra*, noot 69.

72 Ibidem. De rechtspraak ten aanzien van het gebruik van via art. 3 EVRM schendingen verkregen bewijs is, vooral waar het niet gaat om marteling, tamelijk complex. Het Hof heeft in *Jalloh* aangegeven (voorlopig) niet te willen vaststellen of ook via wrede en onmenselijke behandeling verkregen bewijs onderhevig is aan een absolute uitsluitingsregel. Een oordeel daarover was in die zaak niet noodzakelijk omdat het bewijsgebruik hoe dan ook

van privacynormen moet daarmee worden verbonden aan (de aard van) de privacynorm zelf. De overtreding van andere typen normen, veelal die vervat in het eerlijk-proces-recht zelf, kan juist in belangrijke mate de inrichting en de uitkomst van een strafvervolging beïnvloeden.

1.3.5 Normschending in het opsporingsonderzoek, toetsing, herstel en uitsluiting bij het eindonderzoek

Opvallend is dat de Straatsburgse voorzichtigheidseisen bij gebruik van via normschending verkregen bewijs al gelden bij een *indicatie* van normschending. Dat duidt op een bredere dictaat dan tot alleen verwerking van gevolgen van vastgestelde normschendingen op het bewijsgebruik. Wil de rechter de juiste gevolgen (uitsluiting of herstel) kunnen verbinden aan een normschending, is hij logischerwijs ook verplicht vast te stellen of er überhaupt sprake is van een normschending. Veronachtzaming van die taak kan in zichzelf strijdig zijn met art. 6 EVRM.

Verschillende situaties kunnen worden onderscheiden in verband met via normschending verkregen bewijs. (1) Een norm is geschonden die van dien aard is dat het bewijs dient te worden uitgesloten; (2) een norm is geschonden, doch is dat niet van dien aard dat herstel niet mogelijk is en (3) er is geen norm geschonden, doch de verdediging meent van wel. Toetsing door de rechter zou in die onderscheiden situaties het volgende moeten opleveren. Bij categorie (1) kan het bewijs in het geheel niet worden gebruikt. Bij categorie (2) (waaronder alle hierboven aangehaalde art. 8 EVRM rechtspraak kan worden begrepen), dient de normschending door herstel te worden geneutraliseerd. Bij categorie (3) ligt niet zozeer in de rede dat het eerlijk-proces-recht toch geschonden kan zijn indien de rechter geen onderzoek heeft gedaan naar de beweerde normschending. Dat onderzoek zou immers alleen opleveren dat er niets aan de hand is. Niettemin is ook in dergelijke gevallen het bewijstoetsings- en verwerkingskader ingeschakeld, als vooraf een indicatie aanwezig is dat een normschending zich heeft voorgedaan.[73] In zaken waarin het EHRM zelf tot de conclusie komt dat geen normen zijn geschonden bij bewijsverkrijging, toetst het Hof toch aan het herstelkader. Relevant blijft of de verdachte voldoende heeft kunnen ageren tegen bewijsverkrijging en -gebruik, of de

---

oneerlijk was in verband met gebrekkig herstel. In latere rechtspraak lijkt het Hof er naar te neigen *niet* uit te gaan van een absolute uitsluitingsregel wanneer er geen sprake is van marteling. Zie in verband met gebruik van in strijd met art. 3 EVRM verkregen bewijs, onder andere: EHRM 20 juni 2006, *Örs e.a. v. Turkije*, Appl.nr.: 46213/99; EHRM 12 april 2007, *Özen v. Turkije*, Appl.nr.: 46286/99 en EHRM 28 juni 2007; *Harutyunyan v. Armenië*, Appl.nr.: 36549/03.

73 Dergelijke rechtspraak bestaat niet in de context van art. 8 EVRM opsporingsnormen, nu in alle ter zake doende zaken het Hof zelf een schending van art. 8 EVRM bij de bewijsverkrijging heeft geconstateerd.

rechter zijn oordeel op dat punt voldoende heeft gemotiveerd en of de veroordeling niet (uitsluitend of) in beslissende mate op het gewraakte bewijs berust. De eerlijkheid gebiedt aldus dat ook de *mogelijkheid* van normschending voldoende wordt onderzocht.

Die plicht blijkt overigens reeds uit rechtspraak van het Hof buiten de sfeer van het bewijsgebruik, waar schendingen van art. 6 EVRM zijn vastgesteld wegens gebrekkige interne openbaarheid over de bewijsverkrijging.[74] De grondslag voor de schending ligt dan niet in gebrekkig omgang met bewijs, maar is daaraan gerelateerd. De rechter kan zijn toetsingsplicht niet waarmaken, omdat de daarvoor noodzakelijke informatie ontbreekt. In 2006 heeft het Hof in *Khudobin v. Rusland*[75] de verplichting tot het doen van onderzoek naar een eventuele normschending volledig verzelfstandigt van de (eventuele) normschending zelf. Gelet op 's Hofs eerdere rechtspraak in verband met de in art. 6 EVRM vervatte participatienorm, was in die zaak tamelijk evident dat zich in dat verband een schending had voorgedaan. In principe had het Hof dus gemakkelijk kunnen vaststellen dat het bewijs niet had mogen worden gebruikt: bewijs dat via schending van de participatienorm is verkregen, is immers onderhevig aan een absolute uitsluitingsregel. Het Hof baseerde de schending van art. 6 EVRM evenwel op de *gebrekkigheid van de toetsing* van de bewijsverkrijging en de verdere omgang met het bewijs. *Khudobin* schept daarmee een logische continuïteit in het kader voor bewijsgebruik:[76] voordat de rechter kan bepalen hoe hij met via normschending verkregen bewijs dient om te gaan, is hij voorafgaand verplicht vast te stellen of en zo ja, wat voor normschending zich al dan niet heeft voorgedaan. Ongeacht of de rechter niet in staat is dat onderzoek te doen (wegens het ontbreken van voldoende informatie, zoals in *Dowsett* en *Edwards en Lewis*) of dat gewoonweg nalaat (zoals bij *Khubobin*), en ongeacht of zich uiteindelijk wel een (fatale) normschending heeft voorgedaan, is het eerlijk-proces-recht reeds geschonden als de rechter die voorafgaande verplichting niet waarmaakt.

Aldus kan een schending van het eerlijk-proces-recht, bij het gebruik van (mogelijk) via normschending verkregen bewijs, op verschillende wijzen tot stand komen:

- de rechter doet onderzoek naar een mogelijke normschending doch erkent het ten onrechte niet of komt tot een onjuiste waardering van de betekenis daarvan, waardoor de geïndiceerde (juiste mate of soort) compensatie dan wel bewijsuitsluiting ten onrechte uitblijft;

---

74 Zie, onder andere, EHRM 24 juni 2003, *Dowsett v. Het Verenigd Koninkrijk,* Reports of Judgments and Decisions 2003-VII en EHRM 22 juli 2003, *Edwards en Lewis v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nrs.: 39647/98 en 40461/98. Het gaat hier aldus om de hierboven bedoelde derde categorie in de bijzondere opsporingsrechtspraak van het EHRM, zie hierboven, paragraaf 1.3.1..

75 EHRM 26 oktober 2006, *Khudobin v. Rusland*, Appl.nr.: 59696/00; NJCM-Bulletin, (2007), vol. 32 , nr. 5, p. 676-686, m.nt. Ölçer.

76 Ibidem.

- het rechterlijk onderzoek naar en waardering van een herstelbare normschending is deugdelijk, doch de kwaliteit van compensatie voldoet niet;
- de rechter doet geen of onvoldoende onderzoek naar een mogelijke normschending, waardoor de kans openblijft dat verwerking ten onrechte niet heeft plaatsgevonden.[77]

Art. 6 EVRM heeft daarmee op twee niveaus normerende werking ten opzichte van de bijzondere opsporing. Het eerlijk-proces-recht bevat, evenals andere verdragsbepalingen, normen die in acht dienen te worden genomen bij het opsporingsonderzoek. Verschillende van die normen hebben rechtstreeks betrekking op eigenaardigheden van de bijzondere opsporing. Die normen zijn strikt, vooral ten opzichte van opsporingsnormen in art. 8 EVRM. Voorts heeft het eerlijk-proces-recht normerende werking vanuit het eindonderzoek: normschending in het opsporingsonderzoek dient bij bewijsgebruik in het eindonderzoek op een bepaalde wijze procedureel te worden verwerkt. De striktheid van art. 6 EVRM opsporingsnormen ten opzichte van art. 8 EVRM opsporingsnormen komt in die procedurele verwerking tot uitdrukking. Bewijsgebruik dat via schending van een art. 6 EVRM-norm is verkregen heeft over het algemeen een verdergaande invloed op de eerlijkheid van het bewijsgebruik.

Op het eerste niveau, van opsporingsnormen, heeft art. 6 EVRM een directe normerende werking op de bijzondere opsporing. Op het tweede, procedurele niveau, is de normerende werking indirect: het gaat dan niet om de betekenis van normschending op zichzelf, maar om de effecten daarvan op de eerlijkheid van de strafvervolging.

1.4 Het eerlijk-proces-recht als primaire kader voor de bijzondere opsporing, opsporingnormen en verwerking van schendingen bij bewijsgebruik

In het streven tot een met het EVRM verenigbare wettelijke regeling te komen, is de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden met name geconstrueerd vanuit het perspectief van het privacyrecht, vooral de daaruit voortvloeiende legaliteitseisen. Voorgaande uiteenzetting van de bijzondere opsporingsrechtspraak van het EHRM lijkt de beschermingscapaciteit en de kracht van de normerende werking van art. 8 EVRM ten opzichte van de bijzondere opsporing echter sterk

77 Zie ook in dat laatste verband, naast *Khudobin v. Rusland*, *supra*, noot 75, in verband met door het Hof als oneerlijk aangemerkt gebruik van bewijs dat via een schending van art. 3 EVRM is verkregen, *Özen v. Turkije*, *supra*, noot 72, §103: '(...) not only did the Diyarbakýr State Security Court not determine the admissibility of the applicant's statements made in the custody of the gendarmerie before going on to examine the merits of the case, but also used these statements as the main evidence in its judgment convicting the applicant, despite his denial of their accuracy'.

te nuanceren. Dat is zeker het geval wanneer ervan wordt uitgegaan dat de sterkte van normen afhankelijk is van de striktheid van nalevingseisen die ter zake worden gesteld binnen de context van de strafvervolging zelf. Waar niet-naleving van uit art. 8 EVRM voortvloeiende eisen een niet meer dan summiere betekenis heeft voor de uitkomst van een mede op basis van een dergelijke schending gevoerde procedure, moet de conclusie dan zijn dat de uit art. 8 EVRM voortvloeiende opsporingsnormen ondubbelzinnig zwak zijn. Strafvorderlijk bezien zijn art. 8 EVRM normen niets meer dan opsporingsnormen, die zelf niet strekken tot bepaalde gevolgen bij niet-naleving daarvan.

Zo bezien mag de nationale wetgever thans dan wel een solide, privacygevoelige regeling hebben getroffen voor de bijzondere opsporing, voor de strafvordering is dat niet bijzonder betekenisvol. In het geval dat de thans geldende regeling *in concreto* niet wordt nageleefd (ervan uitgaande dat de regeling *in abstracto* wel voldoet aan de eisen van art. 8 EVRM) zal art. 8 EVRM hoogstwaarschijnlijk wel geschonden zijn, die schending behoeft echter nauwelijks gevolgen te hebben voor de strafvervolging zelf.

Hoe dan ook, evenals bij alle andere normschendingen in het vooronderzoek, kan een art. 8 EVRM-schending in het opsporingsonderzoek, evenals alle andere normschendingen in die fase, alleen betekenis hebben in de context van een strafvervolging, via het in art. 6 EVRM vervatte toetsingskader voor de eerlijkheid van het bewijsgebruik. In die context toont de privacynorm zich ondubbelzinnig zwak, vooral in de vergelijking met art. 6 EVRM opsporingsnormen. Bij (mogelijke) schending van eerlijk-porces-recht opsporingsnormen neemt het Hof een veel striktere houding aan bij de beoordeling van de eerlijkheid van het bewijsgebruik. Gezamenlijk genomen moet dat alles tot de volgende gevolgtrekking leiden, namelijk dat de eisen die vanuit art. 6 EVRM aan de bijzondere opsporing worden gesteld, strafvorderlijk bezien, veel pertinenter zijn dan de eisen die voortvloeien uit art. 8 EVRM.

Te ver zou het gaan te stellen, dat de wetgever bij de regeling van de bijzondere opsporing aan de verkeerde verdragsbepaling heeft getoetst. De bijzondere opsporing maakt nu eenmaal inbreuk op het privacyrecht: voor de toepassing ervan moet daarom wel ergens in het nationale recht een afdoende wettelijke regeling zijn getroffen. Bovendien, vaststaat niet *waarom* de tot dusver door het Hof beoordeelde privacyschendingen een zo zwakke doorwerking hebben. Mogelijk kan de zeer algemene privacynorm worden gesplitst in vanuit strafvorderlijk perspectief variërend te waarderen componenten. Een absolute uitsluiting bij voorbaat van alle relevantie van de privacynorm in de context van de strafvervolging is ook niet in de rechtspraak van het Hof aan de orde. Eveneens is, zonder een beter begrip van de ter zake doende rechtspraak, niet op voorhand vast te stellen dat de ter zake doende keuzes van het Hof zondermeer transformabel zijn naar de nationale rechtsorde, in het licht van het eigen normenstelsel. Zulks noopt tot de ontwikkeling van een gedegen begrip van 's Hofs rechtspraak in dit verband.

In de actuele verdragsrechtspraak blijkt art. 6 EVRM evenwel, strafvorderlijk bezien, onmiskenbaar een belangrijkere betekenis te hebben voor de bijzondere opsporing dan art. 8 EVRM. Bij de opstelling van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden is de regeling echter niet getoetst aan deze verdragsbepaling.[78] Geen doorlichting heeft plaatsgevonden van de implicaties van deze bepaling, noch voor de opsporing zelf noch voor het gebruik van via normschending verkregen bewijs. Die implicaties zijn dan ook niet, althans niet vanuit een verbinding naar verdragsrechtelijke verplichtingen die uit deze bepaling voortvloeien, in de regeling verwerkt. De wetgever heeft niet aan de verkeerde verdragsbepaling (art. 8 EVRM) getoetst, maar heeft nagelaten daarnaast te toetsen aan de bepaling waaraan vanuit het verdragsrechtelijke perspectief een centrale betekenis moet worden toegekend in de context van de bijzondere opsporing (art. 6 EVRM). Dit onderzoek beoogt helderheid te verschaffen omtrent die betekenis.

1.5 Het verdragskader voor de bijzondere opsporing nader geduid

Alvorens overgegaan kan worden tot duiding van de concrete probleemstelling en opsomming van doeleinden van dit onderzoek, is het van belang op voorhand een aantal aandachtspunten te signaleren in verband met de normerende werking van art. 6 EVRM ten opzichte van de bijzondere opsporing.

Het EHRM heeft ten behoeve van die normering gekozen voor een beschermingsmechanisme met een bewijsrechtelijke oriëntatie. Niet de normschending *an sich* raakt de eerlijkheid van de strafvervolging, maar het gebruik van via normschending verkregen bewijs. De rol die de normschending speelt is dat zij het daarmee verkregen bewijs problematisch maakt. Het gebruik van dat bewijs is risicovol voor de eerlijkheid en is alleen mogelijk indien de rechter

78 Dat geldt niet voor dat onderdeel van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden waarin een grondslag voor afscherming van informatie op basis van een zwaarwegend opsporingsbelang is ingevoerd. (Zie met name art. 187d WvSv). Zie daarover, Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, p. 17-22. Een raakvlak werd eveneens gesignaleerd tussen de bijzondere opsporing en art. 13 EVRM, het recht op een effectieve remedie, echter de gedachtevoering daaromtrent in de Memorie van Toelichting is beperkt tot de context van implicaties van de bijzondere opsporing voor derden die worden betrokken in strafvorderlijk onderzoek. 'Degene die aan deze bevoegdheden wordt onderworpen heeft op grond van artikel 13 recht om zich hierover te beklagen, indien hij op de hoogte is van de toepassing van de heimelijke bevoegdheid. In het wetsvoorstel is in artikel 126aa (bedoeld zal zijn: art. 126bb WvSv: FPÖ) opgenomen de plicht voor de officier van justitie om achteraf van de toepassing van een bevoegdheid mededeling te doen aan de burger die onderwerp van onderzoek is geweest'. Notificatie in de zin van art. 126bb WvSv is niet noodzakelijk in het geval dat degene jegens wie bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn toegepast wordt vervolgd, daar die persoon automatisch, door de vervolging, inzage krijgt in het onderzoek via het procesdossier. Hoe dan ook, niet werd bedoeld dat art. 13 EVRM (of art. 6 EVRM) ten aanzien van de (bijzondere) opsporing een strafvorderlijke toetsingseis stelt, in de zin van toetsing van de rechtmatigheid daarvan door de zittingsrechter.

de door het risico teniet kan doen. Sommige normschendingen leiden tot een zodanig eerlijkheidsrisico dat herstel überhaupt niet mogelijk is.

Dat kader is herkenbaar, want was al uitgewerkt in rechtspraak met betrekking tot het gebruik van verschillende vormen van verschillende eigenstandig problematische bewijscategorieën, vooral – om verschillende redenen precair te achten – getuigenverklaringen. Het gebruik van de anonieme getuigenverklaring is binnen die categorie infaam, ofwel, met Schalken, '(e)en grotere allergie dan anoniem bewijs is in Straatsburg haast niet denkbaar.[79,80] Niet anoniem doch buiten de zitting afgelegde getuigenverklaringen ten aanzien waarvan de verdachte (evenals bij de anonieme getuigenverklaring) niet in de volle gelegenheid is gesteld het ondervragingsrecht en het recht op tegenspraak uit te oefenen worden onder hetzelfde kader getoetst.[81] Intrinsieke (on)betrouw-

79 Zie zijn annotatie bij EHRM 14 februari 2002, *Visser v. Nederland*, Appl.nr.: 26668/95, NJ 2002, 378, m.nt. Sch.

80 Tegen Nederland is driemaal een schending geconstateerd wegens het gebruik van anonieme getuigenverklaringen. Zie: EHRM 20 november 1998, *Kostovski t, Nederland*, A-166, NJ 1990, 245 (m.nt.EEA); EHRM 23 april 1997, *Van Mechelen e.a. Nederland*, Reports 1997-III, NJ 1997, 635, (m.nt. Kng) (anonieme verklaringen politieambtenaren) en *Visser v. Nederland*, *supra*, noot 79, §§ 14-19 (onvoldoende aangetoond dat toekenning anonimiteit gerechtvaardigd was, veroordeling in overwegende mate gebaseerd op de anonieme getuigenverklaring). Zie voor door het Hof gesanctioneerde gevallen van het gebruik van anonieme getuigen verklaringen: EHRM 26 maart 1996, *Doorson v. Nederland*, ECHR Reports 1996-II, p. 446, NJ 1996, 741, §§ 69-76 (toekenning anonimiteit niet in strijd met verdrag, gelet op belangen slachtoffers, counterbalancing procedures voldoende) en Ontvankelijkheidsbelissing *EHRM 4 juli 2000, Kok v. Nederland, Appl.nr.: 43149/98, NJ 2001, 401, m.nt. Kn.*

81 Zie in verband met door het EHRM verworpen bewijsconstructies bij het gebruik van buiten de zitting afgelegde verklaringen (in verband met het ontbreken van voldoende nader bewijs en/of onvoldoende compensatie van verdedigingsrechten), onder andere: EHRM 24 november 1986, *Unterpertinger v. Oostenrijk*, A Vol. 110., NJ 1988, (m.nt. EEA) (eerder bij politieverhoor afgelegde verklaringen van naaste verwanten die zich ter zitting op hun verschoningsrecht beroepen); EHRM 27 februari 2001, *Lucà v. Italie*, Appl.nr.: 33354/96, NJ 2002, 101, (m.nt. Sch.), §§ 41-43 (in het vooronderzoek afgelegde verklaring van een medeverdachte die zich ter terechtzitting beroept op zijn verschoningsrecht); EHRM 20 december 2001, *P.S. v. Duitsland*, NJ 2002, 435, (m.nt. Sch.), §§ 10-17 (*de auditu* ingebrachte verklaringen van 8-jarig meisje die klager beschuldigde van seksueel misbruik) en EHRM 10 november 2005, *Bocos-Cuesta v. Nederland*, Appl.nr.: 54789/00, NJ 2006, 239, (m.nt. Sch.), §§ 69-74 (verklaringen van in het vooronderzoek afgelegde minderjarige slachtoffers). Zie voor gevallen waarin het gebruik van buiten de zitting afgelegde getuigenverklaringen niet in strijd met art. 6 EVRM werd bevonden, onder andere: EHRM 26 april 1991, *Asch v. Oostenrijk*, Série A vol. 203, NJ 1993, 710, (m.nt. EAA), §§ 25-31 (mede in verband met de inconsistente proceshouding van de verdachte); *Doorson v. Nederland*, *supra*, noot 80, §§ 77-80, (onder andere, gebruik tot bewijs van eerder bij politieverhoor afgelegde, ter zitting ingetrokken getuigenverklaring en verklaring van getuige wiens aanwezigheid ter zitting niet kon worden bewerkstelligd) en Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 5 april 2002, *Scheper v. Nederland*, Appl.nr.: 39209/02, NJ 2005, 551, (m.nt. Sch.) (gebruik verklaringen van beweerde slachtoffers wier oproeping als getuige ter zitting praktisch onmogelijk was).

baarheidsproblematiek bestaat bij de verklaring van de minderjarige[82] en de verklaring van het slachtoffer van een zedendelict – volgens Schalken '(n)aast de anonieme getuige (...) (zij het om een andere reden) de tweede allergie in Straatsburg'.[83] Een *sui generis* categorie betreft die van verklaringen van getuigen aan wie strafvorderlijke toezeggingen zijn gedaan.[84] Buiten de context van de getuigenverklaring valt in verband met risicovolle bewijsmiddelen verder te denken aan het gebruik tot bewijs van het zwijgen van de verdachte,[85] de kennelijk leugenachtige verklaring van de verdachte[86] en het fenomeen, grofweg te duiden als schakelbewijs.[87] Daaraan kan thans worden toegevoegd de categorie van via normschending verkregen bewijs. De verbreding van het toepassingbereik van het bewijsgebruikkader is om verschillende redenen opvallend en betekenisvol voor het algemene begrip van de eerlijkheidsnotie in art. 6 EVRM.

---

82 Enerzijds kan die hoedanigheid betekenisvol zijn voor de uitkomst van afwegingen, in die zin dat de bijzondere belangen van dergelijke slachtoffers een eigen gewicht in de schaal kunnen leggen. Schalken ziet in zijn noot bij *Bocos-Cuesta v. Nederland*, *supra*, noot 81– anderzijds – ook een erkenning van intrinsieke gevaren verbonden aan de verklaringen van minderjarigen: '(i)n Bocos-Cuesta klemde de bewijsvoering temeer daar het om kinderen ging. Zij bevestigden weliswaar op onderdelen elkaars verklaringen, maar een meervoudige bevestiging van mogelijke onbetrouwbaarheid levert het risico van nog grotere onbetrouwbaarheid op. En dan is, zoals de Franse affaire-Outreau heeft laten zien, wel heel bijzondere behoedzaamheid geboden'.

83 Ontvankelijkheidsbeslissing *Scheper v. Nederland*, *supra*, noot 81.

84 Zie Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 27 januari 2004, *Lorsé v. Nederland*, Appl.nr.: 44484/98, NJ 2004, 668 (m.nt. Schalken bij NJ 2004, 669); Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM, *Verhoek v. Nederland*, 27 januari 2004, Appl.nr.: 54445/00, NJ 2004, 669 (m.nt. Sch) en Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 25 mei 2004, *Cornelis v. Nederland*, Appl.nr.: 994/03. In alle gevallen werd het bewijsgebruik niet in strijd met art. 6 EVRM bevonden.

85 EHRM 8 februari 1996, *Murray v. Het Verenigd Koninkrijk*, Reports of Judgments and Decisions 1996-I, NJ 1996, 725.

86 Ontvankelijkheidsbelissing *Kok v. Nederland*, *supra*, noot 80.

87 Ontvankelijkheidsbeslissing *Scheper v. Nederland*, *supra*, noot 81: '(a) number of leads, with which these witnesses had provided the police, had been followed up and had resulted in supporting evidence. Bearing in mind that it concerned three nearly identical incidents with a similar modus operandi by the perpetrator and which occurred within a relatively short time span in three different towns, and having regard to all the material used in evidence against the applicant, including his own statements made before the police and the trial courts, the Court holds that the applicant's conviction cannot be said to have been based only or to a decisive extent on the statements given by Ms A., Ms B. and Ms C. to the police (...)'. Schalken analyseert die uitspraak als volgt: '(v)ermoedelijk heeft de modus operandi, het samenbindend element tussen de drie delicten, de doorslag gegeven. Zonder die bindende factor bij een pluraliteit aan misdrijven, zou de vraag geweest zijn of het Hof met het steunbewijs genoegen zou hebben genomen. Dat steunbewijs was alleen ten aanzien van twee slachtoffers aanwezig in een medisch rapport en in de eigen verklaring van de verdachte (over het gebruik van condooms). De modus operandi diende dus vooral als bewijs ten aanzien van het derde slachtoffer'.

1.5.1 Bewijsrecht in art. 6 EVRM

In de eerste plaats spreekt de inmiddels brede toepassing van dit kader het algemeen aangehouden uitgangspunt dat art. 6 EVRM geen regels van bewijsrecht bevat, tegen. 's Hofs beoordelingen van de eerlijkheid van bewijsgebruik worden steevast ingeleid met de vaststelling dat art. 6 EVRM '(...)does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is primarily a matter for regulation under national law (...).[88] Daarom is het niet de taak van het Hof '(...) as a matter of principle', vast te stellen of '(...) particular types of evidence – for example, evidence obtained unlawfully in terms of domestic law – may be admissible (...)'.[89]

Aldus betogend is het Hof echter in de loop der tijd gekomen tot een tamelijk vergaande uitwerking van de relatie tussen bewijsgebruik en eerlijkheid. Bij de eerste structurele inzet van het kader was de bewijsrechtelijke oriëntatie mogelijk onopvallend[90] omdat het daarbij vooral ging om het gebruik van (anonieme) getuigenverklaringen. In dat verband *kan* het accent worden gelegd op beperkingen van het ondervragingsrecht en het recht op tegenspraak. Die materie is complex en trekt de aandacht naar zich toe. Echter, ook in dergelijke zaken ligt de kern van de problematiek in de eerlijkheid van het bewijsgebruik. Het gaat er dan immers niet zozeer om dat het ondervragingsrecht en het recht op tegenspraak niet (ten volle) worden verwezenlijkt, maar dat het gebruik van die verklaringen tot bewijs invloed heeft op de

88 *Jalloh, supra*, noot 69, §§ 94-95.

89 Ibidem.

90 Dat wil niet zeggen dat de ontwikkeling van het Straatsburgs bewijsrecht in verband met het gebruik van risicovolle getuigenverklaringen onbemerkt is gebleven. Zie I.H. Dennis, Human Rights and Evidence in Adversarial Criminal Procedure: The Advancement of International Standards, In: J.F. Nijboer/J.M. Reintjes (Red.), Proceedings of the First World Conference on New Trends in Criminal Investigation and Evidence, Koninklijke Vermande, Den Haag, 1995, p. 523, over '(...) the increasing willingness of the European Court, and the European Commission, of Human Rights to pronounce on matters of criminal procedure and evidence', dat volgens hem indicatief is voor de 'arrival of more detailed pan-European norms of criminal process'. (Met verwijzing naar: H. Jung, Criminal Justice – A European Perspective (1993) Criminal Law Review 237, p. 245 en J.F. Nijboer, Common Law Tradition in Evidence Scholarship Observed from a Continental Perspective, (1993), American Journal of Comparative Law, 299, p. 311-312). 'If the growth of these norms is sustained there will be important implications for many European jurisdictions, particularly in relation to such matters as the privilege against self-incrimination and the use of hearsay evidence'. I.H. Dennis, a.w., ibidem. Dennis ziet dezelfde ontwikkeling in de vestiging en rechtspraak van het *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (ICTY), welk tribunaal opereert op basis van een procedurele code (*Rules of Procedure and Evidence*) waarin zelfs meer gedetailleerde regels van procedure en bewijs zijn opgenomen dan de algemene principes in het EVRM of het IVBPR. Ibidem. In alle gevallen geldt dat '(...) the language of these principles is often so general that their application may be a matter of considerable uncertaintiy. Developments in the last few years, some of very recent origin, suggest that the international community is finally starting to put flesh on the bones of these principles. The contrours of an international body of adjectival law are becoming more visible'. Ibidem.

eerlijkheid, gelet op beperkingen van die procesrechten. De inzet van hetzelfde beoordelingskader bij het gebruik van verklaringen van getuigen aan wie toezeggingen zijn gedaan, toont dat het kader in wezen losstaat van het ondervragingsrecht en het recht op tegenspraak. De toepassing van het kader op via normschending verkregen bewijs bestendigt het algemeen karakter daarvan.

Het recht op een eerlijk bewijsgebruik kan daarmee worden opgevat als een autonoom component van de eerlijkheidsnotie, ofwel als een zelfstandig (impliciet) deelrecht. Dat recht is niet verbonden aan bepaalde typen bewijs of daarmee samenhangende beperkingen van (andere) eerlijk-proces-rechten, maar is overkoepelend van aard. Elke introductie van een eerlijkheidsrisico via bewijsgebruik stelt het kader in werking.

Dan blijft de vraag waarom het EHRM nog altijd de algemene formule omtrent terughoudendheid doet voorafgaan aan elke beoordeling van het bewijsgebruik. Enerzijds kan die zelf uitgesproken terughoudendheid worden begrepen als een verwijzing naar het sterk met feiten verweven en heterogene domein van het bewijsrecht. De benadrukking van nationale discretie ten aanzien van de algemene (en gedetailleerde) inrichting van het bewijsrecht laat de grote variëteit ter zake in nationale systemen intact. Anderzijds is het mogelijk de standaardformulering van het Hof ten aanzien van bewijsrechtelijke terughoudendheid in meer positieve zin te lezen. Het Hof stelt nooit dat art. 6 EVRM geen *admissibility* regels bevat, of dat het Hof in dat verband geen enkele competentie geniet. Het Hof stelt *in principe* geen rol te spelen bij de beoordeling van '(...) errors of fact or of law allegedly committed by a national court (...).'[91] Dat is anders wanneer dergelijke fouten '(...) may have infringed rights and freedoms protected by the Convention'.[92] Bewijsverkrijging en bewijsgebruik kunnen de eerlijkheid wel raken, hetgeen steeds vaker blijkt in de rechtspraak van het EHRM. Dan heeft het Hof wel een belangrijke taak, namelijk tot beoordeling '(...) whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the "unlawfulness" in question and, where violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found (...).[93] Inmiddels is gebleken, dat de situatie niet uitzonderlijk is: in het duiden van de betekenis van normschendingen en de daaraan te verbinden gevolgen in verband met bewijsgebruik is het Hof zelfs tamelijk actief te noemen.[94,95]

---

91 *Jalloh*, *supra* noot 69, §§ 94-95.

92 Ibidem.

93 Ibidem.

94 Zie in dezelfde zin over de ontwikkeling van het Straatsburgs bewijsrecht, in verband met het gebruik van risicovolle getuigenverklaringen, Knigge in zijn noot bij *Van Mechelen e.a. Nederland*, *supra*, noot 80: '(h)et Hof stelt zich ook in dit arrest op het standpunt dat admissibility van het bewijs primair een zaak van nationaal recht is en dat de algemene regel is dat de bewijswaardering moet worden overgelaten aan de nationale rechter (§ 50). Anders dan Van Dijk in zijn dissenting opinion bepleit, leidt dat niet tot een terughoudende toetsing

1.5.2 Waarheidsvinding versus strafvorderlijke probiteit

Voorts voegt de erkenning dat het gebruik van via normschending verkregen bewijs een eerlijkheidsrisico introduceert in de strafvervolging een bepaalde dimensie toe aan de algemene eerlijkheidsnotie in art. 6 EVRM. Dat is gelegen in het eigenaardige risico dat het gebruik van dergelijk bewijs introduceert.

Het gebruik van *de auditu* (anonieme) getuigenverklaringen is risicovol voor de eerlijkheid, omdat dat gebruik per definitie gepaard gaat met een beperking van het ondervragingsrecht en het recht op tegenspraak. Het daarmee samenhangende risico is vooral gelegen in mogelijke inhoudelijke onbetrouwbaarheid die kleeft aan de beperkte mogelijkheden voor de toetsing van het bewijs. De kans bestaat dat bepaalde inhoudelijke aspecten niet aan de orde komen, waardoor mogelijk op inhoudelijk onjuiste gronden tot be-

---

van het Hof. De speelruimte die de nationale rechter wordt gelaten, geldt kennelijk alleen binnen de grenzen die het Hof op grond van art. 6 EVRM trekt. Die grenzen wenst het Hof daarbij zelf, en wel nauwgezet, te bewaken'. Zie ook annotator Schalken bij *Visser v. Nederland*, *supra*, noot 80: '(d)at het Hof in zaken met anonieme getuigen zijn terughoudende attitude ten aanzien van bewijsrechtelijke kwesties laat varen, bewijst hoeveel moeite het met die materie heeft. (...) Het is dan ook de vraag of de Hoge Raad zijn – overigens door onze wetgever voorgeschreven – distantie ten aanzien van de feiten nog lang en onder alle omstandigheden kan blijven volhouden'. Schalken borduurt op die gedachte voort in zijn noot bij Ontvankelijkheidsbeslissing *Scheper v. Nederland*, *supra*, noot 81: '(h)et Hof houdt zich dus wel degelijk met bewijswaardering bezig, hoezeer dit ook officieel als het domein van de nationale rechter wordt beschouwd'. '(D)e sterk casuïstische benadering door het Hof' verplicht de Hoge Raad volgens de laatste annotator ertoe 'de verhouding tussen de gebruikte bewijsmiddelen goed onder ogen te zien en niet te volstaan met het herhalen van een algemene regel'. De Hoge Raad lijkt op dat punt volgens Schalken ook '*iets kritischer te worden*'. In ieder geval noopt de Straatsburgse rechtspraak volgens hem tot uitwerking van regels in de eerste plaats ten aanzien van bewijsappreciatie: '(e)en door Straatsburg verlangd expliciet oordeel over de verhouding tussen hoofd- en steunbewijs roept de vraag op hoe lang de Hoge Raad nog kan blijven vasthouden aan de algemene regel (waarop hijzelf reeds vele uitzonderingen heeft toegestaan), nl. dat de rechter de selectie en de waardering van het door hem gebruikte bewijsmateriaal niet hoeft te motiveren (...), zeker in het licht van het per 1 januari j.l. ingevoerde en bij amendement gewijzigde art. 359 lid 2 Sv (rechter moet motiveren telkens als hij afwijkt van uitdrukkelijk onderbouwde standpunten van OM en verdediging, dus ook bij gemotiveerde bewijsverweren). Het ligt voor de hand dat de Hoge Raad tenminste voor de situatie, waarin getuigen niet konden worden ondervraagd, wederom een uitzondering formuleert. Wat is erop tegen als de Hoge Raad, het eigen uitgangspunt handhavend, in elk geval wel toetst of de gebruikte bewijsmotivering voldoet aan criteria van fairness, begrijpelijkheid en deugdelijkheid?' Voorts acht hij het noodzakelijk duidelijke criteria te hanteren in verband met de vraag welke mate van verdedigingsinspanningen kunnen worden geëist bij de verwezenlijking van het ondervragingsrecht. Zie over dat laatste nader, hoofdstuk 2, paragraaf 2.4.1.3.

95 Overigens zijn ook andere bewijsrechtelijke regels te ontwaren in de rechtspraak van het Hof ten aanzien van art. 6 EVRM. Te denken valt aan regels ten aanzien van bewijslastverdeling en de (variërende) bewijsstandaarden die gelden in de verschillende door art. 6 EVRM beschermde procedures. Zie in dat verband, o.a.: EHRM 5 juli 2001 (Final, 12 december 2001), *Phillips v. Het Verenigd Koninkrijk*, Reports of Judgements and Decisions, 2001-VII.

wezenverklaring wordt overgegaan. De eerlijkheid moet dan worden gerecupereerd door, voorzover als mogelijk, het inhoudelijke eerlijkheidsrisico te niet te doen. Dat brengt met zich mee dat de rechter zich rekenschap geeft van het risico, daarvan doet blijken in zijn motivering en de bewezenverklaring niet uitsluitend of in overwegende mate op de anonieme verklaring doet steunen. De verdachte moet zijnerzijds, voorzover als mogelijk, in de gelegenheid worden gesteld zijn procesrechten te kunnen benutten om te ageren tegen het bewijsgebruik.[96]

Vergelijkbare overwegingen gelden bij het gebruik van verklaringen van getuigen aan wie strafvorderlijke toezeggingen zijn gedaan. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt in ieder geval dat dergelijk bewijsgebruik ook vooral risicovol moet worden geacht uit oogpunt van inhoudelijke betrouwbaarheid.[97] Gesproken kan worden van een intrinsieke onbetrouwbaarheidsindicatie die voortvloeit uit de mogelijkheid dat de inhoud van de verklaring door de toezegging is beïnvloed.

Bij het gebruik van in het vooronderzoek via normschending verkregen bewijs behoeft het eerlijkheidsrisico niet voort te vloeien uit inhoudelijke betrouwbaarheidsproblematiek, al dan niet in samenhang met beperkte toetsingsmogelijkheden in dat verband. Die beide aspecten kunnen weliswaar als additionele problemen aanwezig zijn en daarmee het aan het bewijsmiddel verbonden risico verergeren. De eerlijkheid verzet zich echter ook zelfstandig tegen het gebruik van via normschendingen verkregen bewijs, ook wanneer dat bewijs inhoudelijk absoluut betrouwbaar kan worden geacht.

Dat brengt met zich mee dat de eerlijkheidsnotie niet alleen georiënteerd is op waarheidsvinding (dat via een eerlijke procedure de inhoudelijk juiste uitkomst wordt bereikt), maar ook op strafvorderlijke probiteit (eerlijkheid kan ook verontreinigd raken door het gebruik van via normschending verkregen bewijsgebruik, ondanks dat de uitkomst (een bewezenverklaring) inhoudelijk juist is). Norm-naleving heeft aldus een intrinsieke betekenis binnen het eerlijkheidsconcept. Bovendien heeft niet alleen probiteit een eigen plaats binnen de eerlijkheidsnotie, het kan ook concurreren met het belang van waarheidsvinding. Daarvan getuigt de rechtspraak van het Hof waarin het gebruik van inhoudelijk zeer betrouwbaar bewijs toch is afgekeurd, ofwel

96 Interessant is overigens te verkennen in hoeverre een koppeling valt te maken tussen het concept van waarheidsvinding en een strafvorderlijke norm als de onschuldpresumptie. Bewijs waarvan het risicovolle karakter gelegen is in mogelijke inhoudelijke betrouwbaarheid zou kunnen worden getypeerd als bewijs dat eveneens wegens 'beperking' van een strafvorderlijke norm – de onschuldpresumptie – een eerlijkheidsrisico introduceert. Dan kan in de onschuldpresumptie de regel te worden gelezen dat een schuldigverklaring niet kan worden uitgesproken, dan op basis van inhoudelijk betrouwbaar bewijs.

97 Bij het gebruik van verklaringen van getuigen aan wie strafvorderlijke toezeggingen kan het eerlijkheidsrisicio hybride zijn. In theorie is het mogelijk dat het daaraan verbonden risico voortvloeit uit de wijze waarop de verklaring tot stand is gekomen (zoals door een onrechtmatige toezegging).

omdat het via een bepaalde type normschending is verkregen, ofwel omdat het door een eventuele normschending veroorzaakte eerlijkheidsrisico niet is hersteld.

Dat strafvorderlijke probiteit binnen de eerlijkheidsnotie een zelfstandige betekenis heeft, is niet opmerkelijk. 'Ideas drawn from dominant streams of Western political and legal philosophy lie at the heart of international human rights law' en '(i)nternational human rights instruments are essentially founded on the doctrine of the rule of law, and on a conception of the individual as an autonomous moral agent who is accorded an entitlement to certain fundamental rights'.[98]

Die grondslag van respect voor de individuele autonomie wordt manifest in de naleving van procesprincipes, hetgeen 'is crucial in securing acceptance of adjudicative deicions as legitimate exercises of official power'.[99] Dat brengt met zich mee dat '(t)hese broad principles (...) are important not just instrumentally (because they tend to promote factually correct outcomes of decisions), but normatively, because requirements of due process demonstrate respect for the dignity and rights of individuals'.[100] Dat de uitwerking van het eerlijkheidsconcept in het internationale mensenrechtenrecht eveneens mede op die grondslag van individuele autonomie gebaseerd is, althans mede daardoor is beïnvloed, ligt voor de hand.[101]

Zulks blijkt niet alleen uit de erkenning van het concept dat normschending invloed kan hebben op de eerlijkheid van het bewijsgebruik. Een probiteitsgrondslag in art. 6 EVRM is evenzeer te zien in (1) de wijze waarop het Hof (andere) deelrechten van art. 6 EVRM interpreteert en (2) in de erkenning van

98 I.H. Dennis, a.w., p. 524, met verwijzing naar Maher, in zijn weergave van Lon Fuller's concept van recht: 'law as a special means of subjecting human conduct to the governance of rules necessarily adopts a specific conception of moral personality, one which respects the autonomy of those subject to the legal order' alsmede het werk van John Rawls: '(...) just as the rule of law insists upon respecting the moral status of people generally, the rules of natural justice receive their justification in the way in which thet particularise this general principle in the application of general rules to concrete cases'. G. Maher, Natural Justice as fairness, In: The Legal Mind, Essays for Tony Honori (Red. N. McCormick en P. Birks), 1986, 103, p. 114, 115 en 116.

99 I.H. Dennis, a.w., ibidem. Dennis wijst in dat verband op onderzoek van Tyler in de Verenigde Staten, waaruit zou blijken dat percepties van legitimiteit belangrijk zijn voor de vrijwillige naleving van het recht en dat '*procedural justice*' van belang is bij de vestiging van de legitimiteit van besluitvorming: 'people are more responsive to normative judgements and appeals than is typically recognised by legal authorities. Their responsiveness leads people to evaluate laws and the decisons of legal authorities in normative terms, obeying the law if it is legitimate and moral and accepting decisions if they are fairly arrived at'. (T.R. Tyler, Why people obey the law: Procedural justice, legitimacy, and compliance. New Haven, CT: Yale University Press, (1990)), I.H. Dennis, a.w. ibidem.

100 Ibidem, met verwijzing naar: R. Dworkin, Principle, Policy, Procedure, In: Crime, Proof and Punishment (Red. Tapper), 1981.

101 Dennis ziet in de tekst van art. 6 EVRM en in art. 21 van het Statuut van de ICTY, alsmede in de rechtspraak van het Hof en het Tribunaal een erkenning van deze grondslag. I.H. Dennis, a.w., p. 526 en 529.

verschillende (impliciete) normen in deze bepaling, die niet of nauwelijks verbonden kunnen worden geacht aan het doel van waarheidsvinding. Sommige deelrechten hebben een dubbele dienende functie: zij kunnen instrumenteel worden ingezet, ter bevordering van de waarheidsvinding én de probiteit. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter, de onschuldpresumptie, het aanwezigheidsrecht, het recht op rechtsbijstand, op de oproeping en ondervraging van getuigen en dergelijke, dienen de waarheidsvinding, door de verdachte procedureel te fortificeren bij zijn eigen waarheidsadstructie. Zij zijn echter ook functioneel in het kader van verzet tegen bewijsverkrijging en -gebruik in verband met eventuele normschending. Andere normen zoals het *nemo tenetur*-beginsel en het zwijgrecht kunnen de belangen van waarheidsvinding raken..[102] Vooral waar er sprake is van de wil doorbrekende dwang, is de inhoudelijke betrouwbaarheid van aldus verkregen bewijs in het geding. Ook waar inhoudelijke betrouwbaarheid niet wordt geraakt door schending van die rechten, blijft de schending echter zelfstandig problematisch. De participatienorm ontbeert volledig een instrumenteel karakter: zij draagt in het geheel niet bij aan waarheidsvinding, frustreert haar zelfs. Naleving van dergelijke rechten is doel in zichzelf en heeft vooral te maken met probiteit.

In art. 6 EVRM is aldus bij alle deelrechten wel de probiteitsgrondslag te zien. Met de inzet van het toetsingskader voor de eerlijkheid van het bewijsgebruik bij via normschending verkregen bewijs versterkt het Hof die reeds zichtbare dimensie van de eerlijkheidsnotie. Opmerkelijk en belangrijk is daarbij wel dat het Hof aan de verplichting tot toetsing en verwerking van normschendingen door de zittingsrechter de mensenrechtelijke status verleent. De verdachte heeft het recht op toetsing en verwerking van eventueel via normschending verkregen bewijs, als onderdeel van zijn recht op een eerlijk proces. Dat laatste moet bijzonder betekenisvol zijn, niet alleen in nationale rechtsordes waarin het concept van doorwerking van normschending geen bestaan heeft als procesfenomeen, maar ook in die rechtsordes waarin dat concept wel aanwezig is, doch niet werkt vanuit de dwingende bodem van een mensenrechtelijke rechtsgrondslag. Erkenning van het doorwerkingsconcept zegt immers nog weinig over de sterkte van de werking ervan. De toekenning van de mensenrechtelijke status ontdoet het probiteitsconcept en de verwerkingseis van een vrijblijvend karakter; waar het concept zwak is, zou de statusverheffing door het EHRM verschil moeten maken.

Dat effect van de Straatsburgse rechtspraak blijft natuurlijk afhankelijk van de wijze waarop het Hof zelf omgaat met het probiteits- en doorwerkingsconcept. De enkele kwalificatie daarvan als mensenrechtelijke materie, beslist immers nog niet hoe de concurrentieverhoudingen zijn ten opzichte van andere

---

102 Zie daarover Knigge in zijn noot bij EHRM 17 december 1996, *Saunders v. Het Verenigd Koninkrijk*, ECHR Reports 1996-VI, p. 2044, NJ 1997, 699, m.nt. Kn. Zie verder uitgebreid over de rechtsgrondslag van het *nemo tenetur*-beginsel en het zwijgrecht, hoofdstuk 5, paragraaf 5.3.

belangen zoals de waarheidsvinding.[103] Dat het probiteitsbelang in ieder geval niet *predominant* is in de rechtspraak van het Hof, is wel duidelijk. De welhaast categorische uitsluiting van de doorwerking van privacyschendingen vormt daarvan de beste illustratie. Voorts past het Hof verschillende relativeringsmechanismen toe die, evenals in de nationale rechtspraak, normschendingen kunnen nuanceren of zelfs opheffen. Het Straatsburgse voorzichtigheidskader bij herstelbare verzuimen kan in zichzelf als een vorm van relativering worden gezien: erkende verzuimen worden daarmee immers niet werkelijk hersteld,[104] maar het bewijsgebruik gecompenseerd via andere weg.

Van een wezenlijk belang blijft evenwel dat verdachten in alle lidstaten van de Raad van Europa mensenrechtelijke aanspraak maken op de toetsing en verwerking van eventueel via normschending verkregen bewijs. Het Hof mag zich voor wat betreft verschillende aspecten van het doorwerkingsconcept flexibel opstellen, het Straatsburg kader kan ook zeer strikt zijn. Voor de vaststelling of nationale mechanismen voldoen aan 's Hofs minima is daarom een gedegen begrip noodzakelijk van de aard en striktheid van de verdragsnormering in dit verband.

1.5.3 Relativiteit van 's Hofs keuzes, mede in verband met hiërarchische schikking strafvorderlijke normen

1.5.3.1 Het kader voor de eerlijkheid van het bewijsgebruik als handhavingsmechanisme

's Hof rechtspraak zoals hierboven uiteengezet werkt, als gezegd, op twee niveaus. Enerzijds worden in die rechtspraak opsporingsnormen geformuleerd. Anderzijds dicteert het Hof eisen bij het gebruik van (mogelijk) via schending

103 Zo berust de Amerikaanse *exclusionary rule* eveneens op een constitutionele grondslag, zonder dat gezegd kan worden dat deze regel een onverdeeld sterke werking heeft. Veelal is de regel daar onderhevig aan nuancering door de werking van verschillende relativeringsmechanismen. Zie daarover: P. Bal, Uitsluiting van de uitsluitingsregel in de Verenigde Staten: de zaak Hudson v. Michigan, DD, 2007, afl. 3/17, p. 251-275.

104 In dat verband moet worden gewezen op de afwijkende lading van de term herstel in de zin van de Straatsburgse eisen en herstel als bedoeld art. 359a WvSv. Waar in die laatste bepaling wordt gesproken van onherstelbare vormverzuimen begaan in het vooronderzoek, wordt gedoeld op daadwerkelijk herstel in die zin dat het verzuim zelf wordt gecorrigeerd. Zie evenwel over het realiteitsgehalte van een werkelijke hertselbaarheidseis, Cleiren & Nijboer 2005 (T&C Sv) art. 359a Sv, aant. 2c): '(i)n het oorspronkelijk wetsvoorstel was de herstelbaarheidseis van lid 1 vooral bedoeld voor vormverzuimen die de rechter beging tijdens het onderzoek ter terechtzitting (MvT Kamerstukken II 1993/94, 23 705, nr. 3, p. 25). Tijdens de parlementaire behandeling is echter een amendement aangenomen om de werkingssfeer van dit artikel te beperken tot de vormverzuimen begaan tijdens het voorbereidend onderzoek (...). Dit zijn evenwel verzuimen waarvan het veelal een raadsel is of die kunnen worden hersteld en zo ja, hoe dan. Het was dan ook wenselijk geweest als het amendement meteen de herstelbaarheidseis had geschrapt'.

van die normen verkregen bewijs. Er bestaat een zeer nauwe en functionele relatie tussen die twee niveaus van normering. Hoe minder specifiek opsporingsmethoden zijn benoemd in termen van (mensenrechtelijke) kaders – zoals bij innovatieve toepassingen als bijzondere opsporingsmethoden – hoe groter de kans op normschending en daarmee het ontstaan van problematiek bij bewijsgebruik. Hoe (inherent) gevaarzettender opsporingsbevoegdheden zijn ten opzichte van mensenrechten eveneens. Het door het Hof geconstrueerde kader voor de eerlijkheid van bewijsgebruik dient bovendien – ondanks dat zij georiënteerd is op het eindonderzoek – te worden gezien als functioneel sluitstuk voor de opsporingsnormen zelf. Het kader werkt weliswaar vanuit het perspectief van het eindonderzoek, doch is onlosmakelijk verbonden met (im)probiteit in het vooronderzoek. Via een omweg, worden daarmee ook opsporingsnormen gehandhaafd. Door achteraf bewijsgebruik te problematiseren ontstaat er grip op het vooronderzoek. Het gaat hier aldus niet alleen om een mechanisme dat de eerlijkheid van het bewijsgebruik bewaakt, maar ook om een bepaalde type toezichtsysteem ten opzichte van het opsporingsonderzoek. Indirect als de werking ervan ook moge zijn, dat mechanisme beïnvloedt ook de inrichting van de opsporing zelf.[105]

1) Alternatieve handhavingsmodaliteiten

Door het bewijsgebruikkader in te zetten als sluitstukmechanisme bij de handhaving van opsporingnormen heeft het Hof een zeer bepaalde, doch relatieve keuze gemaakt. Normering van het opsporingsonderzoek is uit de aard van dat procesonderdeel moeizaam, hetgeen vooral te maken heeft met gewicht dat in die fase aan het belang van waarheidsvinding moet worden toegekend.[106] Daarbij is problematisch welke vormgeving een toezichtmechanisme moet hebben om op effectieve wijze de probiteit in het opsporingsonderzoek te bevorderen. Verschillende typen handhavingsmodaliteiten bestaan in dat verband, waarvan varianten te vinden zijn in verschillende typen rechtsordes.

Bewijsgebruik contingent maken aan de (waardering van de) wijze van verkrijging (al dan niet via normschending) betreft één optie uit een ruimere categorie van *retroactieve* handhavingsmogelijkheden. Alternatieven als die

105 Zie in deze zin, over het Britse strafrechtelijke bewijsrecht, Ashworth: 'This branch of the law concerns not only the rules and principles according to which evidence may be admitted at a trial but also, directly or by implication, some of the rules and principles according to which investigators may properly gather evidence. It therefore deals with several activities at the pre-trial stage, particularly police investigations'. A. Ashworth, The Criminal Process. An Evaluative Study, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 29.

106 Zie ook: M.C. Groenhuijsen/G. Knigge (red.), Het Vooronderzoek in strafzaken, Tweede interimrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Gouda Quint, Deventer, 2001, p. 3: '(o)ok moet worden aangetekend dat het voorbereidend onderzoek de omgeving bij uitstek is waar de traditionele verhouding tussen waarheidsvinding enerzijds en de bescherming van de persoonlijke vrijheidsrechten anderzijds in volle scherpte aan het licht treedt'.

van strafvermindering en verlies van het vervolgingsrecht van de aanklager zijn overige *binnenprocedurele* mogelijkheden: ook zij hebben invloed op de einduitspraak. Bij *buitenprocedurele* opties moet vooral worden gedacht aan tegen overtredende ambtenaren te nemen disciplinaire maatregelen en de mogelijkheid van (civiele of *sui generis*) acties tegen de overheid. Bij al die modaliteiten wordt pas *na* normschending, ofwel na afloop van het opsporingsonderzoek, bezien of daaraan bepaalde gevolgen dienen te worden gekoppeld.

Principieel andere vormen van probiteitsbewaking in het vooronderzoek strekken tot de *voorkoming* van normschending, dan wel onmiddellijk (en werkelijk, dus niet door middel van compensatie via andere weg) herstel. Twee ideaaltypische modellen kunnen in dat verband worden onderscheiden. Een eerste model berust op strikte voorafgaande wettelijke voorstructurering. Bij die modaliteit zijn door de wetgever van te voren specifieke voorwaarden neergelegd voor de toepassing van opsporingsbevoegdheden. Die regelingen includeren procedurele waarborgen, een (rechterlijke) autoriteit, die al dan niet voorafgaand machtigt tot toepassing, ziet toe op naleving. Deze autoriteit dient niet alleen zodanig toezicht te houden dat normschending wordt voorkomen, maar kan ook voorzien in onmiddellijk – en werkelijk – herstel van door de schending getroffen belangen. Absolute grenzen aan de opsporing (zoals die ten aanzien van het zwijgrecht) zijn op heldere wijze in de wet neergelegd. Naarmate de bevoegdheden verdergaande inbreuken maken op mensenrechten, is de regeling navenant specifieker en zijn de in acht te nemen voorwaarden zwaarder. Hoe specifieker de regeling, hoe minder discretionaire ruimte overblijft voor de uitvoerder. Daarmee is er ook minder ruimte voor onwenselijke toepassingen. Dan is ook de discretionaire beoordelingsruimte van de zittingsrechter ingeperkt: de wetgever heeft de opsporing immers al op duidelijke wijze in de wet ingekaderd. Dat systeem is sluitend wanneer de wet ook voorziet in gevolgen die van rechtswege intreden bij vormverzuim. Dat laatste zou dan weer met zich meebrengen dat het uiteindelijk toch de zittingsrechter is die nietigheidsgevolgen moet inroepen. Vanwege het ontbreken van (veel) discretionaire beoordelingsruimte bestaat wel een beduidend verschil met een systeem waarin het de rechter zelf is die bepaalt wanneer hij gevolgen zal verbinden aan vormverzuimen en waaruit die gevolgen zullen bestaan. De rechter stelt in deze variant van het eerste model daarentegen alleen vast of een norm is geschonden. Als die norm zeer specifiek geregeld is in de wet, is die beoordeling niet diffuus. Vervolgens is de rechter gehouden tot het verbinden van de wettelijk voorgeschreven gevolgen voor de normschending. Bij voorbaat staat dus al in de wet vast wat het gevolg van normovertreding zal zijn.

In een tweede voorkomingsmodel wordt naleving van normen bevorderd doordat aan de verdachte bepaalde (proces)rechten zijn toegekend *tijdens* het vooronderzoek. Deze stellen hem in staat te ageren tegen de toepassing van onderzoeksbevoegdheden. Te denken valt in dat verband aan regelingen met betrekking tot toegang tot een rechter, interne openbaarheid omtrent het

onderzoek en rechtskundige bijstand. De verdachte kan norm-naleving en probiteit afdwingen door zich te verzetten tegen bepaalde toepassingen, of door te proberen gevolgen van normschendingen ongedaan te maken, alvorens de fase van het eindonderzoek wordt bereikt. Gedacht kan ook worden aan mogelijkheden voor de verdachte in meer actieve zin invloed uit te oefenen op de inrichting van het opsporingsonderzoek, door zelf bepaalde onderzoekshandelingen uit te lokken. In dit model kan ervan uit worden gegaan dat de verdachte die voldoende geoutilleerd is om op deze wijze te interveniëren en participeren in het opsporingsonderzoek, ook bepaalde verplichtingen draagt. Eenmaal actief kan de verdachte zich moeilijker beroepen op zijn eigen rechten niet mee te werken. Het onbenut laten van aan hem toegekende mogelijkheden kan voorts worden opgevat als berusting in of instemming met het onderzoek zoals dat door de strafvorderlijke autoriteiten wordt uitgevoerd, waardoor verzet later in de procedure minder of geen van slagen zal hebben.

2) Handhaving van opsporingsnormen in het nationale recht

Of aan een bepaald systeem de voorkeur moet worden gegeven is objectief niet te bepalen. Gemakkelijk is de uitkomst dat optimale probiteitsbewaking gezocht moet worden in een combinatie van alle modaliteiten. Alle systemen brengen evenwel een eigen problematiek met zich mee en laten zich niet noodzakelijkerwijs goed combineren. De effectiviteit van een gekozen structuur kan in dat verband absoluut en relatief zwak zijn. Een mechanisme kan objectief zwak zijn omdat het in het algemeen niet geschikt is om de beoogde bescherming te bieden. Het kan relatief zwak zijn *binnen een bepaalde rechtsorde* vanwege bijzondere kenmerken of infrastructuur van die rechtsorde, die de goede werking van een bepaalde mechanisme belemmeren.

(Sporen van) alle hierboven genoemde handhavingsmodaliteiten zijn, in wisselende mate en met wisselend succes, wel aanwezig (geweest) in het Nederlands strafvorderlijk systeem, evenals met die modaliteiten samenhangende problematiek. Dat niet alle modaliteiten even goed werken binnen de eigen infrastructuur van de Nederlandse strafvordering en dat combinaties elkaar niet noodzakelijkerwijs complementeren (zo niet tegenwerken), blijkt wel uit de werking daarvan in de praktijk.

Met de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 werd ter verbetering van de rechtspositie van de verdachte – ten opzichte van zijn oude positie in het geheime, inquisitoire proces – gestreefd naar een *gematigd* accusatoire, *pro reo* systeem, waarin aan hem bepaalde rechten zouden worden toegekend. De invoering van art. 29 WvSv en art. 50 WvSv[107] vertegenwoordigde bij uitstek de beoogde 'koerswijzing' .[108] De toekenning van het zwijgrecht bepaalde vooral het nieuwe karakter: de inhoud van art. 29 WvSv, 'beslist

107 Art. 50 WvSv regelt het recht van de verdachte op vrij verkeer met een raadsman en de kennisneming van processtukken door de raadsman.

108 J.H. Drenth, a.w., p. 222-223.

over het accusatoir of inquisitoir principe in de wet gehuldigd!' Vooral werd ook beoogd een nieuwe regeling voor het bewijsrecht te creëren en een verbetering van de regeling van de (toen bestaande) bevoegdheden van politie en justitie tot stand te brengen.[109] Dat laatste had ook te maken met de rechtsbescherming van de verdachte: '(...) (m)en (zou) zich eene onjuiste voorstelling van het Ontwerp kunnen vormen, wanneer er (...) niet op werd gewezen, dat bij de meeste van de (...) voorschriften bepalingen zijn gevoegd, waardoor wordt getracht verkeerde toepassing te voorkomen en de belangen van de verdachte naar vermogen te waarborgen'.[110] Daar stond wel tegenover dat '(...) de rechten der justitie, ook en vooral tegenover den verdachte, belangrijk zijn versterkt'.[111] Met de wettelijke voorselectie van die voorschriften waarvan de overtreding tot nietigheid zou moeten leiden, gaf de wetgever zelf aan welke daarvan als essentieel moesten worden aangemerkt. Cruciaal echter in verband met de handhaving van normen van het *vooronderzoek* is art. 256 lid 2 WvSv, waarin (nog altijd) is bepaald dat bij aanvang van het onderzoek ter terechtzitting, verzuim van vormen bij het voorbereidend onderzoek niet meer tot nietigheid kan leiden. Op basis van deze bepaling dienen vormverzuimen in het vooronderzoek aldus *in* het vooronderzoek, door de aldaar met toezicht belastte autoriteiten te worden hersteld; van toetsing achteraf door de zittingsrechter kan geen sprake zijn.

Dat beeld sluit tamelijk nauw aan bij het hierboven omschreven eerste (niet-retroactieve) model, met het verschil dat het toenmalige stelsel van nietigheden zich niet uitstrekte tot de normen van het vooronderzoek. De wetgever bond de rechter aan strikte nietigheidsdictaten voor wat betreft voorschriften van het eindonderzoek, maar stond hem niet toe de naleving van voorschriften in het vooronderzoek te toetsen. Voor- en eindonderzoek werden daarmee tamelijk hermetisch van elkaar gescheiden, de notie dat normschending in het vooronderzoek invloed zou kunnen hebben op de strafvervolging maakte geen deel uit van het kader. Ten dele moet aan die keuze de redenering ten grondslag hebben gelegen dat de wet de opsporing reeds sluitend had geregeld, dus een vertrouwen op de preventieve handhaving die uitgaat van strikte wettelijke regeling. Niet werd verwacht in ieder geval dat zich tijdens die fase normovertredingen zouden kunnen voordoen die gevolgen zouden moeten hebben voor het eindonderzoek.

Ook elementen van het tweede (niet-retroactieve) model zijn in 1926 in het wetboek verwerkt. Belangrijk doel bij de herziening van de strafvordering was, als gezegd, de inbreng van meer accusatoire kenmerken in het strafproces,

109 Ibidem.

110 Memorie van Toelichting Wetboek van Strafvordering 1926, zoals opgenomen in A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a., Het Wetboek van Strafvordering, Deventer, Kluwer (losbladig), suppl. 30 (februari 1980), (verder: Memorie van Toelichting, Wetboek van Strafvordering, 1926), p. 16.

111 Ibidem.

ter verbetering van de rechtspositie van de verdachte. De aansluiting met het tweede model was hierin gelegen: ook het vooronderzoek moest meer in de accusatoire stijl worden ingericht. Naar de 'gangbare terminologie' kan een strafproces alleen dan als 'werkelijk accusatoir' worden gekenschetst '(...) wanneer daarin de met de vervolging belaste Overheid en de verdachte beide als zelfstandige, in hoofdzaak gelijk gerechtigde procespartijen zijn erkend', aldus de Memorie van Toelichting.[112] In het vooronderzoek kon weliswaar niet voor een dergelijk systeem worden gekozen:

> 'intusschen spreekt wel van zelf, dat in het Ontwerp het theoretisch beginsel om den verdachte tijdens het vooronderzoek volkomen als procespartij te erkennen, niet steeds ook daar kon worden aanvaard, waar het openbare belang, d.w.z. het benaderen van de materieele waarheid ter bescherming van de gemeenschap, dit niet gedoogt'.[113]

Niettemin werd ernaar gestreefd accusatoire elementen in het vooronderzoek in te bouwen, in het bijzonder door toekenning van rechtsbijstand in het vooronderzoek en regeling van een (zo vroeg mogelijke) recht op kennisneming van stukken (door de raadsman). Zodoende zou de verdachte in staat zijn reeds tijdens het vooronderzoek zijn eigen belangen te behartigen.

3) Knelpunten

De op het eerste model gelijkende structuur zou niet in stand blijven, de tweede nimmer goed tot zijn recht komen. De rechter eigende zich in de loop der tijd een veel actievere rol toe door het systeem van formele nietigheden te doorkruisen, door soms formele nietigheden ter zijde te stellen en soms eigen substantiële nietigheden aan te nemen waar de wetgever daarin niet had voorzien. Die actievere houding leidde er ook toe dat de rechter het toetsingsverbod in art. 256 lid 2 WvSv zou doorbreken om ook norm-naleving in het vooronderzoek binnen zijn beoordelingsbereik te brengen. Het opsporingsonderzoek werd een steeds meer betekenisvolle procesfase. Enerzijds kwamen nieuwe, wettelijk niet geregelde opsporingsmethoden tot ontwikkeling,[114] anderzijds kreeg het strafvorderlijke mensenrechtenrecht steeds beter gestalte. De wet schoot in beide laatste opzichten tekort en een grotere rechterlijke betrokkenheid *kon* niet uitblijven.

---

112 Ibidem, p. 11.

113 Ibidem, p. 12. Bovendien, niet alleen het vooronderzoek was niet volledig accusatoir ingericht, ook bij het eindonderzoek werd 'het beginsel van gelijkgerechtigheid' – hoewel 'slechts op enkele plaasten' doorbroken, ook weer met oog op de materiële waarheidsvinding. Ibidem.

114 Te denken valt in dat verband niet alleen aan bijzondere opsporingsmethoden, maar ook de technologische ontwikkelingen die nieuwe vormen van strafvorderlijk onderzoek mogelijk maken.

Zodoende ontstond een bijzondere patstelling. Enerzijds doorbrak de rechter, noodgedwongen, de barrière tussen voor- en eindonderzoek. Eenmaal betrokken bij het vooronderzoek bleek hij, anderzijds, zonder voldoende wettelijke instructie niet in staat zeer actief te normeren. Voornamelijk beperkte hij zich tot de erkenning van de *theoretische* mogelijkheid dat normschending in het vooronderzoek tot gevolgen kan leiden voor de uitkomst van de strafprocedure. Veel (nieuwe) grenzen stelde hij bovendien niet aan de opsporing. De rechter moest actiever zijn omdat hij werd geconfronteerd met wettelijke leemtes, in zijn nieuwe rol bleef hij echter ofwel onwennig, ofwel recalcitrant.[115]

Met de invoering van art. 359a WvSv werd dat niet anders. Toepassing van deze bepaling leidt vooral tot de nuancering van normschendingen in het vooronderzoek en maar zeer uitzonderlijk tot betekenisvolle doorwerking daarvan in de strafvervolging. Nadere drempels zijn door de Hoge Raad opgeworpen in de vorm van verschillende relativeringsmechanismen die de betekenis van vormverzuimen nuanceren en zeer strikte eisen die worden gesteld aan verweren ten aanzien van vormverzuimen, willen zij de in deze bepaling vervatte motiveringsplicht überhaupt activeren. Thans is het (bijzondere) opsporingsonderzoek op tamelijk specifieke wijze in de wet geregeld. Ook dat heeft evenwel niet geleid tot actievere toetsing of sterkere doorwerking van normschending door de zittingsrechter. In de wettelijke normering van de bijzondere opsporing is (wederom) gekozen voor een sterk op voorkoming van normschending gerichte toezichtsstructuur. Vooral de officier van justitie is belast met het toezicht op de probiteit van de opsporing, bij sommige zwaardere opsporingsbevoegdheden is de rechter-commissaris ingeschakeld, doch zonder de eis van een gerechtelijk vooronderzoek; bij andere zware bevoegdheden is gekozen voor institutioneel intern toezicht vanuit het openbaar ministerie, met name het College van Procureurs-Generaal. Nergens is evenwel bepaald hoe deze toezichtsactoren dienen te reageren op normschending en wat de verhouding is tussen hun onderlinge competenties. Uiteindelijk is het de zittingsrechter die de sluitstuktoetsing verzorgt, echter het wettelijk systeem laat hem veel ruimte om *niet* binnenprocedureel te reageren op vormverzuimen. De nationale rechter is op basis van art. 359a WvSv niet *verplicht* tot toetsing en verwerking van normschending, maar alleen verplicht tot gemotiveerde verwerping van verweren ter zake. Hij is daarnaast wederom

115 De rechter werd daarbij niet geholpen door consensus op doctrinair niveau. Discussie over rechtmatigheidstoetsing en doorwerking van normschending was voorheen toegespitst op de vraag of er in het nationale recht een rechtsgrondslag voor toetsing en doorwerking bestaat en zo ja, waaruit die bestaat. Ten dele werd zij ook gevoerd in termen van de effectiviteit van een dergelijke handhavingsmechanisme in het nationale processtructuur, waar de professionele rechter – anders dan een jury – hoe dan ook inhoudelijk kennisneemt van eventueel onrechtmatig verkregen bewijs. Zie daarover nader, hoofdstuk 3, paragraaf 3.2.

niet verplicht maar *bevoegd* om aan normschendingen gevolgen te verbinden.[116] De rechter heeft betrekkelijk veel vrijheid om zijn eigen beleid te bepalen, zijn beleid is om niet bijzonder actief of strikt te zijn.

Wat het tweede, op vroegtijdige verdedigingsparticipatie georiënteerde model betreft, daarvan kan worden vastgesteld dat zij zich in objectieve én relatieve zin als gebrekkig heeft bewezen. Objectief bezien, omdat de realiteit van het opsporingsonderzoek (vooral zoals die van de bijzondere opsporingsonderzoek thans is), dergelijke participatie (welhaast) uitsluit. Relatief, dus vanuit de context van de nationale rechtsorde, bezien, wreekt zich een verschil in procestradities. De verdachte is in het meer op inquisitoire processtijl gebaseerde nationale systeem, zeker in het vooronderzoek, vanouds passief. Toekenning van diffuse, vanuit waarheidsvindingsbelangen gemakkelijk te nuanceren accusatoire rechten, maakt hem niet opeens mondig, zijn raadsman evenmin.

Dat probiteitsbevordering via de toekenning van accusatoire procesrechten aan de verdachte in het vooronderzoek, zeker in het opsporingsonderzoek, moeizaam is, moest bij voorbaat duidelijk zijn. Los nog van de vraag of het accusatoir procesmodel meer '*pro reo*' moet worden geacht en een betere bescherming kan bieden dan andere systemen,[117] moet toch worden erkend dat de uitoefening van accusatoire procesrechten in de opsporingsfase maar

---

116 Dat de nationale rechter zonder duidelijke wettelijke dictaten niet wordt gebracht tot zeer actieve normering, ook van de opsporing zelf, is vooral getoond in de periode vóór de invoering van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden.

117 Zie voor een bespreking van de merites van accusatoire, of adversaire procesvormen ten opzichte van (meer) inquisitoire: T. Prakken, Verdediging: hoezo equality of arms?, NJB 9 juni 1990, Speciaal-nummer Rechter en advocaat, p. 889; T. Prakken, De grondslagen van de strafvordering volgens Knigge en De Roos, NJB nr. 22, 3 juni 1994 blz. 739-743; D. Garé, Het blijft tobben met de anonieme getuige. De Wet Getuigenbescherming geëvalueerd aan de hand van recente uitspraken van de Hoge Raad, NJB nr. 36, 9 okt. 1998 p. 1636-1640; H. Schootstra, Toelating van raadslieden tot politieverhoor, DD nr. 10, dec. 1979, p. 681-686; Th. W. Van Veen, De geldboete op de helling. Het einde van ons accusatoir strafproces in zicht?, NJB nr. 42, 2 dec. 1978, p. 915-921. Anderen zetten hun vraagtekens bij de rechtbeschermingspotentie, van accusatoire systemen. Zie H.W.R. Beerling, Opmerkingen over Engels strafproces, DD nr. 7, juli 1975, p. 400-412 en J.F.L. Roording, De bestraffing van belastingfraude in Engeland. Enkele kritische kanttekeningen bij een accusatoire strafrechtspleging, In: Dynamisch strafrecht. Opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. mr. G.J.M. Corstens van de Katholieke Universiteit Nijmegen, Gouda Quint, Arnhem 1995, p. 293-305. Zie in het algemeen over de invloed van de keuze voor een inquisitoir of accusatoir procesconcept op de aard en reikwijdte van rechtsinstituten (in casu ten aanzien van alternatieve omgangsvormen bij bekennende verdachten): A.C. 't Hart, Inquisitoir of accusatoir. Een maatstaf voor de positie van de bekennende verdachte, In: Een afzonderlijke procedure voor de bekennende verdachte? Symposium, Gouda Quint, Arnhem 1993, p. 39-44 en J.F. Nijboer, The American adversarial system in criminal cases: de achterkant van L.A. Law, R en K nr. 1, 1992 p. 8-26. Zie over het effect van de invoering van systeemvreemde (accusatoire) instituten: P.J. Wattel, Pluk ze (Van pakkans naar afpakkans) (II). De inhoud van de voorstellen tot verandering en uitbreiding van de wetgeving, alsmede enig commentaar, DD nr. 8, okt. 1987, p. 787-804.

zeer beperkt mogelijk kan zijn. Dergelijke rechten kunnen niet worden geacht een bijdrage te leveren aan de rechtsbescherming van de verdachte in het opsporingsonderzoek, voorzover hij deze in die fase niet feitelijk kan uitoefenen omdat hij niet weet van het onderzoek. Toekenning van accusatoire rechten heeft voorts alleen zin op het moment dat de verdachte ze kan waarmaken ten overstaan van een rechterlijke autoriteit. Dat veronderstelt dat het opsporingsonderzoek zich bevindt in de fase waarin een rechter(-commissaris) bij het onderzoek is betrokken en de verdachte tot hem toegang heeft. Bovendien, al is de verdachte op de hoogte van het onderzoek, belangen van waarheidsvinding zullen zich veelal juist verzetten tegen vroegtijdige, bewuste interventie en participatie door de verdachte. Voorzover de verdachte gebruik kan maken van rechten als die op kennisneming van stukken, rechtsbijstand en dergelijke, moet dat derhalve in het algemeen geconcentreerd zijn in een tamelijk late fase van het vooronderzoek.[118] Dat de ontwikkeling van, zeker de bijzondere, opsporing niet heeft bijgedragen aan het accusatoire interventie- en participatieconcept mag duidelijk zijn. Daarenboven moet de uitvoering van het concept van vroege verdedigingsparticipatie ook als halfslachtig worden aangemerkt. Een diffuse opdracht om de verdachte mee te laten dingen in het vooronderzoek doch alleen voorzover dat de waarheidsvinding niet verstoort, blijkt te algemeen en laat te veel ruimte om daarvan af te zien. Van een bijzondere actieve verdediging in het vooronderzoek kan in het nationale systeem dan ook niet worden gesproken.

Varianten van alle genoemde modellen zijn aldus werkzaam in de nationale rechtsorde, zonder dat aan die gezamenlijke werking een bewust ontwerp ten grondslag ligt. De probiteitsbewaking in het opsporingsonderzoek hinkt bovendien op twee gedachten. Enerzijds wordt gestreefd naar een strikte wettelijke regeling en op voorkoming gerichte toezicht door andere organen dan de zittingsrechter. Zulks volgt de lijn van het in 1926 in het wetboek neergelegde model. Anderzijds wordt erkend dat normschending invloed kan en dient te hebben op het eindonderzoek respectievelijk de einduitspraak, maar is niet voorzien in een kader om zulks te bewerkstelligen. Bij die laatste schakel, wordt het toch weer aan de rechter overgelaten op acceptabele wijze invulling te geven aan niet alleen het doorwerkingsconcept, maar ook – via zijn waardering van de betekenis van normschendingen voor het eindonderzoek – de striktheid (van de werking) van opsporingsnormen zelf.

De twee modellen tonen zich daarmee in bepaalde mate onverzoenbaar, hetgeen mede moet worden geweten aan een voor de hand liggend fundamen-

118 Zo blijft de vraag naar het juiste moment dat de verdachte recht heeft op bijstand van een raadsman (vóór of tijdens het politieverhoor) zeer problematisch. Zie daarover: E. Cape/J. Hodgson/T. Prakken/T. Spronken, Procedural Rights at the Investigative Stage: Towards a real commitment to minimum standards. In: E. Cape/J. Hodgson/T. Prakken/T. Spronken, Suspects in Europe. Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2007, p. 9-11 en p. 19-20.

teel verschil tussen rechtssystemen waarin zij – los van elkaar – optimaal werkzaam kunnen zijn. Het eerste model, dat het dichtst bij de oorspronkelijke structuur van het in 1926 ontworpen kader staat, hoort thuis in een rechtsorde waarin een strikte legaliteitstraditie overheersend is. De wet bepaalt de grenzen van de opsporing en de gevolgen die aan normschending dienen te worden verbonden; de rechterlijke taakopvatting is in een dergelijk systeem ook sterk vanuit het legaliteitsdenken gevormd. Het tweede model komt tot haar recht in een systeem waarin rechterlijke normering prevalent is. Overschakelen tussen de twee modellen is niet mogelijk, zonder een structurele verschuiving in de verhouding tussen wetgever en rechter. De Britse rechter kan het gewend zijn dat hij verantwoordelijk is voor structurele wijzigingen in normen, de Nederlandse rechter is dat niet.

Van de (Nederlandse) rechter wiens taakopvatting vanuit een strikte legaliteitscultuur is gevormd, kan worden verwacht dat hij bij gebleken wettelijke lacunes tijdelijk kan voorzien in (nood)normering. Niet kan echter worden verwacht dat hij zich opwerpt als primaire normvormer en hoofdverantwoordelijke voor het strafvorderlijk beleid. Dat kan zeker niet worden verlangd (of wenselijk worden geacht) als leemtes betrekking hebben op principiële kwesties als de juiste inrichting van de opsporing ten opzichte van het mensenrechtelijk kader en de fundamentele inrichting van de verhouding tussen het voor- en eindonderzoek. Als een meer actieve probiteitsbewaking tot stand dient te worden gebracht, dient dat principieel vanuit de fundamentele inrichting van het eigen systeem worden bewerkt.

Uiteindelijk moet de passiviteit van de Nederlandse rechter in verband met probiteitsbewaking in het vooronderzoek worden geweten aan de zwakke wettelijke vormgeving van de toetsings- en verwerkingsplicht. Zijn wettelijke instructies, vervat in enerzijds de normen voor de opsporing, anderzijds zijn motiveringsplicht bij de verwerping van verweren ten aanzien van vormverzuimen, zijn, als gezegd, klaarblijkelijk niet van dien aard dat hij tot een andere houding wordt gedreven. De vraag is dan wat dient te gebeuren indien vastgesteld moet worden dat rechtspraak van het EHRM tot een meer actieve en strikte houding noopt. Zal de rechter zelf op gepaste wijze invulling kunnen geven aan de verdragsverplichtingen, of dient hij daartoe te worden gedwongen door een dwingend wettelijke dictaat? Daarenboven, ervan uitgaande dat een wettelijk dictaat noodzakelijk is, welke vormgeving moet de instructie dan hebben, wil het tot werkbare resultaten leiden? Kan worden volstaan met codificatie van de verdragsrechtspraak, of is het verdragsrechtelijke kader (vooral) georiënteerd op een ander type rechtsstelsel dan dat van Nederland, en waardoor het zich niet goed laat transformeren naar het nationale stelsel? Kortom, hanteert het EHRM een toezichtmodel dat niet hanteerbaar is in Nederland? Gaat dat model niet te veel uit van een prevalente rechterlijke functie en een verdediging die uitgericht is met zodanige adversaire procesrechten dat hij feitelijk een sterke invloed kan uitoefenen op de inrichting van het eindonderzoek? Zo ja, dan berust dat model op bepaalde veronderstellingen

die niet juist zijn voor het nationale systeem, waar de rechter niet actief is zonder duidelijke wettelijke instructies en waar de verdediging, ook niet in het *eind*onderzoek, maar zeker niet in het vooronderzoek als zeer actieve procespartij kan worden aangemerkt.

4) Handhavingsmodaliteit in het verdrag

Erkenning van het belang van probiteit in het vooronderzoek garandeert niet automatisch een effectieve werking van het ter behartiging van dat belang gekozen mechanisme. De goede werking daarvan blijft primair afhankelijk van de overtuiging die het probiteitsbelang draagt en de wil die er is haar te behartigen. Of er in de Nederlandse rechtsorde kan worden gesproken van een overtuigd probiteitsbeleid (van wetgever én rechter), moet sterk worden betwijfeld. Dat moet als primaire belemmering worden gezien voor de ontwikkeling van een effectief mechanisme. De erkenning van de mensenrechtelijke status van de probiteitsbewaking door het EHRM zou in die situatie verandering moeten brengen.

Het welslagen van probiteitsmechanismen is daarnaast evenzeer afhankelijk van de geschiktheid van het ter uitvoering gekozen mechanisme. Dat geldt voor nationale mechanismen, maar ook dat van het verdrag. Het door het EHRM gekozen mechanisme dient aldus ook vanuit die opzichten te worden gewaardeerd. Geeft het Hof, zoals hierboven werd aangestipt, wel grondig gevolg aan het probiteitsconcept? Werkt dat concept goed door in het ter uitvoering van dat concept gekozen doorwerkingsstructuur? Is dat mechanisme objectief bezien wel effectief? Kan dat mechanisme goed functioneren in de Nederlandse rechtsorde? In verband met dat laatste: als het nationale mechanisme blijkt te beantwoorden aan verdragsrechtelijke eisen, maar toch zwak functioneert, brengt dat niet met zich mee dat voor een ander systeem dient te worden gekozen, waarin de beoogde onderliggende bescherming (probiteitsbewaking) beter wordt verwezenlijkt? Zo ja, hoeveel ruimte is er voor een lidstaat om voor een alternatief te kiezen, zonder de aansluiting met Europa in brede zin – dus niet alleen met Straatsburg – te verliezen?

Duiding van de aard van het door het Hof gekozen mechanisme en de veronderstellingen die aan de werking daarvan ten grondslag liggen, is complex. Het Hof rept in de context van bewijsgebruik beoordelingen standaard over *admissibility* regels. Die kwalificatie voert snel tot de gevolgtrekking dat daarmee het typisch tot het *common law* systeem behorende *admissibility* concept in art. 6 EVRM is overgenomen. Een dergelijk keuze zou ook in de lijn liggen van 's Hofs meer algemene lezing van art. 6 EVRM als voerend tot adversaire, gelijk bewapende procesvoering, concepten die, evenals dat van *fair trial* zelf, ook behoren tot de essentialia van de *common law* huisraad.

Echter, *nomen non est omen* in dit geval, althans niet helemaal. De verdragsrechtspraak is er om bekend in de keuze tussen adversaire en (meer) inquisitoire procesconcepten, tot een tamelijke hybride uitwerking van het eerlijk-proces-

recht te komen.[119] De vormgeving van het bewijstoetsings- en verwerkingskader in art. 6 EVRM vormt daarvan een goede illustratie. Zij toont namelijk wel affiniteit met *admissibility* regels zoals die bestaan in het Verenigd Koninkrijk, doch is daartoe niet beperkt.

Admissibility regels in het Verenigd Koninkrijk hebben in de eerste plaats vooral betrekking op inhoudelijke problematiek en niet de wijze van verkrijging van bewijs. Wegens de bijzondere kenmerken van dat systeem, vooral het gegeven dat de *trier of fact* een lekenjury is, is van bijzonder belang dat een 'inputcontrole' plaatsvindt ten aanzien van in het proces ingebracht informatie. *Admissibility* regels voeren die controle uit. Bewijs is pas *admissible* als het *relevant* is, en niet is onderworpen aan een uitsluitingsregel. *Hearsay*, of *de auditu* bewijs is niet toelaatbaar uit oogpunt van onmiddellijkheid en het recht op tegenspraak.[120] Die problematiek heeft, zoals hierboven werd aangestipt in verband met ook door het EHRM als problematisch beoordeelde getuigenverklaringen, betrekking op inhoudelijke betrouwbaarheidsrisico's. (*Bad) character evidence* is ontoelaatbaar, waar dat een gevaar van *prejudice*, ofwel oneigenlijke beïnvloeding *van de trier of fact*, met zich meebrengt.[121] Een tweede grondslag voor Britse *admissibility* regels is het adversaire karakter van het

119 Zie in dezelfde zin, Ashworth: '(...) (T)he Convention emphasizes the rights of the individual defendant, in a way that typifies accusatorial systems (for example the various rights enumerated in Article 6, included [sic] the right to confront each witness), but it also promotes some principles associated with an inquisitorial approach, such as equality of arms and the duty of disclosure'. A. Ashworth, a.w., p. 288. De noodzaak om verschillen tussen accusatoire en inquisitoire systemem te benadrukken wordt volgens Ashworth genuanceerd door de 'theory of convergence', die suggereert dat '(..) the trend in Europe has been away from a clear dichotomy of approaches and towards a unified framework'. A. Ashworth, a.w., p. 288, met verwijzing naar: N. Jörg/S. Field/C. Brants, Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?, In: C. Harding (Red.), The Europeanisation of Criminal Justice, (1994), hoofdstuk 1. Van die convergentie wordt gezegd dat zij bevorderd is door het verdrag en de verdragsrechtspraak, aldus Ashworth. Ibidem. Ashworth voegt daaraan toe dat, '(...) quite apart from any influence exerteed by the European Convention, the 'ideal type' of an accusatorial or an inquisitorial criminal procedure is hard to fijnd in Europe'. Ibidem. Daaraan moet worden toegevoegd dat dat niet met zich meebrengt dat aan die (convergerende) systemen onderliggende dichotomieën niet blijven doorwerken en aldus kunnen leiden tot wezenlijke andere uitwerkingen van uitgewisselde concepten in verschillende rechtsordes. Ashworth erkent dat ook. 'Yet, whilst there are pitfalls in classifying systems as accusatorial and inquisitorial (..)' (met verwijzing naar: M. Damaska, The Faces of Justice and State Authority, (1976)), '(..) some effects may flow from a particular characterization of the role of the public prosecutor in different systems'. Ibidem.

120 Zie P. Roberts/A. Zuckerman, Criminal Evidence, Oxford University Press, 2004, p. 580-670 (over *hearsay* bewijs in het algemeen), over de *ratio* achter de uitsluitingsregels dienaangeaande, p. 596-602.

121 Ibidem, p. 505.

proces. Partijen bepalen de instroom van informatie, *admissibility* regels belemmeren ook dat in dat opzicht dat de gelijkheid wordt aangetast.[122]

Opvallend is dat de juist de wijze van verkrijging van bewijs de *admissibility* van bewijs vanouds niet aantast. 'The general rule regarding the admission at trial of evidence that has been obtained illegally or in an unfair way, is that is it admissible'.[123] Daarop bestaan twee uitzonderingen. Als de verdachte stelt dat een door hem eerder in het vooronderzoek afgelegde bekentenis is verkregen '(...) by opression or in circumstances likely to render it unreliable (...)', is die bekentenis niet toelaatbaar, tenzij '(...) the court is satisfied beyond reasonable doubt that it was not so obtained'.[124] In de tweede plaats heeft de rechter de discretionaire bevoegdheid om alle door de aanklager ingebrachte bewijs uit te sluiten indien, '(...) having regard to all the circumstances in which it was obtained, they (de rechters: FPÖ) are satisfied that the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that it ought not to be admitted'.[125]

In zoverre toont 's Hofs kader veel gelijkenis met het Britse systeem, met het verschil dat in de Straatsburgse rechtspraak geen *algemene* inputcontrole wordt voorgeschreven. Alleen bij bepaalde categorien bewijs gelden uitsluitingsregels. Echter, de verdragseisen gaan verder dan dat. Uitsluitingsregels betreffen immers veeleer de uitzonderingssituatie en bestaan maar voor een zeer beperkte categorie normschendingen. Het verdragskader schrijft vooral ook een bepaalde omgang voor bij bewijs dat in principe wel toelaatbaar is (of kan worden gemaakt). Dat bewijs is ofwel verkregen via schending van normen waarvan de schending niet een absolute bewijsbelemmering oplevert (zoals via een schending van art. 8 EVRM), ofwel gaat het om bewijs dat pas gebruikt kan worden, nadat wordt vastgesteld dat het *niet* via een (fatale) normschending is verkregen. Het Hof gaat dus uit van een categorie van bewijs dat onderworpen is aan een quasi-uitsluitingsregel: dat bewijs is toelaatbaar,

122 E. Cape/J. Hodgson, The Investigative Stage of the Criminal Process in England and Wales, In: E. Cape/J. Hodgson/T. Prakken/T. Spronken, Suspects in Europe. Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2007, p. 74: '(...) the prosecution and defence decide what evidence to put before the court, and in line with adversarial theory, judges have almost no role in determining what evidence should be put before the court, and only a limited residual role in deciding how witnesses should be questioned. In general, any relevant information that is obtained at the investigative stage can be put before the court, subject to certain evidential rules such as the rule against hearsay evidence'. De rechterlijke taak is aldus beperkt tot het toezien op belemmering van inbreng van uitgesloten bewijs.

123 Ibidem.

124 Ibidem, met verwijzing naar: Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE 1984), s76(2).

125 Ibidem, p. 75, met verwijzing naar PACE 1984s78. 'Judicial approaches to this rule vary considerably, but generally prosecution evidence should be excluded if it was obtained as a result of a significant and substantial breach of procedural rules and admission of the evidence would have a serious adverse effect on the fairness of the trial'. Ibidem, p. 75.

maar pas na herstel van eventuele aan het gebruik daarvan klevende risico's.[126,127] De wijze waarop herstel moet worden bewerkt, heeft vervolgens een volstrekt hybride karakter, want het bevat adversaire en inquisitoire aspecten. De eis dat de verdediging in de gelegenheid moet worden gesteld bewijsverkrijging en -gebruik te wraken en ten behoeve daarvan in art. 6 EVRM toegekende procesrechten kan inzetten, volgt de adversaire lijn. Dat brengt overigens ook met zich mee dat het niet benutten van die kansen juist tot gevolg kan hebben dat verzet tegen bewijsgebruik daarna minder kans van slagen heeft. Adversaire procesrechten brengen immers ook in het eindonderzoek – waar zij wel effectief kunnen worden ingezet – bepaalde verantwoordelijkheden en inspanningseisen voor de verdediging met zich mee. Overige componenten van het herstelkader horen juist thuis in een op inquisitoire leest geschoeid proces. Die eisen veronderstellen immers een niet lijdelijke opstelling van de rechter. Het is aan hem tot een evenwichtige (niet alleen op het onrechtmatige verkregen bewijs gebaseerde) bewezenverklaring te komen, hij dient te garanderen dat voldoende onderzoek is gedaan naar (de aard van) een eventuele normschending en daarvan rekenschap te geven in een deugdelijke motivering.

Hoe kan dan het verdragsrechtelijke kader worden geduid in termen van de hierboven omschreven modellen? Uiteindelijk wordt de conclusie wel ondersteund dat het hier met name gaat om een meer bij *common law* systeem behorende mechanisme, vooral door de keuze voor dit retroactief rechterlijke toetsingsmodel zelf. Het accent ligt bij retroactieve rechterlijke correctie en is daarmee verwijderd van een model dat berust op een strikte legaliteitsdenken. Dat is niet opmerkelijk, nu het eerlijk-procesrecht algemeen gericht is op de kwaliteit van rechterlijke controle en niet op die van de wet. Dat het kader inderdaad niet is georiënteerd op legaliteit blijkt ook uit nadere aspecten van 's Hofs ter zake doende rechtspraak. Het Hof gaat bij art. 8 EVRM opsporingsnormen wel uit van legaliteitseisen bij de opsporing zelf, maar veronachtzaamt schending daarvan wanneer het aankomt op bewijsgebruik. Dat de nationale wet niet is nageleefd, is niet zozeer van belang, het gaat om de *rechterlijke* omgang met bewijs. Art. 6 EVRM opsporingsnormen zijn niet eens onderworpen aan een legaliteitseis. Bij het zwijgrecht en de participatienorm is dus niet relevant of er een nationale wettelijke regeling bestaat en of die al dan niet is nageleefd. Ook bij die normen gaat het er om of de rechter naleving van die normen juist heeft getoetst en daaraan de juiste gevolgen

126 Onder die categorie vallen ook de eerder genoemde, in de Straatsburgse rechtspraak als problematisch aangemerkte, getuigenverklaringen zoals de *de auditu* en anonieme varianten.

127 In zekere zin bestaat ook in het Britse systeem een mechanisme voor eerlijkheidsbewaking bij het gebruik van bewijs dat niet uitgesloten behoeft te worden, maar toch gepaard gaat met een 'mildere' eerlijkheidsrisico. In geval de rechter wel toestaat dat de jury wordt geconfronteerd met dergelijk bewijs, kan (moet) hij bij zijn *summing-up*, de jury instrueren over eventuele bezwaren tegen het bewijs, ook in verband met de wijze van verkrijging ervan.

heeft verbonden. Datzelfde geldt voor de eisen die worden gesteld aan de omgang met bewijs zelf: ook die zijn vervat in art. 6 EVRM en zijn daarmee niet onderworpen aan legaliteitseisen. Vanuit het perspectief van de strafvervolging is 's Hofs controle dus niet op de kwaliteit van de wettelijke voorstructurering, maar op de kwaliteit van de rechterlijke correctie en herstel van normschending achteraf.

Bij voorbaat zijn er dus indicaties dat 's Hofs model juist is vormgegeven op een wijze die niet goed functioneert in de nationale rechtsorde. Dat is een belangrijk gegeven dat mee dient te worden genomen in de analyse van 's Hofs rechtspraak en de vergelijking daarvan met het nationale kader voor de opsporing. Vooral is daarbij van belang of het systeem zoals door het Hof wordt gehanteerd niet berust op bepaalde veronderstellingen over procesinrichting die niet in de nationale rechtsorde worden waargemaakt. Twee aspecten die met name problematisch blijken te zijn in de nationale sfeer, zijn daarbij met name van belang. In de eerste plaats, in hoeverre berust de keuze van het Hof op dit model op de veronderstelling dat in de nationale rechtsorde een zeer actief normerende en toetsende rechter aanwezig is? Maakt het iets uit als daarvan geen sprake is? Zou 's Hofs rechtspraak dan zo moeten worden gelezen dat verwerping van een rechterlijk oordeel in een nationale rechtsorde die wel op rechterlijke correctie is georiënteerd in een op legaliteit gebaseerde rechtsorde als afwijzing van de wet moet worden opgevat? In de tweede plaats, gaat de benadrukking in het herstelkader van de compenserende werking van adversaire procesrechten uit van een bepaalde type verdediging? Volgt uit de (bij art. 6 EVRM ook algemene) adversaire lijn dat het Hof veronderstelt dat het kader kan werken omdat de verdediging een bepaalde mate van mondigheid heeft in het strafproces, daarin werkelijk een (meer) gelijke partij is? Zo ja, is de mate van verantwoordelijkheid die het Hof bij de verdediging legt wel werkbaar in een systeem – zoals dat van Nederland – waar de verdediging als partij een veel meer passieve rol heeft, zeker niet als volwaardige partij kan worden aangemerkt en ervan uitgaat dat de actieve rechter (en ten dele ook de aanklager) de probiteitsbewaking voor zijn rekening neemt?

1.5.3.2 Relativiteit van 's Hofs keuzes in verband met (afwijkende) waardering van opsporingsnormen

Niet alleen 's Hofs keuze voor een retroactief, rechterlijk toetsingsmechanisme voor de handhaving van opsporingsnormen is relatief. Datzelfde kan worden gezegd over de keuzes van het Hof bij de vaststelling van de inhoud, maar vooral ook de waardering van de opsporingsnormen zelf. Ook die keuzes dienen op hun objectieve merites te worden beoordeeld, alsmede op hun geschiktheid in de context van een bepaalde type rechtsorde.

Hierboven is aangestipt dat (minstens) twee eerlijk-proces-recht normen in de rechtspraak van het Hof betekenisvol zijn voor de bijzondere opsporing, het zwijgrecht en de participatienorm. In beide gevallen gaat het om impliciete

normen, die het Hof heeft ingelezen in de eerlijkheidsnotie in art. 6 lid 1 EVRM. Op het eerste normeringsniveau in art. 6 EVRM laat het Hof deze normen al gelden bij het opsporingsonderzoek. Daarmee eigent het Hof zich reeds in twee opzichten veel interpretatieve ruimte toe. In de eerste plaats worden rechten in het eerlijk-proces-recht ingelezen die de verdraggever niet uitdrukkelijk heeft opgenomen. Dat is niet ongewoon: het Hof heeft in de loop der jaren art. 6 EVRM aanzienlijk uitgebreid met verschillende impliciete rechten. In de tweede plaats wordt daarmee het bereik van het eerlijk-proces-recht, dat toegespitst is op het eindonderzoek, verruimd naar de voorfase van strafvordering. Ook dat is niet ongewoon. Dat art. 6 EVRM eerder dan het eindonderzoek van toepassing kan zijn, berust ook op algemene rechtspraak. Dat het zo vroeg al in het bijzondere opsporingsonderzoek kan werken, blijft evenwel opvallend, omdat de verdachte in die fase (nog) nog geen weet heeft van het strafvorderlijk onderzoek. Die verruiming is dus via een aanzienlijk extensieve interpretatie teweeggebracht.

Waarop deze keuzes berusten wordt door het Hof niet uitgebreid toegelicht. Het EHRM wordt in zijn keuzes evenwel beperkt door het eigen belang zijn geloofwaardigheid en de committering van de lidstaten niet te verliezen. Waar het Hof toevoegt aan het verdrag, zijn die verruimingen niet uit de lucht komen vallen, maar houden gelijke tred met de (rechts)ontwikkelingen in de lidstaten. Varianten van de toegevoegde impliciete rechten bestaan in rechtsordes van de lidstaten, het Hof kiest die rechten die het essentieel acht en die een overkoepelende betekenis hebben. Zij moeten dus algemene werking kunnen hebben in de uitermate heterogene context waarin het verdrag werkzaam is, ongeacht de eigen inrichting van de rechtsordes van de lidstaten. Daarmee zijn twee criteria gesignaleerd waaraan een verruiming (tenminste) dient te voldoen: (1) daarvoor moet een gemeenschappelijke draagvlak bestaan; (2) zij dient verschillen in de inrichting van rechtsordes te overstijgen.

Zo bezien komen de Straatsburgse normen niet uit de lucht vallen en zouden in principe altijd wel moeten berusten op Europese consensus. Het Hof toont zich evenwel in de confrontatie met de bijzondere opsporing, waar nog geen Europese consensus bestaat, wel zéér actief. Daarmee is een derde aspect van 's Hofs ruime keuzemogelijkheid aan de orde gesteld, namelijk de ruimte die het Hof heeft – en neemt – om zelf de inhoud van deze, soms uitermate complexe normen te bepalen.

De brede gelding van het zwijgrecht (en het eveneens in het eerste lid ingelezen *nemo tenetur*-beginsel) in Europa, kan niet worden betwist. De participatienorm heeft niet een zo algemene en lange voorgeschiedenis. Die norm is immers pas relevant geworden – is pas gevormd – als reactie op een nieuwe opsporingsmethode. De norm bestaat daarmee net iets korter dan de methode – participatie in delicten omwille van bewijsvergaring – zelf. Door in dit verband grenzen te stellen is het Hof zeer snel actief en vergaand betrokken bij de vormgeving van het Europees beleid inzake opsporing. Het Hof stelt immers niet alleen grenzen aan bij de toepassing van de methode, maar

erkent aldus dat zij in principe wel acceptabel is. Datzelfde geldt overigens voor de verruiming van het zwijgrecht in verband met misleiding van de verdachte. Het zwijgrecht is zo uitgelegd dat aan misleiding grenzen worden gesteld, maar misleiding (in bepaalde mate) wordt in principe toelaatbaar geacht. Het Hof maakt daarmee belangrijke keuzes in verband met innovatieve opsporingsmodaliteiten, waarvan erkend wordt dat de volle implicaties daarvan nog niet te overzien én veranderlijk zijn.

Een vierde aspect van 's Hofs keuzevrijheid ten opzichte van opsporingsnormen betreft de kwalificaties die het Hof daaraan verbindt door schending daarvan te duiden in termen van hun betekenis voor de eerlijkheid van het bewijsgebruik. Zodoende schept het Hof een soort van hiërarchische verhouding tussen verschillende typen opsporingsnormen, vanuit het perspectief van de strafvervolging. Privacynormen worden daarbij als licht opgevat: de schending daarvan is in principe niet fataal voor het bewijsgebruik.[128] Dat is anders bij normen als het zwijgrecht,[129] het *nemo tenetur*[130] beginsel en die ten aanzien van participatie (en wrede en onmenselijke behandeling en marteling).[131] Schending van die normen leidt ofwel tot verplichte bewijsuitsluiting, ofwel zijn onderworpen aan zulke strikte hersteleisen dat – anders dan bij privacyschendingen – een reële kans wordt geacht te bestaan dat herstel niet wordt bewerkt.

Heeft het Hof zich daarmee – daartoe al dan niet genoodzaakt door de ontwikkeling van de eigenaardige, met bestaande normen slecht aansluitende, bijzondere opsporing – geëmancipeerd van de rechtsordes van de lidstaten en in verband met de bijzondere opsporing gekozen voor de autonome normering?[132] Zo ja, welke betekenis heeft dat voor de nationale acceptatie van Straatsburgse keuzes op een zo precair terrein als de bijzondere opsporing? Moeten lidstaten ervan uitgaan dat 's Hofs keuzes steeds juist zijn en geen eigen visie over de veranderlijke kaders voor de bijzondere opsporing ontwikkelen, ook wanneer die normen slecht passen in het nationale rechtssysteem?

Bij het ontbreken van een sluitend kader voor de in Europa op grote schaal ingezette bijzondere opsporing – daargelaten de implicaties daarvan voor de zich steeds verder ontwikkelende Europese samenwerking in het vooronderzoek – is de rechtspraak van het Hof evenwel onontbeerlijk. Europa heeft

128 De waardering van het relatieve gewicht van opsporingsnormen in termen van hun betekenis voor de eerlijkheid van het bewijsgebruik behoeft daarbij niet samen te vallen met de algemene waardering van hun relatieve ernst buiten die context. Dat wil zeggen: een zeer ernstige privacyschending kan welhaast irrelevant zijn in de context van de strafvervolging, buiten die context blijft toch een ernstige privacyschending.

129 *Allan v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 65.

130 *Jalloh v. Duitsland, supra*, noot 69.

131 Ibidem.

132 Autonome interpretatie door het Hof ziet op de situatie dat het Hof zich bij de uitleg van verdragstermen niet laat leiden door classificaties in het nationale recht, maar uitgaat van een eigen definitie.

goede normen nodig voor de bijzondere opsporing, 's Hof aanwijzingen dienen primair als goede richtsnoeren voor de nationale wetgever en rechter te worden opgevat. Dat geldt onverkort waar in de nationale context de verdragsminima niet worden behaald. In Nederland is de regeling van de bijzondere opsporing niet geconstrueerd vanuit het perspectief dat art. 6 EVRM terzake doende opsporingsnormen bevat; als blijkt dat het nationale recht toestaat dat die minimumnormen worden overtreden, dient die situatie te worden hersteld.[133] Waar in het nationale recht de mensenrechtelijke grondslag van een norm niet wordt erkend, ontstaat immers ook hier het gevaar van een te vrijblijvende omgang met die norm. Die status moet iets uitmaken in afwegingen, vooral waar het gaat om de waardering van de gevolgen van normschendingen voor de uitkomst van de strafvervolging.

Dat alles betekent echter niet dat 's Hofs keuzes in verband met de selectie, inhoud en onderlinge waardering van (ook) opsporingsnormen niet kritisch gevolgd dient te worden. Autonome interpretatie door het Hof kan ingrijpend zijn, het is niet bezwaarlijk wanneer het erop neerkomt dat in het verdrag hogere beschermingsstandaarden worden ingelezen dan die welke aanwezig zijn in het nationale recht. De lidstaten hebben zich gecommitteerd aan de naleving van de verdagsminima, als het nationale recht daaraan niet voldoet is het enig gevolg dat nationale bescherming op een hogere peil dient te worden gebracht. Op een terrein als de bijzondere opsporing, waar bij voorbaat vaststaat dat de verhouding tot het mensenrechtelijk kader nog onduidelijk is, mede omdat de volle implicaties van het fenomeen nog niet duidelijk zijn, is enige behoedzaamheid op zijn plaats. Normering van de bijzondere opsporing betreft geen sinecure. Enerzijds is 'de bijzondere opsporing' een conceptueel complex en heterogeen fenomeen dat niet gemakkelijk te begrijpen of te beschrijven is in eenduidige termen. De bijzondere opsporing kon juist in Nederland onbeheerst tot ontwikkeling komen omdat verschillende implicaties daarvan – ook ten opzichte van bestaande (klassieke) strafvorderlijke normstructuren – zich aan het begrip onttrokken. Anderzijds zijn gangbare, klassieke, normstructuren niet toegespitst op de innovatieve bijzondere opsporing en derhalve ook niet (steeds) geschikt om haar te beheersen. Innovatieve aspecten van de bijzondere opsporing doen discrepanties ontstaan tussen toepassingen en normen die niet aanstonds door duiding van die aspecten worden opgelost. Bestaande normen worden doorkruist of omzeild, of er kan geen concrete norm worden benoemd waarmee een toepassing strijdig is, terwijl die toepassing toch spanning lijkt op te leveren in een (breder) normen-

133 Dat staat los van de nadere vraag of het, gelet op de eigen kenmerken van de nationale strafvordering, noodzakelijk is dat die opsporingsnormen, evenals de verdragsnormen in verband met de omgang met (mogelijk) onder normschending verkregen bewijs, willen zij effectief werken in de nationale rechtsorde (ondanks dat art. 6 EVRM niet een legaliteitseis stelt), in de wet worden geregeld, op een wijze dat de mensenrechtelijke status en daarmee dwingende karakter daarvan tot uitdrukking komt.

veld. Dat geldt evenzeer in de context van het verdrag, waar de eigenaardigheden van de bijzondere opsporing even moeizaam aansluiten bij de daarin vervatte klassieke kaders. Het Hof heeft getoond het verdrag mee te laten bewegen in de confrontatie met die eigenaardigheden en is als eerste aangewezen om zich een oordeel te vormen over de in dat verband aan te houden mensenrechtelijke minima. Dat betekent echter niet dat het Hof, dat bovendien de bijzondere opsporing normeert vanuit een casuïstische insteek, moet worden geacht te komen tot een op rationele grondslagen ontworpen, sluitende normering voor de bijzondere opsporing. In dat verband is ook van belang dat de bijzondere opsporing nog altijd in ontwikkeling is en dat niet alle problematische aspecten daarvan aan het Hof zijn voorgelegd. De nationale wetgever en rechter moeten daarin een eigen verantwoordelijkheid dragen en streven tot ontwikkeling van eigen inzicht omtrent de implicaties van de bijzondere opsporing voor mensenrechten en een daarop gericht beleid voeren.

Van belang is dat daarbij interpretaties van het Hof die toegespitst zijn op een bepaalde type rechtsorde, ook bij opsporingnormen, niet op ondoordachte wijze worden overgenomen, zonder bezinning op de geschiktheid van die interpretatie om de beoogde bescherming te verwezenlijking in een eigen rechtsorde. Als het Hof een undercoveroperatie die in één lidstaat is uitgevoerd goedkeurt, terwijl zij niet is uitgevoerd op basis van een machtiging en/of toezicht door een rechterlijke autoriteit, behoeft dat niet te betekenen dat in een andere lidstaat dergelijke rechterlijke bemoeienis niet aangewezen is. Als in dat eerste land in het algemeen geen sprake is van een rechter-commissaris of andere type onderzoeksrechter, kan een dergelijke eis moeilijk worden gesteld. Bezien moet worden in zo een situatie wat de eis zou zijn in de eigen context. Als de participatienorm van dien aard is dat schending daarvan tot absolute bewijsuitsluiting moet leiden, moeten de infiltratiebevoegdheden waar die norm relevant is worden opgevat als bevoegdheden die vergaande implicaties hebben voor mensenrechten. Als bij dergelijke bevoegdheden in de nationale rechtsorde normaal gesproken wél de eis van voorafgaande rechterlijke machtiging wordt gesteld, moet die eis dan ook gelden bij de infiltratiebevoegdheden.

Daarbij kan en moet in een rechtsorde waarin normen strikter blijken te zijn dan die van het Hof, van die verdergaande bescherming niet worden afgezien omdat de Straatsburgse standaarden lakser blijken te zijn. Dat laatste is vooral van belang in verband met de keuzes die het Hof maakt in de waardering van de betekenis van verschillende normen vanuit het perspectief van de strafvervolging. Waar het Hof bepaalde normen zeer hoog waardeert – door via schending daarvan verkregen bewijs absoluut uit te sluiten – zijn die keuzes goed te volgen. De zeer uitdrukkelijke, absolute uitsluiting van via marteling verkregen bewijs is verdragssystematisch en intuïtief volstrekt begrijpelijk. Art. 3 EVRM is een niet-derogabel verdragsrecht die in de rechtspraak van het Hof – terecht – als een van de meest fundamentele verdrags-

waarden wordt aangemerkt.[134] Bij andere waarderingen wordt de onderlinge vergelijking moeilijker: waarom is de schending van de participatienorm schadelijker voor de eerlijkheid dan bewijsverkrijging via schending van wrede en onmenselijke behandeling? Dat het *nemo tenetur*-beginsel een hoog aanzien geniet is begrijpelijk, maar waarom het privacyrecht niet? Van belang is steeds om inzichtelijk te krijgen de grondslag voor de verschillen die het Hof aanbrengt tussen normen. Zijn die te wijten aan de casuïstiek, of gaat het om categorische onderverdeling? Behoeft de waardering van een bepaalde norm in de context van het rechtssysteem van één lidstaat door te werken in dat van een andere? Bij het privacyrecht lijkt tot dusver van dat laatste sprake te zijn. In de rechtspraak van het Hof ten aanzien van de doorwerking van privacyschendingen bagatelliseert het Hof een in het nationale recht als essentieel opgevatte norm, namelijk de in het privacyrecht vervatte legaliteitseis. De merites van overname van de ter zake doende rechtspraak van het Hof, in ieder geval in de Nederlandse rechtsorde, zijn daarmee zondermeer kwestieus. Waar sporen van de rechtspraak van het EHRM op dit punt in de nationale rechtspraak reeds zichtbaar zijn,[135] moet sterk worden betwijfeld of het wenselijk is die lijn voort te zetten, zonder bezinning op de Straatsburgse rechtspraak van het eigen perspectief. Dat vergt een uitgebreide analyse van die rechtspraak, die als uitkomst zou kunnen hebben dat zij inderdaad contextafhankelijk is en daarmee voor de Nederlandse context niet geschikt.

1.6 VERDRAGSCONFORMITEIT EN VERZOENBAARHEID

Niet dient te worden miskend dat bij de opstelling van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden het hierboven uiteengezette verdragsrechtelijke kader voor de bijzondere opsporing niet beschikbaar was. De terzake doende rechtspraak is, als gezegd, pas na 2000 gewezen. Die rechtspraak was wel beschikbaar bij de voorbereiding van Rec(2005)10, van het Comité van Ministers van de Raad van Europa. In die aanbeveling worden dan ook, in navolging van de Straatsburgse rechtspraak, niet alleen artikelen 8, 6 en 13 aangewezen als relevante mensenrechtelijke kaders, maar wordt ook de dubbele werking van art. 6 EVRM (op het niveau van opsporingsnormen en op het niveau van de

134 Zie, onder andere, *Özen v. Turkije*, *supra* noot 72, § 44: '(T)he Court reiterates that Article 3 of the Convention ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention, from which no derogation is permitted. It also enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe. The object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human rights requires that these provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (...). Where allegations are made under Article 3 of the Convention, the Court must conduct a particularly thorough scrutiny (...) and will do so on the basis of all the material submitted by the parties'.

135 Zie HR 5 september 2006, NJ 2007, 336.

toelaatbaarheid van bewijs) erkend.[136] Onder overige standaarden die worden voorgesteld voor de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden, wordt uitdrukkelijk aanbevolen dat '(m)ember states should, in principle, take appropriate legislative measures to permit the production of evidence gained from the use of special investigation techniques before courts'. De aanbeveling strekt er weliswaar primair toe te verzekeren dat al te strikte standaarden in dit verband het succes van strafvervolgingen niet in de weg staan, bij de duiding van het relevante normenveld is er evenwel ook uitdrukkelijk aandacht voor de invloed van de bijzondere opsporing op bewijsgebruik in daarop volgende strafvervolgingen: '(p)rocedural rules governing the production and admissibility of such evidence shall safeguard the rights of the accused to a fair trial'. Op het niveau van normen voor de opsporing zelf benadrukt het Comité daarenboven niet alleen art. 8, maar ook art. 6 EVRM.

Thans is de verdragsrechtspraak aldus beschikbaar en is voor het nationale recht onhoudbaar dat de regeling van de bijzondere opsporing niet nogmaals in beschouwing wordt genomen, nu vanuit het, sterk op art. 6 EVRM toegespitste, verdragsrechtelijke perspectief. Ook al zou dat opleveren dat het nationale recht daarmee verenigbaar is, heft dat niet de noodzaak op de nationale normering te toetsen op discrepanties met het verdrag en de verdragsrechtspraak. Opvallend is in dat verband dat bij de verruiming van de regeling van de bijzondere opsporing in het voorjaar van 2007, de gelegenheid om de regeling in algemene zin vanuit het perspectief van art. 6 EVRM te overdenken, toch onbenut is gelaten.

In dit onderzoek wordt beoogd een zo sluitend mogelijk inzicht te ontwikkelen in het door het EHRM geconstrueerde verdragsrechtelijke kader voor de bijzondere opsporing. Voor de hand ligt dat dergelijk inzicht wenselijk is met het oog op toetsing van het nationale kader voor de bijzondere opsporing op verenigbaarheid met de Straatsburgse normering. Dat laatste is hier inderdaad een belangrijke doelstelling. Op voorhand moet echter worden vastgesteld dat een vergelijking van beide kaders, vanwege de ongelijksoortigheid daarvan, tamelijk complex is. De enkele vaststelling dat de verdragsnormering vanuit het perspectief van het eerlijk-proces-recht is opgebouwd, terwijl de nationale regeling, voorzover daarbij gestreefd is naar 'Straatsburg-*proofing*', alleen gegrond is op art. 8 EVRM, kan in ieder geval niet bij voorbaat tot de conclusie leiden dat de nationale regeling niet voldoet aan verdragsrechtelijke eisen. Grotendeels moet de verwachting zijn dat vergelijking vooral een verschil in *perspectief* en, uitzonderingen op concrete punten daargelaten, niet in de *inhoud* van normen zal opleveren.

Dat laatste heeft er vooral mee te maken dat alle onderdelen van 's Hof kader voor de bijzondere opsporing in feite wel vertegenwoordigd zijn in het nationale recht. Dat geldt op het niveau van opsporingsnormen vervat in de

136 Zie het *Explanatory report* bij Rec(2005)10, §§ 17-18, § 23 en §§ 28-55.

artikelen 8 en 6 EVRM, alsmede op het niveau van procedurele bewijsverwerking. Ook zonder dat terzake doende regelingen in de wet zijn opgenomen vanuit een bewustzijn dat het verdrag daartoe noopt, bevat het nationale recht wel *varianten* van alle componenten van de verdragsrechtelijke eisen. Waar te nemen verschillen zullen mogelijk een subtiel *aanzien* hebben en beperkt lijken te blijven tot nuances in de uitwerking van de onderscheiden normen in de praktijk.

Dat de verschillen werkelijk niet meer dan subtiliteiten betreffen, is echter om meerdere redenen niet juist. In de eerste plaats omdat bij de onderdelen van de wettelijke normering die aansluiten bij eisen in art. 6 EVRM, die aansluiting niet bewust is beoogd. De vormgeving van die aspecten is dus niet totstandgekomen vanuit het bewustzijn dat de daarin vervatte normen een mensenrechtelijke grondslag hebben. In de tweede plaats kan het zijn dat de nationale regeling wel verdragsconform lijkt te zijn, omdat in het verdrag voor een vergelijkbaar normsysteem is gekozen, maar dat niet is, omdat onder het verdragskader bepaalde veronderstellingen schuilgaan omtrent de infrastructurele context waarin dat kader werkzaam moet zijn, terwijl die infrastructuur in het nationale systeem ontbreekt. Hierboven is reeds gesignaleerd dat de verdragsnormering sterk vanuit een bij *common law*, op adversaire procesvoering gerichte, door rechterlijke normering beheerste insteek lijkt te zijn geconstrueerd. De vraag is of een dergelijk systeem wel past in Nederland. Ook al bevat het nationale recht derhalve mechanismen die aan het verdragsrechtelijke kader lijken te voldoen, daarmee staat dus nog niet vast dat het beoogde peil van bescherming optimaal kan worden of wordt verwezenlijkt.

Aldus wreekt zich de excentriciteit van de – primair op het eindonderzoek georiënteerde – werking van art. 6 EVRM. Het op een adversaire, gelijk 'bewapende' procesconcept gestoelde eerlijk-proces-recht heeft te werken in een uitermate heterogeen context. De daarin vervatte minimumnormen hebben niet steeds aanstonds heldere aansluiting met de uiteenlopende processtructuren en -culturen in de rechtsordes van de aangesloten verdragspartijen. Relatieve beschermingsmechanismen in het verdrag dienen eerst te worden getoetst op verenigbaarheid met het eigen systeem. De verdragsrechtspraak dient ook kritisch te worden gevolgd, vanuit het bewustzijn dat de bijzondere opsporing zeer complex en nog veranderlijk is en dat het Hof niet in staat moet worden geacht vanuit zijn casuïstische benadering een sluitend rationeel ontwerp te verschaffen dat tegemoet komt aan alle implicaties van de bijzondere opsporing, ook die welke zich pas in de toekomst zullen openbaren. Tot slot moet niet vergeten worden dat in het verdrag niet is voorzien in een structurele, op het vooronderzoek gerichte bescherming. De bescherming die het verdrag voor het vooronderzoek thans biedt is er vanwege de bereidwilligheid van het Hof om het verdrag, vooral art. 6 EVRM, zeer extensief te lezen. De vraag moet uiteindelijk ook zijn of een bepaald punt de rekbaarheid van deze bepaling niet is uitgeput en of thans de verdraggever niet aan zet is.

1.7 PROBLEEMSTELLING

Thans volgen de concrete probleemstelling en een opsomming van doeleinden van dit onderzoek.

1.7.1 Probleemstelling

In welke mate heeft het EVRM, naar de huidige stand van zaken in de rechtspraak van het Hof, een normerende werking op de bijzondere opsporing, en hoe verhoudt zich daartoe de normering door het nationale recht?

1.7.2 Doeleinden en beperkingen van het onderzoek

Bij de uitwerking van de probleemstelling worden de volgende doeleinden en beperkingen in acht genomen.

Vergelijking wordt beoogd van de voor de bijzondere opsporing relevante normen voortvloeiend uit het EVRM met die welke voortvloeien uit het nationale recht.

De strafvorderlijke normering door het verdrag wordt onderzocht. Met de bijzondere opsporing samenhangende mensenrechtelijke problematiek die niet doorwerkt via art. 6 EVRM wordt buiten beschouwing gelaten. Art. 8 EVRM wordt in de beschouwing betrokken met het oog op de verhouding waarin deze bepaling staat tot art. 6 EVRM.

Integrale analyse van de regeling van de bijzondere opsporing wordt niet beoogd. Die regeling wordt bezien vanuit het perspectief van de burger die wordt vervolgd naar aanleiding van een bijzonder opsporingsonderzoek. De rechtspositie van andere burgers waarop de regeling van de bijzondere opsporing ook betrekking heeft, zoals degenen die bijstand verlenen aan de opsporing of derden die betrokken raken in een onderzoek, wordt buiten beschouwing gelaten.

Bij de analyse spelen de volgende vragen een rol:

Bevat de nationale wettelijke regeling van de bijzondere opsporing, of de rechterlijke interpretatie daarvan, onderdelen die afwijken van verdragsrechtelijke opsporingsnormen (te vinden in art. 8 en art. 6 EVRM) en die bij bewijsgebruik van daarmee verkregen informatie aanleiding kunnen geven tot voor de eerlijkheid van een vervolging fatale gevolgen?

Bevat het nationale recht, met betrekking tot bijzondere opsporingstoepassingen die vanuit verdragsrechtelijk perspectief weliswaar eerlijkheidsbeperkende doch herstelbare gevolgen hebben, een afdoend mechanisme voor toetsing en herstel bij het gebruik van bewijs dat via dergelijke toepassingen is verkregen?

Als de nationale regeling inderdaad blijkt te beantwoorden aan de verdragsrechtelijke eisen op de twee niveaus van normering, is daarmee de conclusie gerechtvaardigd dat het nationale recht verdragsconform is, of is het zo dat onder dat systeem bepaalde veronderstellingen schuilgaan over de inrichting van de strafvorderlijke infrastructuur die niet juist zijn in de nationale context, waardoor effectieve bescherming toch niet kan worden waargemaakt?

Dient, in dat laatste verband, dan te worden gekozen voor een alternatieve beschermingsstructuur die meer recht doet aan de eigen kenmerken van de nationale strafvordering, en zo ja, welke vormgeving zou een dergelijk structuur moeten hebben?

1.8 OPZET

Centraal in dit onderzoek staat art. 6 EVRM. In hoofdstuk 2 wordt beoogd een algemeen begrip te ontwikkelen van de inhoud en werking van art. 6 EVRM, voorzover relevant met betrekking tot de bijzondere opsporing. Beoogd wordt daarbij tot beeldvorming te komen ten aanzien van (de flexibiliteit van) deze bepaling in de confrontatie met dit diffuus en veranderlijk fenomeen. In dat verband wordt gekeken naar de structuur van het eerlijk-proces-recht, dat primair gericht is op bescherming bij het eindonderzoek. Bezien wordt hoe het Hof desalniettemin tot verruiming van de bepaling heeft gekozen, zodat bepaalde deelrechten reeds in het opsporingsonderzoek van toepassing zijn. Ter illustratie van de mate waarin rekbaarheid van deze bepaling noodzakelijk kan zijn in het licht van eigen aspecten van de bijzondere opsporing, wordt in dit hoofdstuk ook ingegaan op de implicaties van de bijzondere opsporing op verschillende informatierechten in art. 6 EVRM. Deze rechten spelen bij het herstelkader bij precair bewijsgebruik een cruciale rol. Bezien wordt in hoeverre gangbare opvattingen over de strekking van deze rechten nog toereikend kunnen worden geacht in het licht van afwijkingen die door de bijzondere opsporing worden teweeggebracht in het strafproces. Ook wordt ingegaan op het adversaire uitgangspunt dat het EHRM bij deze bepaling hanteert: welke veronderstellingen liggen daaraan ten grondslag en kunnen die in de eigen vormgeving van de Nederlandse strafvordering worden waargemaakt? In dat verband wordt stilgestaan in hoeverre bij die adversaire insteek een actieve verdediging wordt verondersteld en of die mate van verdedigingsparticipatie wel te rijmen is met de traditionele positie van de verdediging in de nationale context. Tevens bevat hoofdstuk 2 een uiteenzetting van de deelrechten van art. 6 EVRM die, naast de informatierechten, van belang zijn bij de vraag in hoeverre in het vooronderzoek begane verzuimen in het eindonderzoek kunnen worden hersteld, en een overzicht van algemene mechanismen die bij dit recht worden ingezet om beperkingen op deelrechten toe te staan.

Hoofdstuk 3 richt zich op het fenomeen van de rechterlijke toetsing van het vooronderzoek bij het eindonderzoek. Ingegaan wordt op aard en grondslag van de rechtmatigheidstoetsing in het nationale recht en het kader voor de eerlijkheid van het bewijsgebruik in het verdrag. In beide verbanden zijn die aard en grondslag precair, niet onbetwist en – zeker in de verdragsrechtelijke context – qua reikwijdte en vormgeving diffuus. Daarop volgt een bespreking van een centraal relativeringsmechanisme dat door de nationale rechter en het EHRM wordt gebruikt bij de beoordeling van de betekenis van onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek en eventuele gevolgen die daaraan zouden moeten worden gekoppeld. Deze *Schutznormleer* toepassing wordt in het bijzonder uitgelicht daar via dit mechanisme de reikwijdte van opsporingsnormen (nader) wordt bepaald. Bezien wordt in hoeverre de toepassing van de Schutznormleertoepassing in beide sferen discrepanties vertoont.

In hoofdstuk 4 wordt eerst ingegaan op aard en werking van het privacyrecht en op de strafvorderlijke betekenis die het heeft. Als uitgangspunt wordt aangehouden dat art. 8 EVRM zelfstandig een strafvorderlijke betekenis ontbeert. Toetsing van de wettelijke regeling op conformiteit met art. 8 EVRM ten aanzien van alle herstelbare schendingsmogelijkheden blijft daarom achterwege. Voorts wordt in dit hoofdstuk ingegaan op de normering die art. 8 EVRM blijkens de actuele rechtspraak van het Hof verschaft ten opzichte van de bijzondere opsporing, en op de wijze waarop het Hof bij strafvervolgingen omgaat met het gebruik van bewijs dat via schending van art. 8 EVRM is verkregen. Gezocht wordt naar een verklaring voor de lage waardering van de privacynorm door het Hof in de context van de strafvervolging. Bezien wordt, in dat verband, of het privacyrecht niet kan worden gesplitst in onderdelen, waarbij er toch sprake kan zijn van een categorie van schendingen van het privacyrecht die wel verdergaande gevolgen kunnen hebben voor de eerlijkheid van het bewijsgebruik. In het bijzonder wordt daarbij aandacht besteed aan de privacyschending die gepaard gaat met aantasting van de vertrouwensrelatie tussen een verdachte en zijn raadsman, een situatie waarin het Hof traditioneel bijzonder strikt toetst en zeer waakzaam is en die eveneens vanuit art. 6 EVRM wordt beschermd.

Hoofdstuk 5 gaat in op de opsporingsnormen die in art. 6 EVRM te vinden zijn en op de wijze waarop het Hof met uit schendingen van dergelijke normen voortvloeiend bewijsgebruik omgaat. In welke gevallen wordt uitgegaan van verplichte uitsluiting, welke eisen worden in overige gevallen aan herstel gesteld? Bezien wordt of in de ter zake doende nationale regelingen en de rechterlijke interpretatie daarvan, afwijkingen van de Straatsburgse normen zijn waar te nemen. Worden bepaalde opsporingsnormen in de nationale sfeer te licht gewaardeerd, zodat bewijs niet wordt uitgesloten waar dat vanuit het verdrag wel geïndiceerd is? Wordt in dezelfde zin, bij schending van andere normen die in principe niet tot uitsluiting behoeven te leiden, in voldoende mate voldaan aan in dat verband geldende hersteleisen?

Hoofdstuk 6 sluit dit onderzoek af met conclusies. De samenvatting vormt Hoofdstuk 7 en wordt gevolgd door een vertaling van de samenvatting in hoofdstuk 8.

2 Art. 6 EVRM, aard en werking, toegespitst op de bijzondere opsporing

'(...) (T)he Convention is at its best when it is operating as a charter for procedural fairness'.[1]

2.1 INLEIDING

2.1.1 Art. 6 versus art. 8 EVRM als primaire kader voor de bijzondere opsporing

'Bij de voorgestelde opsporingsbevoegdheden is in het bijzonder aan de orde het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer'.[2]

'De opsporing en vervolging van ernstige misdrijven en georganiseerde criminaliteit dient met de nodige voortvarendheid te kunnen verlopen, terwijl verdragsrechtelijke verplichtingen te allen tijde dienen te worden nageleefd, in het bijzonder waarborgen van een eerlijk proces en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer'.[3]

De twee citaten zijn gescheiden door een tijdspanne van negen jaar. Het eerste is afkomstig uit de Memorie van Toelichting bij de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden. De 'normeringscrisis' in de bijzondere opsporing is bij de opstelling van de regeling, voor wat betreft de mensenrechtelijke aspecten daarvan, uitsluitend gekoppeld aan het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, zulks in lijn met de (toenmalige) nationale rechtspraak. Het tweede citaat is vervat in de beleidsreactie van de minister van justitie op de – in het eerste lustrumjaar van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, (mede) door het WODC uitgevoerde – eindevaluatie van deze wet.[4] De beteke-

---

1 A. Ashworth, a.w. p. 56, met verwijzing naar: C. Gearty, The European Court of Human Rights and the Protection of Civil Liberties: An Overview, (1993), Camb., LJ 89, p. 98.

2 Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, Kamerstukken II, vergaderjaar 1996-1997, nr. 3, (verder: Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden), p. 9.

3 Beleidsreactie naar aanleiding van de evaluatie van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, Brief minister bij de aanbieding van de rapporten 'De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden eindevaluatie' en 'Evaluatie Herziening GVO', met beleidsstandpunt, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 29940, nr. 1, p. 2.

4 Het WODC heeft twee rapporten uitgebracht over de regeling van de bijzondere opsporing. R.J. Bokhorst, C.H. de Kogel en C.F.M. van der Meij, Evaluatie van de wet BOB – fase 1, De eerste praktijkervaringen met de Wet Bijzondere opsporingsbevoegdheden, WODC,

nis van de toevoeging (en vooropstelling) van art. 6 EVRM in het tweede citaat blijkt niet uit het beleidsstandpunt, waarin de afwijking niet wordt toegelicht. Voor zover die toevoeging duidt op de ontwikkeling van inzicht in de betekenis van art. 6 EVRM voor de bijzondere opsporing, is dat alleen extrapolerend te construeren uit het gegeven dat eerder uitsluitend het privacyrecht werd opgevoerd als relevante kader voor de bijzondere opsporing.

Aanknopingspunten zijn echter wel te vinden voor de gedachte dat zich een verschuiving in perspectief zou kunnen hebben voorgedaan op het centrale regeringsniveau in dit verband. Ná de inwerkingtreding van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden is van verschillende zijde gewezen op de relevantie van het eerlijk-proces-recht voor de bijzondere opsporing. In het tweede WODC evaluatierapport ten aanzien van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden wordt op meerdere plaatsen in ieder geval in twijfel getrokken, of bij de normering wel steeds terecht het privacyrecht is benadrukt.[5] De relevantie van art. 6 EVRM voor de bijzondere opsporing is door verschillende auteurs en annotatoren van de ter zake doende Straatsburgse rechtspraak besproken.[6] Gesteld is reeds dat *Recommendation (Rec(2005)10)* van het Comité van Ministers van de Raad van Europa, in navolging van de rechtspraak van het EHRM, naast art. 8 en art. 13 EVRM, art. 6 EVRM aanwijst als kader voor de bijzondere opsporing. Art. 6 EVRM wordt daarin ook aangehaald vanuit het perspectief van eisen ten aanzien van bewijsgebruik én dat van opsporingsnormen.[7] Beide niveaus van normering in art. 6 EVRM worden eveneens erkend in de rapporten van de Onderzoeksgroep Strafvordering 2001.[8,9] De Onderzoeksgroep signaleert

---

Onderzoek en beleid, nr. 197 en A. Beijer, R.J. Bokhorst, M. Boone, C.H. Brants, J.M.W. Lindeman, De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden: eindevaluatie – fase 2, WODC, Onderzoek en beleid, nr. 222, 2004.

5 WODC-eindevaluatie Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, Bijlage bij de Brief van de minister bij de aanbieding van de rapporten 'De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden eindevaluatie' en 'Evaluatie Herziening GVO', met beleidsstandpunt, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 29940, nr. 1, p. 2, p. 46-47, en, in het bijzonder, p. 101: 'hoewel het misleidende aspect van undercover informatie inwinnen ook aanleiding is geweest voor een wettelijke regeling, ziet de tekst van het artikel alleen op de privacy'. Ook met die vaststelling wordt in het WODC-rapport echter geen verbinding gemaakt met het eerlijk-proces-recht. Veeleer wordt in de eindevaluatie bedoeld dat het 'integriteitsaspect' (ofwel het tweede criterium voor regeling in de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden) onvoldoende tot haar recht is gekomen in de wettelijke regeling.

6 Zie onder andere: Y. Buruma, aant. 4 en aant. 9 op art. 126h (suppl. 121, april 2001), in: Melai/Groenhuijsen e.a. Standpunten van de bedoelde auteurs en annotatoren hebben veelal betrekking op specifieke aspecten van de bijzondere opsporing en art. 6 EVRM. Zij worden in de hiernavolgende hoofdstukken betrokken, voor zover zij relevant zijn.

7 Zie, hierboven, paragraaf 1.6.

8 De Onderzoeksgroep Strafvordering 2001 heeft in opdracht van het Ministerie van Justitie onderzoek gedaan naar de wenselijkheid van een herziening van het Wetboek van Strafvordering en in dat verband aanbevelingen heeft gedaan die mede strekken tot een hernieuwde regeling van de bijzondere opsporing. De resultaten van het onderzoek zijn neergelegd in vier deelrapporten: M.C. Groenhuijsen/G. Knigge (red.), Groenhuijsen M.C.,/Knigge G., (red.), Het onderzoek ter zitting, Eerste interimrapport Onderzoeksproject Strafvordering

enerzijds dat het EVRM de eis stelt van retroactieve controle op het vooronderzoek en dat het EHRM het niet altijd aan de nationale rechter overlaat welke gevolgen moeten worden verbonden aan onrechtmatig handelen in het vooronderzoek.[10] Anderzijds wordt in de deelrapporten ook de (bijzondere) werking van art. 6 EVRM opsporingsnormen, zoals het zwijgrecht en het uitlokverbod, besproken.

Kortom, de Straatsburgse bijzondere opsporingsrechtspraak is niet onbemerkt gebleven en klinkt door in de (nadere) gedachtevoering over de juiste normering van de bijzondere opsporing. Mogelijk zijn die nieuwe inzichten ook doorgedrongen op het centrale regeringsniveau.

Daarmee is evenwel niet gezegd dat eventuele nieuwe inzichten in de betekenis van art. 6 EVRM voor de bijzondere opsporing, nog los van de vraag of zij de volle strekking van die rechtspraak vertegenwoordigen, daadwerkelijk zichtbare effecten hebben op wetgeving of beleid. Voor de wettelijke regeling, die (vanuit mensenrechtelijk oogpunt) alleen vanuit het perspectief van art. 8 EVRM is opgebouwd, hebben zij in ieder geval geen gevolgen.

Een bijzondere belang moet in dat verband worden gehecht aan de ter zake doende bevindingen van de Onderzoeksgroep Strafvordering 2001. De voorstellen van de onderzoeksgroep in verband met de algemene herziening van het Wetboek van Strafvordering liggen mede ten grondslag aan het actuele wetgevingsprogramma. In de bevindingen van de Onderzoeksgroep wordt gesignaleerd dat de verdragsrechtspraak eisen stelt met betrekking tot rechtmatigheidstoetsing en doorwerking van normschending, doch wordt de betekenis van die rechtspraak vooral genuanceerd.[11] Verbetering van de functie van rechtmatigheidstoetsing wordt door de Onderzoeksgroep wenselijk geacht. Die conclusie is vooral niet gestoeld op de gedachte dat de verdragsrechtspraak daartoe noopt. Tot op bepaalde hoogte, wordt door de Onderzoeksgroep, anders dan de verdragsrechtspraak, juist niet het retroactieve, *binnenprocedurele* model voor probiteitsbewaking in het vooronderzoek benadrukt, maar worden alternatieve handhavingsmodaliteiten voorgesteld. Overige

---

2001, Gouda Quint, Deventer, 2001; M.C. Groenhuijsen/G. Knigge (red.), Groenhuijsen M.C.,/Knigge G., (red.), Het Vooronderzoek in strafzaken, Tweede interimrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Gouda Quint, Deventer, 2001; M.C. Groenhuijsen/G. Knigge (red.), Dwangmiddelen en rechtsmiddelen, Derde interimrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Kluwer, Deventer, 2002 en M.C. Groenhuijsen/G. Knigge (red.), Afronding en verantwoording, Eindrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Kluwer, Deventer, 2004.

9 Zie, onder andere: M.S. Groenhuijsen/G. Knigge, Tweede interimrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, p. 169-180 en M.S. Groenhuijsen/G. Knigge, Dwangmiddelen en rechtsmiddelen, Derde interimrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Kluwer, Deventer, 2002 (verder: Derde interimrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001), p. 483-489.

10 M.C. Groenhuijsen/G. Knigge (red.), Afronding en verantwoording, Eindrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Kluwer, Deventer, 2004, p. 349-351.

11 Ibidem, en p. 379.

voorstellen van de Onderzoeksgroep strekken namelijk tot invoering van (complementaire) *sui generis* procedures die (1) ofwel gericht zijn op het bieden van rechtsmiddelen *tijdens* het vooronderzoek,[12] (2) ofwel op het bieden van alternatieve remedies in verband met (defectieve) vooronderzoeken.[13] Onduidelijk blijft daarbij welke verhouding wordt beoogd tussen de verschillende binnen- en buitenprocedurele remedies wanneer de binnenprocedurele optie, uit oogpunt van (verdragsrechtelijk) verplichte doorwerking van normschending, dient te prevaleren.

Wat de normerende werking van art. 6 EVRM op het niveau van opsporingsnormen betreft, die wordt sterker benadrukt in de interimrapporten. Zo wordt in het derde interimrapport aandacht besteed aan het – ruimere – verdragsrechtelijke zwijgrecht. Dat zwijgrecht wordt in het derde interimrapport vooral besproken in termen van de regeling van dwangbevoegdheden zoals de maatregelen in het belang van het onderzoek en vorderingen tot meewerken aan het leesbaar maken van digitale bestanden.[14] In het eindrapport wordt de betekenis van het zwijgrecht in de context van het heimelijk bijzonder opsporingsonderzoek wel aangeroerd:

> '(v)anuit dit gezichtspunt kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de huidige redactie van art. 29 Sv. Het zwijgrecht van de verdachte is in dit artikel negatief omschreven, als een herinnering aan de verhorende ambtenaar dat de verdachte geen spreekplicht heeft. Bovendien is dat op die wijze verpakte zwijgrecht tekstueel beperkt tot de verhoorsituatie, terwijl aan dat recht een betekenis toekomt die zich ook buiten de verhoorsituatie doet gevoelen. Dat recht 'staat' voor de vrije partijpositie die de verdachte in het strafproces toekomt (...). Zo speelt, om een niet geheel willekeurig voorbeeld te geven, het zwijgrecht een rol bij de uitleg en toepassing van art. 126j Sv. Een algemene, en positieve formulering van het zwijgrecht brengt dat beter tot uitdrukking'.[15]

12 Ibidem, p. 112-140.

13 Ibidem, p. 165-167 en p. 513-602. Zie over de voorstellen van de Onderzoeksgroep in verband met de bedoelde *sui generis* procedures en problematische aspecten van de verhouding daartussen: F.P. Ölçer/G.K. Schoep, Strafvorderlijke schadevergoeding, In: C.P.M. Cleiren/M.J. Dubelaar (Red.), Op zoek naar samenhang. Het Algemeen kader herziening strafvordering nader beschouwd, Kluwer, Deventer, 2006, p. 123-149. Zie vooral in dat verband het aldaar gestelde over de gevaren dat (1) de invoering van alternatieve voorzieningen ertoe zouden kunnen leiden dat de rechter bij het eindonderzoek voortaan uitgaat van een gesloten stelsel van rechtsmiddelen bij bepaalde typen verzuimen, en zich ten aanzien daarvan niet meer geroepen voelt binnenprocedurele voorzieningen te bieden en (2) door het bestaan van gefragmenteerde rechtsgangen er inconsistentie in de waardering van normschendingen ontstaat in de rechtspraak.

14 M.C. Groenhuijsen/G. Knigge (red.), Dwangmiddelen en rechtsmiddelen, Derde interimrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Kluwer, Deventer, 2002, p. 487-488.

15 M.C. Groenhuijsen/G. Knigge (red.), Afronding en verantwoording, Eindrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Kluwer, Deventer, 2004, p. 56.

Andere normen, zoals die ten aanzien van participatie, worden niet zeer concreet besproken, met name niet in termen van gevolgen die deze Straatsburgse normen zouden moeten hebben in het nationale recht.

Opvallend is dat de Onderzoeksgroep juist wel andere elementen in het strafproces wil inbrengen, die lijken voort te vloeien uit eerlijk-proces-concepten in het verdrag. Zo pleit de Onderzoeksgroep, in de eerste plaats, voor een meer accusatoir, – ofwel, contradictoir – strafproces. Daarbij hoort het concept van 'optimalisering van procesrechten', dat aldus moet worden begrepen: de verdachte behoudt zijn rechten, maar krijgt een eigen verantwoordelijkheid om ze zelf te activeren en verwezenlijken. Het uitblijven van (voldoende) inspanning zijdens de verdediging leidt tot verlies van die rechten.[16]

In de tweede plaats is te signaleren dat in verschillende voorstellen (gezamenlijk bezien) aan rechterlijke normering en correctie de voorkeur wordt gegeven, ten nadele van wettelijke voorstructurering. Althans, voorstellen van de onderzoeksgroep kunnen in die lijn worden gelezen. Een goede illustratie daarvan vormt het voorstel voor een *sui generis* strafvorderlijke schadevergoedingsprocedure. Dat voorstel is thans door de regering benoemd als prioriteit binnen het herzieningsprogramma, zulks in verband met de uitbreiding van de bijzondere opsporing ten behoeve van terrorismebestrijding. Daaraan ligt vermoedelijk de redenering ten grondslag dat de regeling van de bijzondere opsporing zo ruim is geworden, dat rechterlijke correctie noodzakelijk is. Ofwel, de wettelijke kaders van de bijzondere opsporing zijn in de context van terrorismebestrijding zo diffuus geworden dat vooraf niet duidelijk is wanneer een basis zal ontstaan voor schadevergoeding. De rechtmatigheid of onrechtmatigheid van het strafvorderlijk overheidsoptreden komt in veel mindere mate tot uitdrukking in de wet, hetgeen een noodzaak doet ontstaan voor een bijzondere schadevergoedingsprocedure. Daarmee verschuift de normeringlast toch weer naar de rechter, doch niet in *binnenprocedurele* zin.

Hoge eisen in verband met verdedigingsinspanning en prevalentie van rechterlijke correctie en normering zijn in het inleidend hoofdstuk reeds gesignaleerd als aspecten van het eerlijk-proces-recht die mogelijk juist niet goed verzoenbaar zijn met de (klassieke) structuur en eigen kenmerken van de Nederlandse strafvordering.[17] In ieder geval kunnen dergelijke elementen

16 Ibidem, p. 78.

17 Zie in dat verband de analyse van Illuminati en Caianiello van de beoogde herziening van het Italiaanse strafvorderlijke systeem, van een inquisitoir naar een adversair proces. Met het in 1988 ingevoerde Wetboek van Strafvordering werd het oude inquisitoire strafvorderlijk model vervangen met een adversaire variant. G. Illuminati/M. Caianello, The Investigative Stage of the Criminal Process in Italy, In: E. Cape/J. Hodgson/T. Prakken/T. Spronken, Suspects in Europe. Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2007, p. 129. Toch kon dat er niet toe leiden dat het nieuwe model effectieve werking kreeg: '(i)n the first years after the adoption of the new Code, it was clear that the newly introduced system had not been completely accepted by the actors within the criminal justice field, especially by the judiciary.

niet worden overgenomen in het eigen systeem zonder bezinning op de vraag welke noodzakelijk randvoorwaarden de goede werking daarvan garanderen. Kan vergaande verantwoordelijkheid worden gelegd bij de verdediging, indien de verdediging feitelijk niet als zeer sterke procespartij heeft te gelden? Is het redelijk van de rechter te verwachten dat hij veel actiever wordt in normering – door correctie achteraf – zonder dat hem nadere aanknopingspunten worden gegeven over de wijze en context waarin hij die correctie dient aan te brengen?

Daargelaten de waardering van de voorstellen van de Onderzoeksgroep Strafvordering 2001[18] – hier wordt niet beoogd in dat verband tot een analyse te komen, daarmee ook niet uit te sluiten dat die voorstellen juist meerwaarde hebben ten opzichte van de verdragsnormering – blijft het noodzakelijk tot een gedegen begrip te komen van de strekking van de verdragsrechtspraak in verband met normering van het vooronderzoek en handhaving van normen via eerlijkheid van bewijsgebruik. Dat is noodzakelijk, niet alleen om te garanderen dat voldoende recht wordt gedaan aan verdragsminima, maar ook om het mogelijk dat voor (meer) op het eigen systeem toegespitste opties kan worden gekozen, daar waar de vormgeving van de verdragseisen niet noodzakelijkerwijs geschikt is voor het nationale systeem.

2.1.2 Opzet

Dit onderzoek is gericht op beide voor de bijzondere opsporing relevante normeringsniveaus in art. 6 EVRM en wel vanuit een geïntegreerde perspectief. Een analyse van 's Hofs rechtspraak in verband met de bijzondere opsporing kan niet worden uitgevoerd zonder een bepaald algemeen begrip van de aard en werking van het zeer complexe eerlijk-proces-recht. De werking van alle deelrechten in art. 6 EVRM is onlosmakelijk verbonden met de bijzondere context en achtergronden van deze verdragsbepaling.

In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de aard en strekking van 's Hofs kader voor de beoordeling van de eerlijkheid van (mogelijk) via normschending verkregen bewijs, vooral ten opzichte van vergelijkbare mechanismen die in

---

As a result of this cultural hostility to the 1988 reform, two divergent legal strands developed simultaneously. Whilst many provisions of the 1988 Code were nullified by the Constitutional Court, which restored the old system through its decisions (thus frustrating the strict separation introduced by the 1988 Code between the investigative and trial stages), other provisions were interpreted and applied by the judges in way more consistent with the inquisitorial model than the accusatorial. After some years of the judiciary not accepting the new code, the Constitutional Act 2 of 1999 saw Parliament modifying article 111 of the Constitution to restore the accusatorial model whilst retaining the principles of both the adversarial and accusatorial systems which were deemed to correspond to the principles of a fair trial'. Ibidem, p. 130.

18 Zie voor een weergave van kritiek op de voorstellen en de respons van de onderzoeksgroep daarop, M.C. Groenhuijsen/G. Knigge (red.), Afronding en verantwoording, Eindrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Kluwer, Deventer, 2004, p. 168-173.

het nationale recht aanwezig zijn. In hoofdstukken 4 en 5 wordt ingegaan op de reikwijdte van de verdragsrechtelijke (bijzondere) opsporingsnormen in respectievelijk art. 8 en art. 6 EVRM alsmede op de eisen die het Hof stelt aan de omgang met (mogelijk) via schending van die bepalingen verkregen bewijs.

Verschillende rechten worden aldus in dit onderzoek betrokken, buiten het privacyrecht behoren zij allen tot art. 6 EVRM zelf: het recht op een eerlijk bewijsgebruik, het zwijgrecht en de participatienorm. Daarnaast brengt analyse van het recht op een eerlijk bewijsgebruik met zich mee dat ook aandacht moet worden besteed aan de verschillende (ook weer in art. 6 EVRM vervatte) rechten en (compensatie)mechanismen, die gezamenlijk 's Hofs herstelkader bij het gebruik van mogelijk onrechtmatig verkregen – doch niet absoluut ontoelaatbaar – bewijs vertegenwoordigen. Herstel wordt in de rechtspraak van het Hof vooral bewerkt doordien de verdachte in de gelegenheid wordt gesteld de (adversaire) procesrechten, die hem al toekomen in verband met zijn inhoudelijk verzet tegen de strafvervolging, óók in verband met zijn verzet tegen bewijsgebruik wegens de wijze van verkrijging daarvan, in te zetten. Daarnaast bewerkt de rechter herstel door zich bij het gebruik van risicovol bewijs aan een bewijsminimumregel te houden en zijn oordeel ter zake te motiveren. Die laatste eisen gelden ook bij het gebruik van inhoudelijk precaire bewijsmiddelen; het innovatieve van de inzet daarvan bij (mogelijk) onrechtmatig verkregen bewijs is dat zij ook van toepassing zijn in het kader van de toetsing van bewijs in verband met de probiteit van de verkrijging en gebruik daarvan, ook wanneer de inhoudelijke betrouwbaarheid van dat bewijs niet aan de orde is. Daarmee wordt een reeks van nadere deelrechten in dit onderzoek betrokken: (adversaire) procesrechten als die op interne openbaarheid, op de oproeping en ondervraging van getuigen, op rechtsbijstand en het recht op een gemotiveerde uitspraak.[19]

De werking van alle eerlijk-proces-rechten wordt bovendien bepaald door verschillende 'beperkingsmechanismen' die het Hof hanteert in de uitleg van (de reikwijdte van) art. 6 EVRM. In de unieke structuur van deze bepaling ontbreekt een beperkingsclausule zoals die wel is opgenomen bij de vrijheidsrechten onder de artikelen 8 t/m 11 EVRM. Dat brengt evenwel niet met zich mee dat alle onderscheiden deelrechten van het eerlijk-proces-recht te allen tijde absolute gelding hebben. Door middel van een 'balans' principe gaat het Hof ervan uit dat beperkingen van deelrechten wel mogelijk zijn, zolang maar, over het geheel genomen, het eerlijkheidsbalans hersteld kan worden geacht. Het hier bedoelde herstelkader bij het gebruik van risicovolle bewijsmiddelen vormt daarvan een illustratie, ook andere herstelmechanismen hebben een

19 In wezen zou de eis dat bij het gebruik van risicovol bewijs, een veroordeling niet uitsluitend of in overwegende mate op dat bewijs berust kunnen worden gelezen als een nader (impliciet) procesrecht. Deze bewijsminimumregel wordt echter alleen ingeschakeld als er sprake is van gebruik van risicovol bewijs. De rechtspraak van het EHRM biedt geen basis voor de conclusie dat art. 6 EVRM in algemene zin een bewijsminimumregel bevat.

vergelijkbare, balanceerde functie. Nu deze mechanismen de reikwijdte van de bescherming van art. 6 EVRM mede bepalen, dient ook op de algemene werking daarvan te worden ingegaan.

Gelet op de complexiteit van deze verdragsbepaling is evenwel ook een voorafgaande, meer algemene bespreking van enerzijds de aard en structuur van 6 EVRM, anderzijds van een aantal door het Hof bij deze bepaling gehanteerde interpretatieve uitgangspunten noodzakelijk. (paragraaf 2.2.). Beeldvorming ten aanzien van de aard en structuur van art. 6 EVRM is niet alleen van belang ter begrip van de hierboven bedoelde afzonderlijke deelrechten en beperkingsmechanismen in art. 6 EVRM. Zij is ook behulpzaam in verband met de waardering van de geschiktheid van art. 6 EVRM te opereren in de zeer veranderlijke en heterogene context waarin deze bepaling bescherming moet bieden. In dit hoofdstuk wordt ook aandacht besteed aan de wijze waarop het Hof art. 6 EVRM heeft kunnen extensiveren om de noodzakelijk geachte bescherming te kunnen bieden, waar de verdragstekst – ook buiten art. 6 EVRM – daar niet uitdrukkelijk in voorziet. Met name is voor dit onderzoek van belang welke constructie het Hof ten grondslag legt bij de in art. 6 EVRM in te lezen opsporingsnormen, ofwel hoe het Hof art. 6 EVRM van toepassing laat zijn in het vooronderzoek (paragraaf 2.3). Ook is er ruimte, in dit algemene hoofdstuk, om in te gaan op flexibiliteit van art. 6 EVRM in het licht van ingrijpende veranderingen in de strafvorderlijke structuren, onder andere zoals die worden teweeggebracht door innovatieve ontwikkelingen als die van de bijzondere opsporing. Die bespreking is vooral georiënteerd op de wijze waarop de geconsolideerde informatierechten in art. 6 EVRM, ofwel, de samenstelling van rechten die ertoe strekken de verdachte in staat te stellen hem ontlastende informatie in het proces in te brengen en hem belastende informatie tegen te spreken, worden geraakt (onder druk worden gebracht), door implicaties van de bijzondere opsporing. Benadrukking van die specifieke spanningsvelden is gelegen in het grote belang dat in het kader van eerlijkheidsherstel bij het gebruik van (mogelijk) onrechtmatig verkregen bewijs moet worden toegekend aan interne openbaarheid. Bezien wordt in dat verband ook hoe effectieve informatierechtverwezenlijking *vooral in de context van bijzondere opsporingszaken* (negatief) kan worden beïnvloed, wanneer in dat verband te veel verantwoordelijkheid bij de verdediging wordt gelegd (paragraaf 2.4.).

Daarna wordt ingegaan op de (adversaire) procesrechten in art. 6 EVRM die onderdeel uitmaken van de compensatoire voorzichtigheidstandaarden bij het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs (paragraaf 2.5.) en op de (overige) verschillende beperkingmodaliteiten die het Hof inzet bij de interpretatie van art. 6 EVRM. Bijzondere aandacht wordt in dat verband besteed aan de werking van een (mogelijke) legaliteitseis in art. 6 EVRM, die, als gezegd, in deze bepaling niet uitdrukkelijk als voorwaarde wordt gesteld. Bezien wordt in hoeverre zij desalniettemin een werking kan hebben in de context van het eerlijk-proces-recht (paragraaf 2.6.). Het geheel wordt afgesloten met conclusies (paragraaf 2.7.).

2.2 EIGEN AARD, STREKKING EN REIKWIJDTE VAN ART. 6 EVRM[20]

2.2.1 Ontwikkeling, van *due process* naar art. 6 EVRM

Art. 6 EVRM is sterk verbonden met het uit de *common law* traditie voortvloeiende principe van *'due process'*. Dat principe is weer – evenals art. 6 EVRM zelf[21] – sterk gerelateerd aan de notie van de *rule of law*:

> '(t)he protection of procedural due process is not, in itself sufficient to protect against human rights abuses but it is the foundation stone for "substantive protection" against state power. The protection of human rights therefore begins but does not end with fair trial rights'.[22]

Due process garandeert de effectieve verwezenlijking van andere substantiële rechten en vrijheden. Geschillen ter zake dienen te worden opgelost door onafhankelijke gerechten die recht doen via *eerlijke* procedures. Bijzonder is dat de notie van *due process*, ofwel de samenstellende onderdelen daarvan, zelf ook als substantiële rechten gelding hebben, zodat een geschil zich ook kan vormen omtrent de deugdelijke naleving daarvan van overheidswege.

Clayton en Tomlinson geven de volgende uiteenzetting van de origines van *due process*. Het begrip *'due process of law'* vindt haar oorsprong in het vroege Engelse recht. Clausule 39 van de *Magna Charta* brengt het recht daarop aldus tot uitdrukking: '(n)o freeman shall be taken and imprisoned or disseised of any tenement or of his liberties or free customs (...) except by lawful judgement of his peers or by the law of the land *(per legem terrae)'*.[23] In het begin van de zeventiende eeuw interpreteerde Sir Edward Coke interpreteerde het begrip *per legem terrae* als '(w)ithout being brought in to answer but by due process of the common law'.[24] Het recht op toegang tot de rechter,'in accordance with the law', dat onderdeel uitmaakt van de *due process* notie, heeft diepe en sterke wortels in de *common law.* Blackstone zag dit recht als één van de:

> 'outworks or barriers, to protect and maintain inviolate the three great and primary rights, of personal security, personal liberty and private property' en omschreef

---

20 Zie, in algemene zin over (aspecten) van art. 6 EVRM, onder andere: M.I. Veldt, Het EVRM en de onpartijdige strafrechter, Diss. UvT, Deventer, Gouda Quint, 1997; M. Kuijer, The blindfold of Lady Justice, Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR, Diss. Leiden, 2004; M.L.W.M. Viering, Het toepassingsgebied van art. 6 EVRM, Diss. UU, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994; P. Lemmens, Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1989.

21 Zie ook: M. Kuijer, a.w., p. 79-80.

22 R. Clayton/H. Tomlinson, Fair Trial Rights, Reprinted from The Law of Human Rights, Oxford University Press, 2001, p. 2.

23 Ibidem, p. 6, met verwijzing naar: Halsbury's Statutes, Vierde druk, Butterworths, 1995, Vol. 10, p. 15-16.

24 Ibidem, met verwijzing naar: Coke's Institutes, Hoofdstuk 29, p. 51.

> het aldus: '(a) third subordinate right of every Englishman is that of applying to the courts of justice for redress of injuries. Since the law is in England the supreme arbiter of every man's life, liberty and property, courts of justice must at all times be open to the subject and the law be duly administered therein'.[25]

Eén van de eerste expliciete verwijzingen naar het *due process* principe in een mensenrechtelijk manifest is te vinden in de Amerikaanse *Bill of Rights*, waar het gedeeltelijk verwerkt is in het vijfde en gedeeltelijk in het zesde amendement. Het vijfde amendement geeft ter zake de volgende opsomming:

> '(n)o person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation'.

Het zesde amendement bevat daarnaast de volgende rechten:

> '(i)n all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence'.

Voor Nederland kreeg het *due process* fenomeen pas de mensenrechtelijke status met de opname van art. 10 en art. 11 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens.

Deze bepalingen luiden als volgt:

Art. 10 UVRM:

> 'Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him.'

25 Ibidem, met verwijzing naar: R. Kerr (Red.) Blackstone's Commentaries on the Laws of England, Vierde druk, John Murray, 1876.

Art. 11 UVRM:

> '(1) Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.
> (2) No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed.'

In het EVRM werd voor het eerst een gedetailleerde bescherming van verschillende *due process* rechten opgenomen.[26] Aldaar vallen zij onder vier hoofdverdelingen te brengen, namelijk die van:

- de algemene rechten op procedurele eerlijkheid, waaronder het recht op een publieke procedure voor een onafhankelijk en onpartijdig gerecht, dat een gemotiveerd oordeel geeft;
- het vermoeden van onschuld in strafprocedures;
- de specifieke rechten van degenen tegen wie een vervolging is ingesteld en,
- het recht om gevrijwaard te zijn van retroactieve strafwetten.[27]

Vanuit die optiek zijn de *due process* rechten in het EVRM onderverdeeld in twee bepalingen, namelijk art. 6 EVRM (de eerste drie hoofdindelingen) en art. 7 EVRM (de vierde hoofdindeling). Arai-Takahashi vat ook art. 5 EVRM (het recht op vrijheid en veiligheid) onder de *due process* rechten.[28] Met de toevoeging aan het Verdrag van het Zevende Protocol zijn een aantal verdere, onder de *due process* notie te begrijpen, rechten in het EVRM erkend, namelijk:

---

26 De tekst van art. 6 EVRM is nagenoeg identiek aan die van art. 14 IVBPR. Deze laatste bepaling moet worden gezien als voorloper van art. 6 EVRM: de tekst van art. 6 EVRM volgt die van art. 14 IVBPR, en niet andersom. Het recht op een eerlijk proces is wel voor het eerst in het EVRM gevestigd, daar de inwerkingtreding van het IVBPR zo lang op zich liet wachten. Zie: A. Woltjer, Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten, NJCM Bulletin nr. 6, sept. 1992, p. 684-695.

27 Die onderverdeling is van R. Clayton/H. Tomlinson, a.w., p. 3.

28 Y. Arai-Takahashi, The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR, Antwerp, Intersentia, 2002, p. 227.

- het recht op hoger beroep in strafzaken (art. 2, Protocol 7);[29]
- het recht op schadeloosstelling bij gerechtelijke dwalingen (art. 3, Protocol 7),[30] en
- het recht om niet tweemaal te worden berecht of gestraft (art. 4, Protocol 7).[31,32]

De tekst van art. 6 EVRM luidt als volgt:

> '(1) In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.
> (2) Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.
> (3) Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:
> (a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;
> (b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;

29 Artikel 2, Protocol 7 EVRM luidt als volgt:
'(1) Everyone convicted of a criminal offence by a tribunal shall have the right to have his conviction or sentence reviewed by a higher tribunal. The exercise of this right, including the grounds on which it may be exercised, shall be governed by law.
(2) This right may be subject to exceptions in regard to offences of a minor character, as prescribed by law, or in cases in which the person concerned was tried in the first instance by the highest tribunal or was convicted following an appeal against acquittal.'

30 Art. 3, Protocol 7 EVRM luidt als volgt: 'When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed, or he has been pardoned, on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to the law or the practice of the State concerned, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him.'

31 Art. 4, Protocol 7 EVRM luidt als volgt:
'(1) No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.
(2) The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.
(3) No derogation from this Article shall be made under Article 15 of the Convention.'

32 Nederland heeft het Zevende Protocol niet geratificeerd.

(c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;
(d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
(e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.'

2.2.2 Art. 6 EVRM: reikwijdte, structuur en karakter

De historische connectie tussen art. 6 EVRM en het *due process* principe dient duidelijk te figureren bij beeldvorming ten aanzien van deze verdragsbepaling. Art. 6 EVRM bestaat niet alleen uit de som van al haar (uitdrukkelijke) componenten; haar constituerende onderdelen vloeien gezamenlijk voort uit een bredere achterliggende notie. '(...) Article 6 para. 1 (...) enunciates rights which are distinct but stem from the same basic idea and which, taken together, make up a single right not specifically defined in the narrower sense of the term'.[33] Dit *same basic idea* behoeft niet volledig samen te vallen met het *due process* concept zoals dit gestalte krijgt in een (bepaalde) *common law* rechtsorde.[34] Dat concept is zeer breed en diffuus en daardoor moeizaam te duiden in meer dan algemene termen. Dat blijkt al uit het gegeven dat aspecten daarvan niet alleen in art. 6 EVRM, maar ook elders in het verdrag tot uitdrukking komen. Feit blijft echter dat in het verdrag op *due process* gelijkende noties in belangrijke mate in art. 6 EVRM zijn vertegenwoordigd en dat deze bepaling onlosmake-

33 EHRM 21 februari 1975, *Golder v. Het Verenigd Koninkrijk,* Series A, § 28.

34 Dat er een sterke verbinding is tussen de *due process* notie en art. 6 EVRM wil niet zeggen dat art. 6 EVRM moet worden geacht *alleen* voort te komen uit en volledig samen te vallen met *common law* noties ten aanzien van de inrichting van procesvoering. Art. 6 EVRM heeft zelfs belangrijke invloed uitgeoefend op het Engelse strafprocesrecht: '(t)he concept of 'fair trial' plays an expansive, and expanding, role in English criminal litigation. Contemporary English fair trial jurisprudence is a blend of common law principles and international human rights law, more particularly in the form of the ECHR Article 6 and local judicial innovation under the Human Rights Act'. P. Roberts/A. Zuckerman, A., Criminal Evidence, Oxford University Press, 2004, p. 147. De verhouding tussen de notie van *due process* en het recht op een eerlijk proces in art. 6 EVRM moet aldus worden gezien dat zij veel gelijkenis tonen, doch dat de *due process* notie breder is. Het Hof leest art. 6 EVRM ook niet zo ruim dat alle mogelijke, onder het *due process* principe te begrijpen noties daaronder vallen. Zo stelt art. 6 lid 1 EVRM volgens het Hof niet de eis dat lidstaten voorzien in een system van appel of cassatie. EHRM 17 januari 1970, *Delcourt v. België*, Series A-11, § 25. Het recht op hoger beroep behoort aldus niet tot de sfeer van het eerlijk-proces-recht en wordt alleen beschermd in art. 2 Protocol 7 EVRM. Daarentegen: '(...) a State which does institute such courts is required to ensure that persons amenable to the law shall enjoy before these courts the fundamental guarantees contained in Article 6 (...)'. Ibidem.

lijk verbonden is met een breder achterliggend concept. Die binding is om meerdere redenen van belang.

In de eerste plaats kan de erkenning van een bredere grondslag achter (de tekst van) het eerlijk-proces-recht, de zeer autonome benadering van het EHRM ten opzichte van art. 6 EVRM (mede) verklaren, dan wel rechtvaardigen. Vanwege de unieke structuur en (variëteit van de) inhoud daarvan is deze verdragsbepaling minder concreet omlijnd dan andere verdragsrechten. Dat vergt al veel interpretatieve arbeid door het Hof, het gegeven dat onder de bepaling nog een – omvangrijke – substantie ligt, geeft het Hof nog meer spelingsruimte.

Vooral vier begrippen in het eerste lid van art. 6 EVRM zijn en worden door het Hof tamelijk vrijelijk geïnterpreteerd. De begrippen '*determination*' en '*civil rights*' (in het Nederlands vertaald als '*burgerlijke rechten*') hebben aanleiding gegeven tot complexe rechtspraak, die bepalend is geweest voor de (vele) categorieën van procedures die door de bepaling worden beschermd. Wisselend is die uitleg extensief en restrictief geweest. Het begrip '*criminal charge*', ofwel de strafvervolging, is door het Hof met name extensief geïnterpreteerd. Immens is evenwel het effect geweest van de omgang van het Hof met het vierde ruime begrip uit het eerste lid, namelijk dat van een '*fair hearing*', de notie van het eerlijk proces zelf. Het Hof heeft dat begrip op twee wijzen aanzienlijk uitgebreid. Enerzijds is het bereik van de bepaling vergroot doordat het Hof art. 6 EVRM ook van toepassing acht buiten de context van het eindonderzoek. Anderzijds is het Hof ruimhartig geweest bij het inlezen van nadere impliciete deelrechten die bij een eerlijk proces – ook in het vooronderzoek – van toepassing zijn. Ondanks dat in art. 6 EVRM geen beperkingsclausule is vervat, heeft het Hof voorts verschillende mechanismen tot ontwikkeling gebracht die beperkingen op onderscheiden deelrechten mogelijk maken, zonder dat de eerlijkheid zelf verloren gaat.

De verdragstekst geeft niet alleen veel vrijheid bij de uitleg van art. 6 EVRM, het EHRM benut haar ook. Die vrijheid is te billijken wanneer ervan uit kan worden gegaan dat extensieve en restrictieve interpretaties inderdaad voortvloeien uit een *same basic idea* omtrent eerlijke geschillenbeslechting, al dan niet te benoemen als het *due process* concept. Enerzijds kan bij de uitleg van de uitdrukkelijke componenten worden teruggegrepen naar onderliggende (*due process*) concepten. Anderzijds staat die bredere onderliggende basis toe dat het Hof impliciete deelrechten toevoegt aan het eerlijk-proces-recht.

Het EHRM handelt bij de toevoeging van impliciete rechten evenwel dan minder autonoom dan op het eerste gezicht zou lijken, want grijpt terug naar een bestaande grondslag voor eerlijke procesvoering, die breder is dan het geheel van de in de verdragsbepaling tot uitdrukking gebracht beschermingssferen. Of het Hof daarbij handelt vanuit een zeer concreet (of sluitend) idee omtrent die onderliggende sferen of niet, die onzichtbare ondergrond manifesteert zich wel in de verdragsrechtspraak. 'It is the duty of the Court to ascertain, by means of interpretation, whether access to the courts constitutes

one factor or aspect of this right',[35] aldus het Hof in verband met het impliciet in de eerlijkheidsnotie ingelezen recht op toegang. Het is zelfs *de taak* van het Hof om de onderliggende substantie zichtbaar te maken: de tekst van art. 6 EVRM is niet een limitatief geheel, het eerlijk-proces-recht is een steeds verder uit te werken concept. Ten aanzien van art. 6 EVRM kan dan ook met recht gesteld worden dat de *Travaux Preparatoires* ter zake, bij dit sterk evolutieve recht,[36] een genuanceerd belang genieten; zeker gezien de actuele invulling van de bepaling dekt de verdragshistorie de lading niet.[37]

In de tweede plaats is de affiniteit met het *due process* concept van belang omdat het de vraag oproept in hoeverre zij met zich meebrengt dat art. 6 EVRM noodzakelijkerwijs verbonden is aan een bepaalde (type) processtructuur. In het inleidend hoofdstuk is aangestipt dat de verdragsrechtspraak ten aanzien van art. 6 EVRM als hybride wordt aangemerkt, in die zin dat zij adversaire én (meer) inquisitoire elementen bevat. Uit de – casuïstische – rechtspraak valt niet op te maken of het Hof een bepaalde visie heeft omtrent de processtructuur die noodzakelijk is voor de optimale verwezenlijking van de eerlijkheid. Niet valt echter te miskennen dat, ondanks dat het Hof soms 'niet-adversaire' keuzes maakt, het eerlijk-proces-recht zelf voortkomt uit een strafvorderlijk systeem dat op belangrijke, structurele wijze afwijkt van de Nederlandse. Onmiskenbaar prevaleert de *common law*, adversaire signatuur. Dat uit zich vooral daarin dat het recht is toegespitst op de rechterlijke functie bij strafvordering en dat het Hof inderdaad de beginselen van adversaire, gelijk bewapende procesvoering, uitdrukkelijk als leidend basisprincipe heeft aangewezen.[38] Waar het Hof vervolgens niet-adversaire, meer bij *civil law* systemen horende, elementen verwerkt in art. 6 EVRM, wordt onduidelijker wat voor onderliggende processtructuur het Hof zich daarbij voorstelt. Moeten de keuzes van het Hof als systeemoverstijgend worden gezien; ontwikkelt zich in de verdragsrechtspraak een nieuw eclectisch model, waarin de beste (voor eerlijk procesvoering meest bevorderlijke) aspecten van verschillende systemen op optimale wijze

35 EHRM 21 februari 1975, *Golder v. Het Verenigd Koninkrijk,* Series A, § 28.

36 Zie in dat verband: A. den Hartog, Artikel 6 EVRM: grenzen aan het streven de straf eerder op de daad te doen volgen, Diss. RuG, Antwerpen, Apeldoorn, MAKLU, 1992, p. 38-39.

37 Zie ook M. Kuijer, a.w., p. 10-11, waar hij verwijst naar de opmerking van rechter Fitzmaurice, in zijn *separate opinion* bij EHRM 21 februari 1975, *Golder v. Het Verenigd Koninkrijk,* Series A, 18, namelijk dat 'I do not (...) propose to go into the drafting history of the art. 6, which whould be tedious because the most crucial points are overlooked'.

38 EHRM 22 juli 2003, *Edwards en Lewis v. Het Verenigd Koninkrijk,* Appl. Nrs.: 39647/98 en 40461/98 (GC), § 52: '(i)t is in any event a fundamental aspect of the right to a fair trial that criminal proceedings, including the elements of such proceedings which relate to procedure, should be adversarial and that there should be equality of arms between the prosecution and defence. The right to an adversarial trial means, in a criminal case, that both prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party (...). In addition Article 6 § 1 requires that the prosecution authorities should disclose to the defence all material evidence in their possession for or against the accused (...)'.

zijn verenigd? Of dienen verschillende keuzes van het Hof beperkt te worden gelezen, in die zin dat zij zijn toegespitst op een bepaalde processtructuur en niet – in die vorm – in een ander systeem dienen te worden overgenomen? In hoeverre geeft het Hof zich er rekenschap van dat bepaalde uitspraken afwijkende implicaties kunnen hebben voor verschillende typen strafvorderlijke systemen? Dergelijke punten blijven in de rechtspraak veelal open: het Hof beslist in het concrete geval en geeft niet aan hoe de uitspraak 'Europa-breed' moet worden begrepen. Dat noopt er toe dat interpretatie van de verdragsrechtspraak gepaard moet gaan met alertheid op de aanwezigheid van elementen die onderscheiden betekenissen kunnen hebben in afwijkende processystemen. Uitgangspunt kan daarbij zijn dat het perspectief van het Hof eerder wel dan niet georiënteerd zal zijn op een *common law*, adversaire processtructuur.

2.2.3 Algemene uitgangspunten bij de interpretatie van 6 EVRM

Bij de opbouw van begrip omtrent art. 6 EVRM kan op voorhand aldus met twee uitgangspunten worden gewerkt. De bepaling heeft, in de eerste plaats, mede vanwege de binding met bredere notie van *due process*, een enigszins onbepaalde karakter. In ieder geval moet de tekst van de bepaling niet limitatief worden opgevat, het Hof heeft veel ruimte voor autonome invulling en kan daarbij teruggrijpen op bestaande – nadere – noties inzake eerlijke procesvoering. Invloed van onderliggende bredere concepten aangaande eerlijke procesvoering is in de rechtspraak op verschillende wijzen manifest. Het Hof kan teruggrijpen op de '*same basic idea*' bij de inkleuring van expliciete onderdelen van de bepaling. Het Hof kan vanuit die basis ook toevoegen aan de bepaling. Omgekeerd kan het Hof ook tamelijk vrij vaststellen in hoeverre en op welke wijze beperkingen op eerlijk-proces-rechten zijn toegestaan.

In de tweede plaats dient er steeds aandacht voor te zijn dat het eerlijk-proces-recht zelf en het onderliggende *due process* concept een *common law* oorsprong hebben. Hoe hybride de verdragsrechtspraak al dan niet is, de *common law* affiniteit moet betekenisvol zijn. Dat brengt met zich mee dat bepaalde keuzes van het Hof steeds dienen te worden beoordeeld vanuit een intrinsieke binding met een bepaald (*common law*, adversair) procesconcept. Een dergelijke binding kan als uitkomst hebben dat die keuzes niet altijd naadloos aansluiten in een nationale rechtsorde met een afwijkend processtructuur.

Vertrekkend vanuit die uitgangspunten, kunnen een aantal nadere aandachtspunten worden benoemd in verband met de interpretatie van deze verdragsbepaling. Een aantal daarvan zijn algemeen: zij gelden ook voor andere bepalingen in het verdrag. Anderen vloeien voort of hangen samen met bijzondere kenmerken van art. 6 EVRM.

2.2.3.1 Betekenis, hiërarchische plaats in het verdrag, hiërarchische ordening van deelrechten

Een zeer algemene – het EVRM ook overstijgende – vraag is die naar het bestaan van een hiërarchische verhouding tussen mensenrechten en vrijheden. In het EVRM bestaat een duidelijk systematisch onderscheid tussen de derogabele en niet-derogabele rechten.[39] Art. 15 EVRM brengt een belangrijke verdeling aan binnen de verdragsbepalingen door de niet-derogabele rechten, ofwel die te allen tijde dienen te worden geëerbiedigd op de wijze waarop de verdragsrechtspraak voorschrijft, te benoemen. Daarbuiten geeft de verdragssytematiek geen aanknopingspunten voor een hiërarchische verschillen. Mogelijk is betekenisvol dat sommige bepalingen (zoals art. 5 EVRM, art. 6 EVRM, maar ook de niet-derogabele art. 7 EVRM), geen uitdrukkelijke beperkingsclausule kennen, zoals die wel is opgenomen bij de vrijheidsrechten onder de artikelen 8 t/m 11 EVRM. Dat zou echter op verschillende wijzen kunnen worden geïnterpreteerd, namelijk dat (1) beperkingen in principe niet zijn toegestaan, (2) de aard van het recht zich verzet tegen inkadering via beperkingsvoorwaarden zoals die voorkomen bij de vrijheidsrechten in de artikelen 8 t/m 11 EVRM (van legaliteit, noodzakelijkheid en legitieme doelbinding), of (3) er juist meer vrijheid is voor beperking. Bij art. 5, 6, en 7 EVRM staat het Hof wel toe dat bepaalde (typen) beperkingen mogelijk zijn – ook via de constructie dat deze rechten niet in absolute zin kunnen worden verwezenlijkt – maar doet dat op te divergerende wijze om daaruit algemene conclusies te trekken. Een ander systematisch verschil is dat sommige verdragsbepalingen, wederom zoals art. 6 EVRM, niet in termen van negatieve, maar meer als positieve verplichtingen

---

39 Zie algemeen over *notstandfeste* rechten en opschortingsmogelijkheden van andere (verdrags)rechten, J.P. Loof, Mensenrechten en staatsveiligheid: Opschorting en beperking van mensenrechtenbescherming tijdens noodtoestanden en andere situaties die de staatsveiligheid bedreigen, Diss. Leiden, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2005, vooral Deel III daarvan. Loof zet overigens uiteen dat ook bij de *notstandfeste* rechten geen sprake kan zijn van absolute rechten. Ook bij die rechten '(...) komt het voor dat de reikwijdte ervan begrensd is door de formulering van het recht of door de opname van een intepretatieclausule in het betreffende verdragsartikel'. J.P. Loof, a.w., p. 449-450. Ten aanzien van de mogelijkheden tot opschorting van verdragsrechten, ofwel, in termen van Loof, de mogelijkheden van de opschorting van verdrags*verplichtingen* met betrekking tot rechten (Ibidem, p. 449), maakt hij onderscheid tussen zeven principes die derogatie op basis van art. 15 EVRM (en art. 4 IVBPR) beheersen, namelijk dat (1) er sprake moet zijn van een '*exceptional threat*', ofwel dat een tot derogatie nopende noodtoestand alleen kan worden uitgeroepen bij een crisissituatie die zo ernstig is dat het voortbestaan van de staat wordt bedreigd; (2) de noodtoestand formeel moet worden geproclameerd; (3) dat noodmaatregelen alleen gerechtvaardigd kunnen zijn indien zij strikt noodzakelijk zijn en in redelijkheid proportioneel kunnen worden geacht ten opzicht van het doel van derogatie; (4) dat noodmaatregelen niet kunnen worden genomen op willekeurige of discriminatoire grondslagen; (5) dat *notstandfeste* rechten nimmer verder worden beperkt dan ook is toegestaan onder normale omstandigheden; (6) dat derogatie van rechten andere internationale verplichtingen niet opheft en (7) dat derogatie pas plaatsvindt na internationale notificatie. Ibidem, p. 734-735.

zijn geformuleerd. Algemeen kan er van worden uitgegaan dat hoe positiever een verplichting, hoe ruimer (noodzakelijkerwijs) de marge voor nationale discretie zal zijn. Dat behoeft echter niet te betekenen dat die rechten ondergeschikt zijn, alleen dat aan nationale lidstaten meer vrijheid toekomt in de wijze waarop die rechten worden geëffectueerd. Het verschil is vaak een kwestie van perspectief: in positieve zin dient gewaarborgd te zijn dat de verdachte op optimale wijze zijn recht op rechtsbijstand kan uitoefenen. In negatieve zin is dat een verbod de verdachte van effectieve rechtsbijstand te onthouden.

Lawson stelt dat van een hiërarchische ordening juist geen sprake is in het EVRM en dat het Hof dat ook niet aanbrengt in de rechtspraak:

> '(t)och moet worden geconstateerd dat het EVRM geen hiërarchie in de beschermde rechten aanbrengt. Ook het Hof is daar tot nu toe ook voor teruggedeinsd. Slechts eenmaal, in de zaak tegen Krenz (2001) omschreef het Hof het recht op leven als 'the supreme value in the hierarchy of human rights' – maar dat betrof dus uitgerekend niet het verbod van foltering. Vervolgens valt op dat het hof weliswaar in alle tooonaarden het fundamenteel karakter van het folterverbod heeft bezongen, maar dat het tegelijkertijd toch ook van vrijwel ieder recht heeft aangegeven dat het essentieel is'.[40]

Onbetwist bedient het Hof zich echter wel van kwalificaties die wijzen op het bestaan van verschillen tussen de verdragsrechten. In ieder geval stelt het Hof nooit in algemene termen dat de verdragsrechten in hiërarchisch opzicht als gelijk moeten worden opgevat. Alle verdragsrechten zijn fundamenteel – anders waren zij niet in het verdrag opgenomen – maar er zijn, zoals blijkt uit de formuleringen die het Hof in dat verband gebruikt, variaties in de waarderingen van het karakter daarvan. De benadrukking van het fundamenteel karakter van art. 3 EVRM – naast art. 2 EVRM – is inderdaad evident in de rechtspraak van het Hof:

> '(a)rticle 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic societies. Even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct. Unlike most of the substantive clauses of the Convention, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (...)'.[41]

---

40 Zie R.A. Lawson, Hoe exclusief dient de 'exclusionary rule' te zijn?, In: P.D. Duyx/P.D.J. van Zeben (Red.), Via Straatsburg, *Libero Amicorum* Egbert Myjer, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2004, p. 189-190.

41 EHRM 11 juli 2006, *Jalloh v. Duitsland*, Appl.nr.: 54810/00 (GC), NJ 2007, 226; Relatieve ondergrens van artikel 3 EVRM en verruiming van het *nemo tenetur*-beginsel, NJCM-Bulletin, jaargang 32, nr. 3, mei 2007, p. 354-370, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen, § 99.

De algemene waardering van art. 6 EVRM is even indrukwekkend, maar duidelijk van een andere orde:

> '(i)n a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair administration of justice holds such a prominent place that a restrictive interpretation of Article 6(1) would not correspond to the aim and the purpose of that provision'.[42]

Moeilijker is nog dat verdragsrechten veelal in zich ook onderscheidingen herbergen. Art. 3 EVRM is fundamenteel, maar vermoedelijk niet even fundamenteel voor wat betreft de drie categorieën van wrede behandeling, onmenselijke behandeling en marteling. In art. 8 EVRM is een duidelijke gradatie aangebracht tussen verschillende privacycontexten, die meer of minder gevoelig zijn. De aanspraak op privacy in het publieke domein is beduidend minder sterk dan die in de woning, weer andere privacycontexten (zoals het recht op het vormen en onderhouden van persoonlijk relaties) zijn moeilijk in die lijn (van onderscheid naar te ruimte) te plaatsen. Artikelen 2, 3, en 8 EVRM hebben duidelijk onderscheiden negatieve en positieve sferen, bij de positieve verplichtingen valt ook weer onderscheid te maken in verschillende typen. Zij nopen er enerzijds toe dat nationale lidstaten ernaar streven dat die rechten ook niet door derden worden aangetast, de positieve verplichting omvat ook de procedurele eis dat wanneer daarvan sprake is, het aan de nationale overheid is om derden-schendingen te onderzoeken en af te doen met een gepaste (soms noodzakelijkerwijs strafrechtelijke) reactie. Of er een essentieel hiërarchisch verschil is tussen de substantiële en de procedurele positieve verplichting, valt niet met zekerheid te zeggen.[43]

---

42 *Delcourt v. België, supra*, noot 34, § 25.

43 Bij een substantiële schending wordt aan een overheid verweten dat onvoldoende bescherming is geboden tegen (strafbaar) handelen door derden, en dat het niet voorkomen daarvan kan worden toegerekend aan de overheid. Bij een procedurele schending gaat het erom dat (de kwaliteit van) de georganiseerde reactie van overheidswege op het (strafbaar) handelen ondeugdelijk wordt bevonden. De tweede categorie laat zich vervolgens splitsen in een aantal nadere indelingen: (de gebrekkigheid van de) wettelijk beschikbare (strafrechtelijke) remedies, de opsporings- en vervolgingspraktijk, en de toereikendheid van veroordelingen (in inhoudelijk zin). In het algemeen kan worden gesteld dat een voorkomingsplicht maar zelden worden gesteld en dat schendingen vooral worden vastgesteld waar niet op afdoende wijze is gereageerd nadat delicten zijn gepleegd. Zie in verband met positieve verplichtingen: EHRM 27 februari 1985, *X and Y v. Nederland*, Appl. nr.: 16/1983/72/110; EHRM 28 oktober 1998, *Osman v. het Verenigd Koninkrijk*, Appl. nr.: 87/1997/871/1083; EHRM 14 maart 2002, *Paul and Audrey Edwards v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl. nr.: 46477/99; EHRM 24 oktober 2002, *Mastromatteo v. Italië,* Reports of Judgments and Decisions 2002-VIII; EHRM 17 januari 2002, *Calvelli en Ciglio v. Itali*, Appl. nr.: 32967/96; EHRM 8 juli 2004, *Vo v. Frankrijk*, Appl. nr.: *53924/00;* EHRM 4 december 2003, *M.C. v. Bulgarije,* Appl. nr.: 39272/98; EHRM 30 november 2004, *Öneryildiz v. Turkije*, Appl.nr.: 48939/99 en EHRM 31 mei 2007, *Kontrova v. Slowakije*, Appl. Nr.: 7510/04.

Art. 6 EVRM moet in deze zin als het meest gevarieerd worden opgevat: elk daarin vervatte deelrecht kan anders worden gewaardeerd. Algemeen wordt aangenomen dat een differentiatie kan worden aangehouden ten aanzien van het aan verschillende aspecten van art. 6 EVRM te koppelen belang. Ofwel, bepaalde onderdelen van de eerlijkheidsstandaarden in de bepaling worden als meer essentieel of fundamenteel gezien dan anderen.[44] Het Hof omschrijft het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel, als '(...) generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6'.[45] De waardering van die rechten, vooral in de zin of zij al dan niet als absoluut kunnen worden aangemerkt, wisselt echter sterk in de rechtspraak.[46] In verband met de participatienorm heeft het Hof gesteld dat

> '(w)hile the rise in organised crime undoubtedly requires that appropriate measures be taken, the right to a fair administration of justice nevertheless holds such a prominent place (...) that it cannot be sacrificed for the sake of expedience'.[47]

Dat geldt ook voor het recht op interne openbaarheid, evenwel dat recht is niet absoluut:

> '(i)n any criminal proceedings there may be competing interests, such as national security or the need to protect witnesses at risk of reprisals or keep secret police methods of investigation of crime, which must be weighed against the rights of the accused. In some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. Nonetheless, only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under Article 6 § 1. Furthermore, in order to ensure that the accused receives a fair trial, any

44 Zie in dat verband Kuijer: '(...) it is questionable whether all requirements and enshrined in Article 6 ECHR have an equal status. It seems as if the Court distinguishes between 'core rights' and other elements of Article 6 ECHR. This becomes apparent if one looks at situations in which the Convention has an 'indirect' applicability (....). In the Drozd case the Court held that 'France was not obliged to verify whether the proceedings (...) were compatible with all the requirements of Article 6 of the Convention'. Apparently, the Court qualifies certain elements of Article 6 ECHR as 'core rights'. In my opinion, the principle of equality of arms and the right to impartial proceedings should be considered such 'core rights' without which the very essence of a fair trial is violated'. M. Kuijer, a.w., p. 81, met verwijzing naar: EHRM 26 juni 1992, *Drozd en Janousek v. Frankrijk en Spanje*, A, 240, § 110. Zie in verband met de onpartijdigheid en onafhankelijkheid, onder andere,: EHRM 12 april 2007, *Özen v. Turkije,* Appl.nr.: 46286/99, § 97: '(t)he Court notes at the outset that it has already held in previous cases that a court whose lack of independence and impartiality has been established cannot in any circumstances guarantee a fair trial to the persons under its jurisdiction and that, accordingly, it is not necessary to examine complaints regarding the fairness of the proceedings before that court (...)'.

45 *Jalloh, supra*, noot 41, § 100.

46 Zie daarover nader, hoofdstuk 5, paragraaf 5.3.1.

47 EHRM 9 juni 1998, *Teixeira de Castro v. Portugal,* Reports 1998-IV, NJ 2001, 471, (m.nt. Kn), § 36.

> difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities (...)'.[48]

Een goede graadmeter voor de waardering van verschillende rechten zou mogelijk kunnen zijn – zulks was al aangeroerd in het inleidend hoofdstuk – de welke wijze het Hof schending daarvan waardeert in termen van de eerlijkheid van het bewijsgebruik. Bij toetsing aan dat kader worden ook de interne verhoudingen binnen rechten duidelijk zichtbaar: foltering leidt tot absolute bewijsuitsluiting, wrede en onmenselijke behandeling niet.[49] Art. 8 EVRM schendingen zijn categoraal zwak in het bewijsgebruikkader en bij schendingen van art. 6 EVRM opsporingsnormen is weer een onderscheid te zien. Schending van het zwijgrecht en de participatienorm is onderhevig aan een absolute uitsluitingsregel. Schending van het *nemo tenetur*-beginsel heeft niet dat effect, net als beperkingen op informatierechten en het recht op tegenspraak bij het gebruik van verschillende, risicovolle getuigenverklaringen. In de rechtspraak is ook geen algemene lijn te ontwaren in verband met de vraag op impliciete rechten zwakker zijn dan expliciete rechten. Het zwijgrecht en de participatienorm zijn impliciet (zij betreffen negatieve verplichtingen), het recht op de oproeping en ondervraging van getuigen is expliciet (en kan mede als een positieve verplichting worden opgevat). Daaruit volgt evenwel niet dat impliciete rechten als categorie sterker werken. Schending van andere impliciete rechten als het *nemo tenetur*-beginsel (een negatief verbod), of het recht op interne openbaarheid (ook mede op te vatten als positieve verplichting) behoeft niet te leiden tot bewijsuitsluiting.

In het kader van het recht op een eerlijk bewijsgebruik aangebrachte onderscheiden effecten wijzen aldus niet per se op de *algemene* waardering van een bepaald recht, maar op de *betekenis van een schending daarvan, in termen van de eerlijkheid van de strafvervolging*. Dat een privacyschending niet doorwerkt in de strafvervolging, wil niet zeggen dat het niet gaat om een ernstige privacyschending. Daaraan doet niet af dat de in het bewijsgebruikkader aangebrachte onderscheidingen, vooral in dit onderzoek, waar het juist om het eerlijk-procesperspectief gaat, wel bruikbare aanknopingspunten biedt. Immers laat de differentiatie in effecten op de eerlijkheid van het bewijsgebruik van verschillende typen normschendingen wel een (hiërarchische) ordening zien in termen van *strafvorderlijke* betekenis.

Wat kan er in dat verband worden gezegd over de hiërarchische positie van het recht op een eerlijk bewijsgebruik zelf? Gesteld is reeds dat het Hof, door (in ieder geval in woord, zo niet in daad) vast te houden aan een *deferential* attitude, de grenzen van dat recht vloeiend houdt. Dat wijst echter niet op een ondergeschikte betekenis. Terughoudendheid is, vanwege de feitelijke beperkingen die samenhangen met de normering van het bewijsrechtelijk

48 *Edwards en Lewis v. Het Verenigd Koninkrijk, supra*, noot 38, § 53.
49 EHRM 30 juni 2008, *Gäfgen v. Duitsland*, Appl.nr.: 22978/05.

rechtsterrein, noodzakelijk. Als daaraan kan worden toegevoegd dat soms capaciteitsproblematiek[50] ten grondslag kan liggen aan keuzes om op bepaalde terrein minder actieve inmenging te betrachten, is er minder aanleiding aan de terughoudendheid van het Hof kwalitatieve conclusies te verbinden.[51]

Het recht op een eerlijk bewijsgebruik is evenwel niet absoluut, in die zin dat de verdachte er aanspraak op maakt dat al het bewijs even zorgvuldig wordt verwerkt (door verzet toe te staan, minima te hanteren en het gebruik bijzonderlijk te motiveren, laat staan dat bij elke eerlijkheidsrisico, het bewijs wordt uitgesloten). Of zij al dan niet is geschonden is afhankelijk van verschillende factoren: welke eerlijkheidsrisico aan het bewijs kleeft, hoe de rechter daarmee is omgegaan. Moeilijk denkbaar is evenwel dat een proces eerlijk kan zijn indien toetsing en verwerking op de geïndiceerde wijze geheel achterwege blijft bij het gebruik van problematisch bewijs. Aldus lijkt dit recht, toch een absoluut karakter te hebben in de zin dat aan bepaalde bewijsmiddelen klevende eerlijkheidsrisico's hoe dan ook dienen te worden gecompenseerd. In zoverre lijkt dit – zelf ruime en diffuse recht – op de algemene eerlijkheidseis zelf: '(w)hile the right to a fair trial under Article 6 is an unqualified right, what constitutes a fair trial cannot be the subject of a single unvarying rule but must depend on the circumstances of the particular case'.[52] De invulling van de eerlijkheid – ook van het bewijsgebruik – kan variabel zijn, de eerlijkheidseis zelf is absoluut.

2.2.3.2 Margin of Appreciation bij art. 6 EVRM

De bijzondere structuur van art. 6 EVRM (die samenhangt met het ontbreken van een uitdrukkelijke beperkingsclausule, de grote variatie van de daarin vervatte (impliciete en expliciete) rechten en de gemengde positieve en negatieve karakter van eerlijk-proces-normen) maakt dat het moeilijk is het relatieve

50 M. Kuijer, a.w., p. 49. Zie in dat verband ook Schalken, die in verband met het feit dat het Hof zich, via de bewijsuitsluitingsregel, inmenging in integriteitsbewaking in het strafvorderlijk onderzoek tot taak heeft gesteld, opmerkt dat: '(d)at gezichtspunt (...) op zichzelf juist (is) en (...) een onderdeel (vormt) van het rechtsstatelijk eisenpakket. Aan de andere kant: als overheidsethiek een maatstaf voor het EHRM wordt, dan zijn er op Europees niveau nog heel wat veroordelingen in Straatsburg te verwachten. Of dat een uitnodiging is om de subsidiekraan bij de aangesloten landen verder open te zetten?' Noot van Schalken bij *Jalloh, supra,* noot 41.

51 Terecht acht Kuijer de kritiek van Macdonald in dat verband dat: 'if the Court given as its reason for not intervening simply because that the decisions is within the margin of participation of the national authorities, it is really providing no reason at all but merely expressing its conclusion not to intervene, leaving observers to guess the real reasons which it failed to articulate'. R.St. J. Macdonald, The Margin of Appreciation, in: R.St.J. Macdonald, F. Matscher/H. Petzold (Red.) The European system for the protection of human rights, Dordrecht, Nijhoff, 1993, p. 85, zoals aangehaald bij M. Kuijer, a.w., p. 50.

52 EHRM 29 juni 2007, *O' Halloran en Francis v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nrs.: 15809/02 en 25634/02, (GC), § 53.

gewicht van het eerlijk-proces-recht, maar vooral dat van de deelrechten (onderling), te beoordelen. Inzicht daarin is wel belangrijk, daar het gewicht van een recht bepalend zal zijn voor de reikwijdte ervan. Een nadere factor die eveneens bepalend is voor de reikwijdte, maar die niet noodzakelijkerwijs betekenisvol is voor de hiërarchische waardering van een recht, is de mate waarin het Hof het aan de discretie van nationale overheden laat invulling te geven daaraan. Dat laatste punt is hierboven reeds genoemd.

Naarmate een verdragsverplichting meer positief van aard is, des te vrijer lidstaten zijn in het maken van keuzes in de wijze waarop zij dienen te worden verwezenlijkt. Bij de interpretatie van de verdragsrechten kunnen de verdragsverplichtingen restrictief worden gehouden, ofwel door een (brede) lezing van de marges die aan nationale overheden toekomen bij de vervulling van bepaalde (algemeen gestelde) verdragseisen ofwel door de een houding van *deference* aan te nemen op bepaalde punten. Beide werkwijzen komen in principe op hetzelfde neer: het Hof laat, binnen bepaalde grenzen, de concrete uitwerking van verdragsrechten over aan nationale overheden. Het verschil tussen de twee modaliteiten is daarin gelegen dat bij de tweede optie de *margin of appreciation* doctrine niet uitdrukkelijk wordt aangehaald.

Algemeen geldt bij de, binnen democratische samenlevingen als 'fundamenteel' en 'prominent' gekenmerkte *due process* rechten in het verdrag, dat beperkingen daarop onderworpen worden aan een '*narrow*' en '*strict*' interpretatie.[53] '*Strict scrutiny*' correspondeert in dit verband met het principe van 'effectieve' interpretatie, namelijk dat '(t)he Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective'.[54] De schaarste aan uitspraken waarin in verband met *due process* rechten expliciet wordt gerefereerd aan een *margin of appreciation* kan ook aldus worden geïnterpreteerd: '(...) as supporting the tendency of the Strasbourg organs tightly to calibrate the ambit of national discretion'.[55]

Binnen de context van art. 6 EVRM wordt de *margin of appreciation* doctrine vooral uitdrukkelijk toegepast ten aanzien van het recht op toegang tot gerechten.[56] De regels ten aanzien van de *admissibility* van bewijs vormen een goede illustratie van de tweede beperkingsvariant. Het Hof roept daarbij de *margin of appreciation* doctrine niet uitdrukkelijk in, maar stelt wel dat de kwestie van de *admissibility* van bewijs in principe aan nationale overheden dient te worden overgelaten. Het effect is dat het Hof terughoudend kan zijn in de uitwerking

53 Y. Arai-Takahashi, a.w., p. 227.
54 Ibidem.
55 Ibidem.
56 Zie daarover: paragraaf 2.5.2.

van normering, evenals dat mogelijk zou zijn geweest wanneer het Hof de *margin of appreciation* doctrine wél expliciet zou hebben ingeroepen.[57]

De *margin of appreciation* doctrine en 's Hof's meer algemene proclamaties van terughoudendheid doctrine onderstrepen het subsidiaire karakter van het verdrag, aldus Kuijer: het is in de eerste plaats aan nationale overheden tot verwezenlijking van de verdragsverplichtingen te komen.[58] Nationale overheden zijn ook (vooral op bepaalde terreinen), gelet op nationale eigenaardigheden, beter in staat te beoordelen wat de meest geëigende manier is om verdragsverplichtingen te effectueren. Dat geldt in sterkere mate naarmate Europese consensus bestaat ten aanzien van bepaalde materie.[59]

Toekenning van een brede marge of het innemen van een terughoudende opstelling bij een bepaald recht duiden niet op een ondergeschikte daarvan: aan nationale overheden wordt niet overgelaten te kiezen óf een verdragsrecht dient te worden verwezenlijkt. Overheden hebben wel meer ruimte om zelf te kiezen voor een bepaalde wijze van verwezenlijking. Nationale overheden kunnen zich dus bij grotere eigen discretie meer permitteren, zolang de verdragsminima worden behaald. Het Hof concretiseert de verplichtingen niet door zelf zeer specifieke voorwaarden te stellen.

De *margin of appreciation* doctrine en (minder uitgesproken) terughoudend van het Hof staat aldus toe dat recht wordt gedaan aan de bijzondere context van de nationale rechtsorde. Ervan uitgaande nu dat in art. 6 EVRM, naast een aantal door het Hof goed geconcretiseerde normen, vooral wordt geëist dat aan bepaalde, positieve eerlijkheidsinspanningen wordt voldaan, brengt dat met zich mee dat tamelijk veel ruimte bestaat voor een eigen, op de kenmerken van de eigen rechtsorde toegespitste invulling van de die verplichtingen. Voor het recht op een eerlijk bewijsgebruik brengt dat met zich mee dat hoe het doel van het recht – het garanderen van de probiteit van de einduitspraak, mede in het licht van normschending bij bewijsverkrijging – wordt verwezenlijkt, in bepaalde mate open kan worden gelaten. Ofwel, andere mechanismen dan die door het Hof worden benut zijn ook acceptabel, zolang maar aan de

57 Zie de *joint dissenting opinion* van rechters Ress, Pellonpää, Baka en Sikuta bij *Jalloh*, *supra*, noot 41: '(...) we would like to stress our agreement with the principle, enunciated notably in Article 15 of the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman ore Degrading Treatment or Punishment, that incriminating evidence obtained as a result of torture should never be admitted as evidence against the victim (...). On the other hand, any extension of this principle to cover other violations of the Convention – and this judgment is a step in that direction – calls for caution. The case-law according to which the admissibility of evidence is primarily a matter for regulation under domestic law (...) is an important expression of the principle of subsidiarity, exceptions to which should be construed narrowly'. Omdat de meerderheid in Jalloh '(...) expressly left open the general question whether evidence obtained by an act qualified as inhuman and degrading treatment (but not torture) automatically renders a trial unfair (...)', achtten zij het niet noodzakelijk verder op dat punt in te gaan.

58 M. Kuijer, a.w., p. 49, in verband met de *margin of appreciation* doctrine.

59 Ibidem.

minima van het eerlijk bewijsgebruikkader zelf wordt voldaan. Die minima zijn dan dat via bepaalde typen normschending verkregen bewijs in het geheel niet wordt toegelaten tot de bewijsvoering en dat in ieder geval wordt getoetst welke gevolgen overigens dienen te worden gekoppeld aan normschending. Hoe dat laatste precies wordt bewerkt kan dan afhankelijk zijn van de nationale processtructuur. Denkbaar is in dat verband dat in een bepaalde rechtsorde, waar de rechter vanouds een niet-lijdelijke rol heeft[60] en de verdediging niet bijzonder sterk of actief is, aan het gegeven dat de verdediging (in theorie) de gelegenheid had, via de uitoefening van adversaire procesrechten, bewijsgebruik te wraken, minder herstellende werking kan worden toebedeeld dan in een systeem waarin de procesrollen anders zijn. Alternatieve compensatiemechanismen (verlies van het vervolgingsrecht bij ernstige normschending in plaats van bewijsuitsluiting, compensatie via strafvermindering, strikte wettelijke regeling van het bewijsrecht of juist aangezette motiveringseisen), kunnen acceptabel zijn, zolang het eerlijkheidsdoel wordt behaald.

Waar het Hof geen ruimte ziet voor een eigen nationale invulling van normen, is het Hof daarin ook duidelijk en verwijst niet naar nationale discretie. Bij deelrechten van art. 6 EVRM die vooral niet het karakter van positieve verplichtingen hebben, rept het Hof niet over een *margin of* appreciation en stelt zich niet terughoudend op bij de afwijzing van afwijkende intepretaties van 's Hofs eigen normen. Betekenisvol in de context van dit onderzoek is, dat bij opsporingsnormen in art. 6 EVRM zoals het zwijgrecht en die ten aanzien van participatie bij delicten veelal geen ruimte voor nationale invulling bestaat,[61] terwijl het Hof bij elke bespreking van de eerlijkheid van bewijsgebruik steeds een formule van terughoudendheid uitspreekt.

---

60 Zie Schalken, in zijn noot bij EHRM 27 februari 2001, *Lucà v. Italie*, Appl.nr.: 33354/96, NJ 2002, 101, m.nt. Sch.: '(i)n een actieve opstelling van de rechter komt het gematigde karakter van het Nederlandse accusatoire stelsel tot uitdrukking'.

61 Zie in verband met de strikte grenzen voor participatie en onjuiste opvattingen van de Russische overheid ter zake: EHRM 26 oktober 2006, *Khudobin v. Rusland*, Appl.nr.: 59696/00; NJCM-Bulletin, (2007), vol. 32 , nr. 5, p. 676-686, m.nt. Ölçer, §§ 132-137: '(i)n their observations the Government expressed the view that the question of the applicant's previous involvement in drug trafficking was irrelevant for the purposes of the criminal proceedings leading to his conviction. The fact that the police operation was documented in the prescribed way made it lawful, and, consequently, the ensuing proceedings were fair. (…). The Court cannot, however, accept this argument. Domestic law should not tolerate the use of evidence obtained as a result of incitement by State agents. If it does, domestic law does not in this respect comply with the "fair-trial" principle, as interpreted in the Teixeira and follow-up cases. (…). In sum, although in the present case the domestic court had reason to suspect that there was an entrapment, it did not analyse the relevant factual and legal elements which would have helped it to distinguish entrapment from a legitimate form of investigative activity. It follows that the proceedings which led to the applicant's conviction were not "fair". Accordingly, there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention'.

2.2.3.3 Algemene lijnen in de casuïstische rechtspraak

's Hofs toetsing wordt vooral niet in *abstracto* maar in *concreto* uitgevoerd. Zulks leidt wel tot de verzuchting dat wegens het casuïstisch karakter van de verdragsrechtspraak het moeilijk is daaruit algemene principes te distilleren. Binnen de marges van het verdrag is het Hof – wederom – vrij om zelf te bepalen in welke mate van abstractie toetsing wordt uitgevoerd.

> 'No provision of the Court compels the Court to decide on a strict case-by-case basis. This self-imposed restriction may have been a wise policy when the Court began its career, but it is no longer appropriate. A case-law that is developed on a strict case-by-case basis necessarily to uncertainty as to both the exact purport of each judgment and the precise contents of the Court's doctrine (...). (N)ational authorities are obliged to seek guidance in its case-law. It is thus duty bound to see to it that this case-law meets the very same standards of clarity, precision and foreseeability by which the Court usually measures laws of member States in the field of fundamental rights and freedoms'.[62]

Kuijer, die meent dat deze argumenten van Martens sinds 1995 (toen Martens ze uiteenzette) nog meer aan validiteit hebben gewonnen,[63] ziet wel een positieve trend in de Straatsburgse uitspraken, namelijk dat het Hof tegenwoordig eerst een uiteenzetting doet van de algemene principes die het Hof van toepassing acht bij een bepaalde kwestie, voordat tot toetsing van die principes in de concrete zaak wordt overgegaan.[64]

> 'Perhaps the court is more willing to accept that the 'in concreto' doctrine needs to be reassessed. This trend can also be discerned in the debate on guaranteeing the long-term effectiveness of the Court. The Human Rights Commissioner has proposed the introduction of a new Article 33 bis ECHR regulating the power of the Commissioner to introduce a complaint to the Court against one or various High Contracting Parties in case of a serious issue of a more general nature'.[65]

Kijkend naar de bijzondere opsporingsrechtspraak van het Hof, valt inderdaad niet te miskennen dat het Hof zich bereid toont tamelijk vergaand te abstraheren van concrete problematiek. In *Jalloh*[66] heeft het Hof een overzicht gegeven van het eigen kader voor de beoordeling van de eerlijkheid van het bewijsgebruik. De uitspraak in *O' Halloran en Francis v. Het Verenigd Koninkrijk* bevat

---

62 *Dissenting opinion* van rechter Martens bij EHRM 26 april 1995, *Fischer v. Oostenrijk*, A, 312, zoals aangehaald door M. Kuijer, a.w., p. 65.
63 M. Kuijer, a.w., ibidem.
64 Ibidem, p. 66.
65 Ibidem, met verwijzing naar: CDD-GDR (2003) 027, 24 september 2003.
66 *Jalloh, supra,* noot 41, §§ 94-123.

een uitgebreide analyse van de eigen rechtspraak in verband met het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel.[67,68]

Dat wil evenwel niet zeggen dat ervan uit kan worden gegaan dat de verdragsrechtspraak thans ontdaan is van een casuïstisch karakter. Dat geldt vooral in de context van art. 6 EVRM. Daarin zijn het voorts niet alleen de feiten en omstandigheden van de concrete zaak die de uitspraak kleuren. (Vergaande) variatie in nationale processtructuren kan ook bepalend zijn voor de wijze waarop 's Hofs beoordelingen dienen te worden gelezen. Dat laatste hangt weer samen met de openheid van verschillende normen in het eerlijk-procesrecht. Bij meer diffuse normen in art. 6 EVRM wordt het casuïstisch karakter van de rechtspraak nader gecompliceerd door variaties in het nationale recht van de verschillende lidstaten. Zo kan een bepaalde omgang met bewijsrechtelijke aangelegenheden onacceptabel worden geacht in de context van één processysteem, maar onbezwaarlijk zijn bij een andere strafvorderlijke opmaak. Sommige normen (zoals het zwijgrecht en de participatienorm) kunnen juist als meer systeemoverstijgend worden opgevat. Feit blijft evenwel dat het casuïstisch karakter van art. 6 EVRM rechtspraak verder gecompliceerd wordt door het nationale recht van de desbetreffende lidstaat. Uitspraken worden niet alleen bepaald door de feiten en omstandigheden van een concrete zaak;

---

67 *O'Halloran en Francis v. Het Verenigd Koninkijk*, *supra*, noot 52, §§ 45-63. Die uiteenzetting heeft onmiskenbaar te maken met het feit dat in die uitspraak wordt gebroken met eerdere rechtspraak. Daaraan doet niet af dat het Hof opmerkelijk uitgebreid is in de uiteenzetting van de algemene principes, hetgeen overigens door rechter Borrego Borrego, in zijn *concurring opinion* bij die uitspraak, negatief wordt gewaardeerd: '(i)n my view, while the Court should always endeavour to draft its judgments in a simple and clear manner in order to make them easier to understand, a particular effort is called for where, as in the present case, the issue is one which affects hundreds of millions of citizens. The "wider public" becomes in this instance the "even wider public". It is true that the crucial component of a judgment is the operative provisions (the finding of a violation or no violation). However, in the present case, the route taken to arrive at the final result is, I believe, every bit as important. The present judgment sets out and explores in detail the Court's case-law concerning the right to remain silent and not to incriminate oneself. Eight cases are cited, all of which are placed on the same footing, with the result that all the issues concerned (terrorism, drug trafficking, road traffic offences and so on) are mixed up together. After an almost two-page-long citation from Jalloh, the Court attempts to justify its reasoning "[i]n the light of the principles contained in its Jalloh judgment" (paragraph 55). I believe that the Court is on the wrong track in the present case. This is made no less true by the fact that the circumstances of the Jalloh case are very different to those of the present case (paragraph 54) – something which, moreover, seems obvious to me – or by the fact that the examination of the Jalloh judgment (paragraph 55) is confined to just some of the principles set out therein. (...). In the instant case, citing the entire case-law on the right to remain silent and the privilege against self-incrimination and then applying the resulting principles in order to arrive at a conclusion which merely adds a further shade of nuance complicates matters for no good reason (...)'.

68 De (veelheid) van *dissenting* en *concurring opinions* bij beide voornoemde uitspraken geven nader inzicht in de aperte verschillen van mening die zich bij de *Grand Chamber* in deze twee zaken hebben voorgedaan.

zij worden ook (contextueeel) gekleurd door het eigen recht van de desbetreffende lidstaat.[69]

Zulks brengt met zich mee dat bij de waardering van de betekenis van uitspraken in de eigen rechtsorde, het niet alleen noodzakelijk is door de invloed van feitelijke casuïstiek te prikken, maar ook aandacht te hebben voor de mogelijkheid dat, dan wel wijze waarop, eigenaardigheden van het nationale recht van de lidstaat waartegen een uitspraak is gewezen, de uitspraak mede hebben beïnvloed. Iets anders is dat het Hof – bij een eventuele '*reassessment*' van de *in concreto* doctrine – ook oog heeft voor de implicaties van eigen uiteenzettingen – vooral waar het gaat om algemene principes – voor andere lidstaten dan die waartegen een uitspraak gewezen is. Waar het Hof relatieve keuzes maakt in beschermingsmodaliteiten is het aan het Hof dat duidelijk tot uitdrukking te brengen. Als beoogde bescherming ook op andere wijze kan worden verwezenlijkt die meer recht doet aan de kenmerken van het ander nationaal systeem, moet de verdragsrechtspraak die ruimte laten door bepaalde kaders niet als onvervangbaar te presenteren. De primaire verantwoordelijkheid om onverzoenbaarheden te signaleren en te transformeren naar het nationale recht, dient echter te worden gelegd bij de nationale lidstaat zelf. Daar zijn immers de beste inzichten te vinden omtrent het eigen systeem; van het Hof kan niet worden verwacht dat elke complexe uitspraak uitputtend wordt gemotiveerd in termen van verschillende typen rechtsstelsels.

2.2.3.4 Afhankelijkheid van het onderliggende procesconcept

Art. 6 EVRM vertegenwoordigt in het verdrag een unieke beschermingssfeer. Op het eerste gezicht lijkt het eerlijk-proces-recht niet een eigen, substantieve vrijheidssfeer te beschermen, maar (vooral) positieve verplichtingen voor overheden te scheppen de eerlijkheid te waarborgen bij geschillenbeslechting ten aanzien van andere, wel substantieve aangelegenheden. Dat geeft de bepaling een accessoir *aanzien*. Art. 6 EVRM echter is zeker niet accessoir. Enerzijds vertrekt art. 6 EVRM vanuit de gedachte dat de effectieve verwezenlijking van (andere) (mensen)rechten en belangen niet mogelijk is zonder dat ter zake bestaande geschillen via eerlijke procedures worden beslecht. Anderzijds wordt het begrip van eerlijkheid niet (alleen) bepaald door de omgang met andere (verdrags)rechten (of rechtsbetrekkingen) van de burger, doch door de omgang met de eigen materiële voorwaarden van art. 6 EVRM. Wat het

69 Zie in dat verband Schalken in zijn noot bij *Lucà v. Italië*, *supra*, noot 60, in de specifieke context van bewijsminima: '(z)o stelt het Hof de unus testis-regel niet in algemene zin ter discussie. Waar de unus testis-regel bestaat, zoals in Nederland, bekijkt het Hof slechts of die regel door de nationale rechters goed is toegepast' (met verwijzing naar: EHRM 9 november 1999, *L.N. v. Nederland*, Appl. No. 39024/97 en E. Myjer in NJCM-bulletin 2000/3, p. 794). 'Waar het unus testis-verbod niet bestaat, zoals in Italië, gaat het Hof van die situatie uit, maar ziet het daarin wel een extra reden om zware eisen te stellen aan de gelegenheid die de verdediging al of niet heeft gehad zijn ondervragingsrecht uit te oefenen'.

onderwerp van het geschil ook is, als de beslechting daarvan valt onder het bereik van art. 6 EVRM, dient die beslechting te verlopen op een in de bepaling gedicteerde wijze. Dat is nu de substantiële inhoud van art. 6 EVRM: die inhoud strekt ertoe kwaliteitseisen te stellen aan procedures die onder bescherming van de bepaling kunnen worden gevat.[70]

Daaraan doet echter niet af dat de substantie van art. 6 EVRM een fundamenteel ander karakter heeft dan die van andere verdragsrechten. De vrijheidsrechten onder de artikelen 8 t/m 11 EVRM omkaderen zelfstandig vrije beschikkingssferen van de burger, waarop alleen onder voorwaarden een inbreuk kan worden gemaakt. Zelfstandig wil zeggen: het bestaan van het recht is niet afhankelijk van het intreden van een bepaalde situatie. Voor zover het recht wordt erkend, is het permanent in werking. Het eerlijk-proces-recht omkadert ook een beschermingswaardige sfeer, maar deze heeft geen zelfstandig bestaan, los van een (onder het bereik van de bepaling vallende) procedure. Het eerlijk-proces-recht wordt alleen geactiveerd in geval een dergelijke procedure is geëntameerd[71] en heeft daarbuiten geen eigen betekenis. Daarin is het eerlijk-proces-recht volledig afhankelijk van de onderliggende procedure: als er geen procedure is, is er geen recht op eerlijkheid daarvan. Die afhankelijkheid brengt ook met zich mee dat de inhoud van art. 6 EVRM ook wordt bepaald door de aard en opmaak van de procedures waarop het betrekking heeft. De eisen van het recht zijn immers toegespitst op een bepaald basisidee omtrent de inrichting van het proces. Daaruit volgt weer dat het recht ook bijzonder gevoelig is en vatbaar voor veranderingen in dat onderliggend procesconcept. Wanneer veranderingen optreden in dat basisconcept – en het eerlijk-proces-recht volgt die ontwikkeling niet – ontstaat het gevaar van een verlies van aansluiting tussen art. 6 EVRM en de procedures die het beoogt te beschermen. Te grote

---

70 De bepaling is niet accessoir in dezelfde zin als art. 13 EVRM, waarin het recht op een effectieve remedie is vervat. Die laatste bepaling is immers alleen van toepassing waar sprake is van een geschil ten aanzien van een ander verdragsrecht. Art. 6 EVRM kent die beperking niet: alle procedures die kunnen worden vervat onder de door de bepaling beschermde categorieën dienen te voldoen aan de eisen van eerlijkheid. Daarenboven gaan de eerlijkheidseisen van art. 6 EVRM veel verder dan die van art. 13 EVRM. Zo is de *rechterlijke* remedie in art. 6 EVRM verplicht gesteld, terwijl die bepaling ook nadere eisen stelt ten aanzien van de verdere inrichting van de in art. 6 EVRM beschermde procedures. Art. 13 EVRM geldt overigens als een *specialis* van art. 6 EVRM: '(a)rticle 13, as a more general guarantee, does not apply in cases where the more specific guarantees of Article 6 are in operation, Article 6 being the lex specialis in relation to Article 13 and absorbing its requirements'. Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 21 januari 2003, *Drury e.a. v. Het Verenigd Koninkrijk,* Appl.nr. 29999/02. Art. 13 EVRM heeft daardoor een soort van vangnetfunctie voor geschillenbeslechting ten aanzien van verdragsrechten die buiten de beschermingssfeer van art. 6 EVRM valt. Zie in algemene zin over art. 13 EVRM: T. Barkhuysen, Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten, Diss. UL, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1998.

71 Als er ten onrechte geen procedure bestaat, wordt het recht dan geactiveerd doordien het recht op toegang is belemmerd: er had een art. 6 EVRM conforme procedure moeten zijn voor de beslechting van een bepaald geschil.

discrepanties kunnen uiteindelijk opleveren dat de eerlijk-proces-eisen hun beoogde werking – de bevordering van de eerlijkheid – niet meer kunnen verwezenlijken. Zij hebben dan geen beschermende werking meer, omdat de opmaak van het proces zodanig is veranderd dat die eisen niet meer relevant zijn.

Dat het Hof bij veranderingen in de opmaak van strafvorderlijke structuur zich bereid heeft getoond art. 6 EVRM op een daarop toegesneden wijze te interpreteren, ondersteunt nader het standpunt dat de inhoudelijke uitwerking van het eerlijk-proces-recht als secundair aan het eerlijkheidsdoel zelf dient te worden opgevat. Dat het eerlijkheidsdoel wordt bereikt is kardinaal, structurele veranderingen in onderliggende procedures kunnen de concrete uitwerking van het eerlijk-proces-rechten flexibel maken. De deelrechten zijn dienstig aan de eerlijkheidsnotie.

De precieze inhoud van het eerlijk-proces-recht is aldus niet alleen variabel in verband met de eigen kenmerken van een nationaal strafvorderlijk systeem. Zij kan ook veranderlijk zijn onder invloed van ontwikkelingen in strafvorderlijke procesinrichting. In de actuele vormgeving van de bepaling zijn in het eerlijkheidsstreven de thans bestaande deelrechten benadrukt. Bij een geheel andere procesopmaak is denkbaar dat ook een geheel andere catalogus van deelrechten noodzakelijk zou kunnen zijn. Een recalibratie van de substantieve inhoud van het recht is derhalve steeds aan de orde waar (al te grote) discrepanties ontstaan.

Een zeer concrete illustratie van vergaande extensivering van het eerlijk-proces-recht in verband met de ontwikkeling van nieuwe processtructuren is te vinden in de rechtspraak van het EHRM ten aanzien van verschillende, disciplinair gemengde, *sui generis* (handhavings)procedures, die niet zondermeer aansluiten bij de twee (klassieke) 'hoofden' van art. 6 EVRM.[72] Problematisch zijn in dit verband de tuchtrechtelijke of disciplinaire procedures waarin het Hof onvoldoende aanleiding heeft gevonden om deze uit te sluiten van de zware bescherming die verplicht is gesteld bij de strafvervolging.[73] Het

72 'The Court is master of the characterisation to be given in law to the facts of a case and is not bound by the approach taken by an applicant or government'. EHRM 19 februari 1998, *Guerra e.a. v. Italië*, Reports 1998-I, § 44; EHRM 5 jail 2001 (Final: 12 december 2001) *Phillips v. Het Verenigd Koninkrijk*, Reports of Judgments and Decisions 2001-VII. Aldus het Hof, in een inmiddels welbekende ferme uitdrukking van de eigen autonomie, bij de kwalificatie van bijzondere procedures.

73 Meestentijds spelen bij dergelijke procedures noties als die van de *Immanente Schranken* of *Sonderstausverhaltnis,* waarbij er van wordt uitgegaan dat die procedures anders kunnen worden ingericht dan 'reguliere' punitieve trajecten, vanwege de bijzondere status of hoedanigheid die toekomt aan de betrokkene, of vanwege de bijzondere omstandigheden waarin hij zich verkeert. Gedacht moet worden aan het militair tuchtrecht of de detentiesituatie. Zie daarvoor onder andere: EHRM 8 juni 1976, *Engel e.a. v. Nederland,* Series A no. 22; EHRM, 28 juni 1984, *Campbell and Fell v. Het Verenigd Koninkrijk,* Series A nr. 80; EHRM 8 oktober 2003, *Ezeh en Connors* v. Het Verenigd Koninkrijk, Appl. nrs.: 39665/98 and 40086/98.

Hof heeft art. 6 EVRM ook van toepassing geacht op bestuurlijke sanctioneringstrajecten[74] die, de op (kostenbesparende) decriminalisering doelende inspanningen van nationale overheden ten spijt, door het Hof toch onder de noemer van de strafvervolging zijn gebracht.[75] Art. 6 EVRM is ook – in ieder geval ten dele – van toepassing bij verschillende civiel-strafrechtelijk gemengde schadevergoedingsprocedures volgend op een niet veroordelend strafrechtelijk vonnis, gevoerd door slachtoffers, nabestaanden of gewezen verdachten.[76] Zichtbaar worstelt het Hof bij het geven van een plaats aan al die nieuwe procesmodaliteiten die, juist wegens hun verscheidenheid, slecht aansluiting vinden bij de klassieke indelingen – de civiele[77] en strafrechtelijke hoofden – van art. 6 EVRM. Toch passeert het Hof de ontwikkeling van deze nieuwe procedures niet, al vergt dat de ontwikkeling van verschillende typen kwalificatiecriteria.

Indien het Hof niet bereid zou zijn geweest de realiteit van handhaving in de nationale lidstaten mee te nemen in de beoordeling van de toepasselijkheid van art. 6 EVRM, was de Europese burger belangrijke bescherming onthou-

74 Zie vooral: EHRM 25 januari 1984, *Öztürk v. Duitsland*, Appl.nr.: 8544/84; EHRM 24 februari 1994, *Bendenoun v. Frankrijk,* A, 284. In Nederland heeft deze rechtspraak van het EHRM onder andere geleid tot een algemene herziening van het fiscale boeteprocesrecht in de Algemene Wet Inzake Rijksbelastingen en de inrichting van een art. 6 EVRM-conforme boeteprocedure in de nog in te voeren Vierde Tranche van de Algemene Wet Bestuursrecht.

75 Het Hof acht art. 6 EVRM ook van toepassing op procedures ter ontneming van wederrechtelijk voordeel. Aanvankelijk leek achtte het Hof alleen art. 6 lid 1 EVRM van toepassing bij die laatste categorie. In EHRM 1 maart 2007, *Geerings v. Nederland*, Appl.nr.: 30810/03, NJ 2007, 249, m.nt. M.J. Borgers, heeft het Hof in verband met een Nederlandse ontnemingsprocedure, een schending van art. 6 lid 2 EVRM vastgesteld.

76 Zie: EHRM 11 februari 2003, *Ringvold v. Noorwegen*, Appl.nr.: 34964/96; EHRM 11 februari 2003, *Hammern v. Noorwegen*, Appl.nr.: 30287/96; EHRM 11 februari 2003, *O. v. Noorwegen*, Appl.nr.: 29327/95; EHRM 11 februari 2003, *Y. v. Noorwegen*, Appl.nr.: 36568/00; ; EHRM 3 oktober 2002, *Böhmer v. Duitsland*, Appl. nr.: 37568/97. EHRM 11 februari 2003.

77 P.van Dijk/F. van Hoof/A. van Rijn/L. Zwaak (Red.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2006, Vierde druk, p. 514-539. ie in verband met de (belangrijke) uitsluiting van bescherming vanuit art. 6 EVRM van de belastingheffing- of navorderingsprocedures, ibidem, p. 528-529 en *Ferrazzini v. Italië,* EHRM 12 juli 2001, Reports of Judgements and Decisions, 2001-VII, § 24 en de Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 16 september 2004, *Günter Remy e.a. v. Duitsland,* Appl. nr.: 70826/01. Het Hof erkend dat het karakter van de fiscale procedure aan bepaalde ontwikkelingen onderhevig is, doch acht die niet van dien aard dat zij moeten leiden tot een omgaan in verband met kwalificatie van die procedure.

den. Bij gratie van de evolutieve interpretatie[78] bleef art. 6 EVRM niet achter op de ontwikkelingen.[79]

Datzelfde geldt voor de uitbreiding van de werkingssfeer van art. 6 EVRM naar het vooronderzoek. Naarmate het vooronderzoek belangrijker wordt, des te pertinenter dat bescherming reeds in die fase intreedt. Ook in dit verband heeft het Hof art. 6 EVRM mee laten ontwikkelen. Het Hof laat art. 6 EVRM op verschillende wijzen in het strafvorderlijk vooronderzoek werken. Erkend wordt in de rechtspraak dat de verwezenlijking van bepaalde eerlijk-procesrechten ter zitting niet mogelijk is, tenzij zij reeds in het vooronderzoek kunnen worden uitgeoefend. Andere (ingelezen) normen kunnen feitelijk *alleen* betrekking hebben op het opsporingsonderzoek. Het stellen van eisen in verband met de beoordeling van de eerlijkheid van het bewijsgebruik, gelet op de wijze van bewijsverkrijging in het vooronderzoek, ziet, al is dat via een omweg, uiteindelijk ook op probiteitsbewaking in het vooronderzoek. Bezien als reactie op voorgelegde (bijzondere) opsporingsproblematiek, moet deze extensieve rechtspraak mede worden begrepen in termen van veranderende strafvorderlijke structuren. De inhoud van het eerlijk-proces-recht is beïnvloed door de ontwikkeling van de (bijzondere) opsporing.

Art. 6 EVRM is aldus een sterk voor evolutie vatbare verdragsbepaling. Niet alleen moet dit, vergaand met *common law due process* noties verweven, recht acclimatiseren aan de heterogene – doch ook door *civil law*, inquisitoire procestradities beheerste – Europese context. Feitelijke veranderingen in strafvorderlijke structuur die zich mogelijk, net als de bijzondere opsporing, Europabreed voordoen, kunnen nog verdergaande effecten hebben op de inhoud van art. 6 EVRM. De context die het eerlijk-proces-recht bestrijkt, staat veelvuldig bloot

78 Aan de toepassing van evolutieve, of dynamische interpretatie ligt de gedachte ten grondslag dat de standaarden van de Conventie niet statisch zijn, maar sociale veranderingen reflecteren, hetgeen met zich meebrengt dat contemporaine realiteiten en attitudes, dus niet de ten tijde van de opstelling van het verdrag geldende situatie, worden meegewogen in de oordeelsvorming van het Hof.

79 Clayton en Tomlinson geven de volgende opsomming van procedures die niet onder het bereik van art. 6 EVRM vallen: die met betrekking tot de toevoeging van een advocaat, de beoordeling van gemaakte proceskosten, de intrekking van een voorwaardelijke straf, een gratieverzoek, voorwaardelijke vrijlating, de kwalificatie van een gedetineerde en betaling voor arbeid verricht in detentie of de registratie van een delict, vallen niet onder de bescherming van art. 6 EVRM. Zie respectievelijk: ECRM, *X. v. Het Verenigd Koninkrijk*, (1982), 5 EHRR 273; ECRM, *X. v. Duitsland*, (1971), 39 CD 20; ECRM, *X. v. Duitsland*, (1967), 25 CD 1; ECRM, *X. v. Oostenrijk* (1961), 8 CD 9; ECRM, *X. v. Oostenrijk*, (1966), YB 112 en *Aldrian v. Oostenrijk* (1990) 65 DR 337; ECRM, *X. v. Het Verenigd Koninkrijk* (1979) 20 DR 202; ECRM, *Detained Persons in Germany* (1968) 11 YB 528; ECRM, *X. v. Duitsland* (1960) 3 YB 254, opgesomd en aangehaald in: R. Clayton/H. Tomlinson, a.w., p. 74-75. Berucht is de uitsluiting ten slotte, van de bescherming van art. 6 EVRM van de interne uitleverings-, en vermoedelijk ook de overleveringsprocedure. Zie o.a.: ECRM 18 december 1963, 1918/63, Yearbook 6 (1963) p. 484, 492; ECRM 14 december 1970, 4247/69, CD p. 36, 73, 75; ECRM 15 december 1983, 10227/82; ECRM 7 maart 1991, 17518/90; EHRM 18 april 2002, *Aronica v. Duitsland*, Appl.nr.: 72032/01.

aan ontwikkeling; het eerlijk-proces-recht moet derhalve als *'living instrument'* steeds gelijke tred houden. Onvermijdelijk is dat dit recht daardoor mutaties ondergaat, hetgeen blijkens de ten aanzien van deze bepaling bestaande evolutieve rechtspraak zich inderdaad voordoet.

Twee aandachtspunten zijn daarbij van belang. In de eerste plaats kan er, gelet op ontwikkelingen in moderne strafvorderlijke structuren, niet steeds van worden uitgegaan dat het Hof kan (of dient te) lopen bij het ontwerpen van aangepaste kaders. Het Hof is voorts afhankelijk van het aanbod van zaken uit de lidstaten zelf, bovendien blijft de verdragsrechtspraak, zoals hierboven opgemerkt, sterk beperkt door (systeemgebonden) casuïstiek. Het Hof kan wel onderkennen dat zich belangrijke verschuivingen voordoen in strafvorderlijke rechtsordes, maar kan niet ver buiten de grenzen van een zaak treden om algemene aanwijzingen geven in verband met implicaties van structurele ontwikkelingen voor de verdragskaders. Waar er indicaties zijn dat kaders verschuiving behoeven omdat een strafvorderlijke context fundamenteel is veranderd, is aldus eigen nationale alertheid aangewezen. In de tweede plaats dient ook steeds kritisch te worden gekeken naar de keuzes van het Hof in het licht van structurele veranderingen. Welke opties biedt het verdrag, selecteert het Hof wel de – voor een bepaalde rechtsorde – meest aangewezen (aangepaste) beschermingsmodaliteit? Wanneer dient er bovendien van uit te worden gegaan dat de grenzen van art. 6 EVRM zijn bereikt, en dat bepaalde noodzakelijk bescherming alleen nog kan worden bewerkt door aanpassing van (of toevoeging aan) het verdrag? Duidelijk zal zijn dat die laatste vragen aan belang winnen waar interpretaties van het Hof niet (alleen) voortvloeien uit de notie dat art. 6 EVRM op een bepaalde wijze dient te worden gelezen vanuit een bredere – bestaande – notie omtrent eerlijke procesvoering, maar reacties zijn op structurele veranderingen in strafvorderlijke systeem. Het is iets anders wanneer het Hof het recht op toegang tot de rechter inleest als een niet te verwaarlozen, essentieel en oorspronkelijk aspect van het eerlijk proces, dan wanneer het Hof in art. 6 EVRM grenzen inleest voor het optreden van undercoveragenten. Het Hof handelt in die laatste situatie vanuit een minder sterke basis, dergelijke keuzes dienen kritisch te worden benaderd.

2.3 Reikwijdte van de bescherming van art. 6 EVRM in de tijd; begin en einde van de bescherming bij een strafvervolging

Historische context, structuur, inhoud en afhankelijkheid van (veranderingen in) de procescontext waarin het werkzaam dient te zijn, maken art. 6 EVRM tot een complexe en variabele verdragsbepaling. Het Hof stelt zich ook niet terughoudend op bij de interpretatie van art. 6 EVRM, hetgeen tot vergaande extensivering van de bepaling heeft geleid. Die verruimingen zijn soms te verklaren vanuit een breder concept ten aanzien van eerlijke procesvoering die aan de verdragsbepaling ten grondslag ligt. Andere toevoegingen moeten

worden geacht te volgen uit veranderingen in strafvordering die nieuwe typen van bescherming noodzakelijk hebben gemaakt.

Die aspecten van het eerlijk-proces-recht die hier als verdragsnormen voor de bijzondere opsporing zijn benoemd, behoren vooral tot die laatste categorie. Het zwijgrecht is door het Hof eerst weliswaar ingelezen als – reeds bestaande – noodzakelijk onderdeel van eerlijke procesvoering, de verruiming daarvan buiten de formele verhoorsituatie hangt samen met de ontwikkeling van de heimelijke bijzondere opsporing. De participatienorm is, evenals de methoden waarbij zij aan de orde is, volstrekt innovatief. In de standaardformulering waarmee het Hof elke beoordeling van de eerlijkheid van bewijsgebruik inleidt, is eveneens deze uit feitelijke veranderingen ingegeven noodzaak te lezen. Art. 6 EVRM bevat in principe geen regels omtrent toelaatbaarheid van bewijs, maar waar bewijsverkrijging en –gebruik nieuwe implicaties met zich meebrengen voor de eerlijkheid, is het Hof bereid zich actiever op te stellen.

Onderkend dient te worden dat het Hof bij dergelijke toevoegingen niet steeds kan teruggrijpen naar reeds bestaande noties omtrent eerlijke procesvoering. Het Hof creëert hier nieuwe eisen die mogelijk wel zijn gebaseerd op – in bepaalde rechtsordes – reeds gangbare normen en mechanismen, maar die in principe, in 's Hof's uitwerking daarvan, vreemd zijn voor alle lidstaten. Niet alleen dienen dergelijk keuzes te worden beoordeeld op hun geschiktheid binnen verschillende nationale rechtsordes, maar ook op hun geschiktheid in objectieve zin. De keuzes van het Hof in verband met het zwijgrecht, de participatienorm en voor het recht op een eerlijk bewijsgebruik als handhavingsmechanisme worden in de hiernavolgende hoofdstukken uitgebreid besproken.

In dit algemene hoofdstuk is ruimte om in meer abstracte zin in te gaan op het aanpassingsvermogen van art. 6 EVRM. Hoe flexibel is het eerlijk-procesrecht? Hoe gevoelig is het eerlijk-proces-recht voor meer subtiele (doch cruciale) veranderingen in de procesrealiteit? Ter nadere bezinning op die vragen wordt in dit paragraaf nader ingegaan op de wijze waarop het Hof art. 6 EVRM heeft uitgebreid naar het vooronderzoek. In het volgende paragraaf wordt bezien in hoeverre art. 6 EVRM bescherming kan bieden in het licht van effecten die bijzondere opsporing heeft op de informatierechten van de verdachte. In beide gevallen wordt mede beoogd aan te geven hoe de hierboven aangeroerde overige, bijzondere kenmerken van art. 6 EVRM (de affiniteit met de *common law* adversaire, procesmodaliteit, de unieke structuur van de bepaling, de (daarmee samenhangende) interpretatievrijheid en de systeemgebonden casuïstiek), zich manifesteren in de rechtspraak.

2.3.1 Accent op het onderzoek ter terechtzitting

Voor zover zij inhoudelijk aan de orde zijn, zijn alle deelrechten onverkort van toepassing bij het onderzoek ter terechtzitting. Aldaar kan discussie alleen

ontstaan in verband met de inhoudelijke strekking van de deelrechten zelf: hoever reikt het recht op getuigen, hoever reikt het recht op rechtsbijstand en dergelijke.

De uitbreiding van de bescherming naar de appelfase is voor de hand liggend, want trekt de bescherming in eerste aanleg door. Zolang nog aan de einduitspraak in eerste aanleg kan worden getornd, blijft de verdachte aanspraak maken op zijn procesrechten.[80] Die bescherming geldt ook in cassatie, ondanks dat in die fase veelal geen sprake is van feitelijke behandeling.[81] In die lijn ligt ook de uitbreiding zijwaarts, naar *sui generis* procedures die affinititeit hebben met de strafvervolging, in die zin dat daarin naar strafrechtelijke aansprakelijk wordt verwezen.[82]

De uitbreiding naar de (eigenlijke) strafvorderlijke voorfase, waarin procesvragen (zoals de aansprakelijkheidsvraag) nog niet worden beantwoord, is minder evident. Enerzijds lijkt bij die verruiming toch weer het eindonderzoek te worden benadrukt.

---

80 Dat betekent echter niet dat de bescherming in appel even sterk dient te zijn als in eerste aanleg.

81 *Delcourt v. België*, *supra*, noot 34, § 25: 'Judicial decisions always affect persons. In criminal matters, especially, accused persons do not disappear from the scene when the decision of the judges at first instance or appeal gives rise to an appeal in cassation. Although the judgment of the Court of Cassation can only confirm or quash such decision – and not reverse it or replace it – that judgment may rebound in different degrees on the position of the person concerned. He loses his status of a convicted person or, as the case may be, the benefit of his acquittal, at any rate provisionally, when a decision is set aside and the case is referred back to a trial court. A judgment in cassation sometimes has even more direct repercussions on the fate of an accused. If the highest court dismisses the appeal in cassation, the acquittal or conviction becomes final. If the Court of Cassation allows the appeal without ordering the case to be sent back, because, for example, the facts which led to the conviction do not constitute an offence known to the law (..), then by its own sole decision it puts an end to the prosecution. Furthermore, the term "bien-fondé", which is found in the French text of Article 6 para. 1 (...), refers not only to the accusation being well-founded in fact but also to its being well-founded in law. Thus, the supervision of validity which the Court of Cassation undertakes may lead it to hold that the lower courts, when examining the facts on which the charge was grounded, have acted in breach either of criminal law or of forms of procedure which are of an essential nature of are laid down on pain of nullity of the decision (...); at least in the first of these cases the prosecution proves to be undoubtedly unfounded. Even the literal interpretation put forward by the Government cannot, therefore, produce the result that proceedings in cassation lie completely outside the scope of Article 6 para. 1 (...). Besides, the Court notes that, in fact, the English text of Article 6 (..) does not contain any term equivalent to "bien-fondé"; it uses the much wider expression "determination of ... any criminal charge" (décision sur toute accusation en matière pénale). Thus, a criminal charge is not really "determined" as long as the verdict of acquittal or conviction has not become final. Criminal proceedings form an entity and must, in the ordinary way terminate in an enforceable decision. Proceedings in cassation are one special stage of the criminal proceedings and their consequences may prove decisive for the accused. It would therefore be hard to imagine that proceedings in cassation fall outside the scope of Article 6 para. 1 (...)'.

82 Zie *supra*, noot 76 en *Geerings v. Nederland*, *supra,* noot 75.

> 'Certainly the primary purpose of Article 6 as far as criminal matters are concerned is to ensure a fair trial by a "tribunal" competent to determine "any criminal charge", but it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings. (...) Other requirements of Article 6 – especially of paragraph 3 – may also be relevant before a case is sent for trial if and in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with them'.[83]

Ofwel, bepaalde rechten dienen reeds in de voorfase te worden gewaarborgd, *om* te garanderen dat zij *bij het eindonderzoek* kunnen worden geëffectueerd. Het eindonderzoek blijft aldus centraal staan.

Of 's Hofs kader voor de beoordeling van de eerlijkheid van het bewijsgebruik binnen die lijn moet worden opgevat, is niet eenduidig vast te stellen. Dat recht wordt feitelijk pas bij het eindonderzoek uitgeoefend.[84] Bewijsgebruik wordt in dat kader echter problematisch – vooral waar het gaat om via normschending verkregen bewijs – wegens iets dat zich in het vooronderzoek heeft voorgedaan. Het eerlijkheidrisico ligt daarentegen weer vooral in het bewijsgebruik bij het eindonderzoek. Weliswaar fungeert het recht op een eerlijk bewijsgebruik als verbindingsbrug tussen eind- en vooronderzoek: de bescherming van probiteit in het vooronderzoek blijft indirect. Anders bezien wordt de eerlijkheid van het vooronderzoek wél geraakt door normschending in het vooronderzoek: het recht op een eerlijkbewijsgebruik is in die zin ook weer op te vatten als een handhavingsmechanisme ten behoeve van het vooronderzoek. Het eindonderzoek wordt door het vooronderzoek beïnvloed, welke gevolgen aan normschending dienen te worden verbonden is weer afhankelijk van de omgang met het bewijs in het eindonderzoek. Soms is juist de gang van zaken in het vooronderzoek bepalend: bij normschendingen die ertoe leiden dat een absolute bewijsuitsluitingsregel wordt ingeschakeld, kan in het eindonderzoek niets meer worden gedaan om het bewijsgebruik toch eerlijk te maken.

Anderzijds laat de verdragsrechtspraak laat ook zien dat normschending in het vooronderzoek volledig los kan worden gekoppeld van het eindonderzoek. Zo kan het zwijgrecht ook geschonden zijn, zelfs indien daarop in het geheel geen strafvervolging plaatsvindt.

> '(...) there is no requirement that allegedly incriminating evidence obtained by coercion actually be used in criminal proceedings before the right not to incriminate oneself applies. In particular, in Heaney and McGuinness (...), it (het EHRM: FPÖ) found that the applicants could rely on Article 6 §§ 1 and 2 in respect of their conviction and imprisonment for failing to reply to questions, even though they were subsequently acquitted of the underlying offence. Indeed, in Funke, the Court

83 EHRM 28 oktober 1993, *Imbrioscia v. Zwitzerland*, NJ 1994, 459.

84 Zulks tenzij er sprake zou zijn van een *pre-trial* procedure, waarin de toelaatbaarheid van bewijs reeds voor de aanvang van het eindonderzoek wordt beoordeeld. Art. 6 EVRM bevat niet de eis dat een dergelijke procedure plaatsvindt.

found a violation of the right not to incriminate oneself even though no underlying proceedings were brought, and by the time of the Strasbourg proceedings none could be (...).'[85]

De zwijgrechtrechtspraak is evenwel complex, en lijkt soms tegenstrijdigheden te bevatten: '(i)n other cases, where no proceedings (other than the "coercive" proceedings) were pending or anticipated, the Court found no violation of the right not to incriminate oneself,' aldus het Hof in dezelfde uitspraak, zonder (begrijpelijke) verklaring voor het verschil.[86]

Op voorhand kan daarmee worden vastgesteld dat een antwoord op de vraag hoe het Hof de verruiming van art. 6 EVRM naar het vooronderzoek construeert, niet eenduidig kan zijn. Kennelijk bestaat daarin variatie, die niet alleen te maken heeft met casuïstiek. Vooral lijkt bij die uitbreiding de eerlijkheid van het eindonderzoek centraal te staan, sommige art. 6 EVRM normen hebben ook een autonome werking, los van het eindonderzoek.[87] Met name zien beoordelingen van de eerlijkheid van het bewijsgebruik op onverbrekelijke verbindingen tussen voor- en eindonderzoek.

85 EHRM 4 oktober 2005, *Shannon v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nr.: 6563/03, § 34.

86 Ibidem, § 36, met verwijzing naar: EHRM 8 april 2004, *Weh v. Oostenrijk*, Appl. nr.: 38544/97 en EHRM 10 september 2002, *Allen v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nr.: 76574/01, ECHR 2002-VIII *NJCM-Bulletin* 2003/2, p. 160 m.nt. E.Myjer. Zie over de complexe rechtspraak inzake het zwijgrecht nader, hoofdstuk 5, paragraaf 5.3.

87 Zie ook in dat verband EHRM 13 maart 2007, *Castravet* v. *Moldavië,* Appl.nr.: 23393/05 (en de vergelijkbare EHRM 27 maart 2007, *Istratii e.a. v. Moldavie,* Appl.nrs:. 8721/05, 8705/05 en 8742/05). In *Castravet* stelde het Hof een schending van art. 5 lid 4 EVRM vast, omdat verzoeker in zijn plaats van detentie niet vertrouwelijk heeft communiceren met zijn raadsman in verband met zijn verzet tegen de rechtmatigheid van de voorzetting van zijn voorlopige hechtenis. De in art. 5 lid 4 EVRM bedoelde procedure behoeft niet met dezelfde waarborgen te zijn omkleed als de in art. 6 EVRM bedoelde strafvervolging, aldus het Hof, maar de waarborgen in art. 6 EVRM met betrekking tot toegang tot een raadsman zijn wél van toepassing op *habeas corpus* procedures. Derhalve kon het Hof art. 5 lid 4 EVRM inkleuren met het, in art. 6 EVRM vervatte recht op effectieve rechtsbijstand, waarvan één van de essentiële elementen het recht op vertrouwelijke communicatie betreft. Betekenisvol in dit verband is dat het Hof in die uitspraak uitdrukkelijk aangeeft dat art. 6 EVRM weliswaar ten dele van toepassing is in de fase van het vooronderzoek, doch dat die toepasselijkheid tot bepaalde aspecten is beperkt. Mede in het licht van het gegeven dat verzoeker in deze zaak zijn klacht had gebaseerd op art. 8 EVRM en het Hof zelf koos voor toetsing onder art. 5 lid 4 EVRM, kan die uitspraak aldus worden begrepen. Het recht op vertrouwelijke communicatie is zelf niet in te lezen in art. 5 lid 4 EVRM: daarvoor is het noodzakelijk een verbinding te maken met art. 6 EVRM. Andersom kan art. 6 EVRM zelf niet als basis dienen voor de beoordeling van beperkingen op de vertrouwelijke communicatie: de grenzen van art. 6 EVRM staan niet toe dat eerlijk-proces-rechten integraal van toepassing zijn in de fase van het vooronderzoek.

2.3.2 Onderscheiden criteria voor de verschillende deelrechten

De vraag naar de omvang van de bescherming van art. 6 EVRM in de tijd is alleen relevant waar het gaat om de toepasselijkheid van de onderscheiden deelrechten. Oftewel, het gaat er nimmer om dat het eerlijk-proces-recht als geheel zou moeten intreden in de voorfase. Dat zou tot onzinnige resultaten leiden: het vooronderzoek zou van meet af aan moeten voldoen aan alle voorwaarden van het eindonderzoek. Dat is niet alleen feitelijk onmogelijk, de verdachte heeft in de voorfase ook (nog) geen behoefte aan al zijn procesrechten. Andersom kunnen sommige deelrechten ook in de voorfase essentieel zijn.

Een belangrijk deelrecht ten aanzien waarvan de vraag naar het begin van bescherming pertinent is, betreft het recht op berechting binnen een redelijke termijn, uitdrukkelijk vervat in art. 6 lid 1 EVRM. De redelijkheid van de berechtingstermijn wordt niet alleen bepaald door het moment waarop de berechting eindigt; in de berekening is ook cruciaal wanneer de strafvervolging een aanvang heeft genomen. In *Wemhoff* is ten aanzien van *het einde van de bescherming* vastgesteld dat deze ten minste voortduurt tot vrijspraak of veroordeling, ongeacht in welke aanleg de beslissing wordt genomen:

> '(t)he Court is of opinion that the precise aim of this provision in criminal matters is to ensure that accused persons do not have to lie under a charge for too long and that the charge is determined. There is therefore no doubt that the period to be taken into consideration in applying this provision lasts at least until acquittal or conviction, even if this decision is reached on appeal. There is furthermore no reason why the protection given to the persons concerned against the delays of the court should end at the first hearing in a trial: unwarranted adjournments or excessive delays on the part of trial courts are also to be feared'.[88]

De *aanvang* van de berechtingstermijn wordt door het Hof gekoppeld aan het moment dat een 'criminal charge' ontstaat:

> '(i)n criminal matters, in order to assess whether the "reasonable time" requirement contained in Article 6 § 1 has been complied with, one must begin by ascertaining from which moment the person was "charged"; this may have occurred on a date prior to the case coming before the trial court (....), such as the date of the arrest, the date when the person concerned was officially notified that he would be prosecuted or the date when the preliminary investigations were opened (...). Whilst "charge", for the purposes of Article 6 § 1, may in general be defined as "the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence", it may in some instances take the form of

88 EHRM 27 juni 1968, *Wemhoff v. Duitsland*, A, 7, § 18.

> other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect (...)'.[89]

De interpretatie van het recht op berechting binnen een redelijke termijn is aldus teleologisch. Doel van het deelrecht is de berechtingstermijn te beperken, zodat de verdachte (of betrokkene) niet langer dan noodzakelijk bloot moet staan aan het risico van vervolging en berechting. Feitelijk begint dat risico al vóór aanvang van het eindonderzoek te spelen en blijft het daarna voortduren totdat de uitspraak kracht van gewijsde krijgt. Vanuit het beschermingsdoel is effectieve bescherming derhalve niet mogelijk zonder de uitbreiding naar voren en naar achteren.

Den Hartog wijst erop dat deze teleologische benadering algemeen aangewezen is. De onderscheiden deelrechten dienen allen naar hun eigen specifieke doel te worden uitgelegd.[90] In die benadering ziet zij dan ook een verklaring voor de verschillende criteria die worden gehanteerd ter vaststelling de aanvang en einde van de toepasselijkheid bij andere deelrechten dan dat van berechting binnen een redelijk termijn.[91] Andere eerlijk-proces-rechten streven andere beschermingsdoelen na, hetgeen invloed heeft op de reikwijdte van die rechten (ook) in de tijd. Algemeen valt wel vast te stellen dat zij toepasselijk worden en blijven 'zodra en zolang zij bij kunnen dragen aan de met die rechten nagestreefde doeleinden'.[92]

> 'Over het beginpunt van de rechten valt verder slechts te zeggen dat dit per recht en per situatie kan verschillen. Het beginpunt van de gelding van bijvoorbeeld het recht op ondervraging van getuigen kan best het moment van de terechtzitting zijn, althans indien het voor de verdachte mogelijk is het recht aldaar te verwezenlijken. Anders ligt het bij het recht op informatie. In het algemeen zal de verdachte – om zijn verdediging te kunnen voorbereiden – dit recht reeds voor de terechtzitting moeten realiseren. Hetzelfde geldt voor het recht op rechtsbijstand. Dit recht zal (veelal) pas effectief zijn indien de verdachte reeds vóór de terechtzitting zich kan laten bijstaan door een raadsman'.[93]

Bepalend voor het moment dat de verdachte aanspraak maakt op een bepaald deelrecht is steeds het specifieke doel daarvan. Naarmate doelen verschillen, kunnen ook de aanvangsmomenten wisselen.

> 'While it confers on everyone charged with a criminal offence the right to "defend himself in person or through legal assistance ...", Article 6 para. 3 (c) does not specify the manner of exercising this right. It thus leaves to the Contracting States

89 EHRM 10 december 1982, *Foti e.a. v. Italië*, A, 56, § 52.
90 A. den Hartog, a.w., p. 120.
91 Ibidem.
92 Ibidem.
93 Ibidem, p. 121.

> the choice of the means of ensuring that it is secured in their judicial systems, the Court's task being only to ascertain whether the method they have chosen is consistent with the requirements of a fair trial. (...) (T)he Court points out that the manner in which Article 6 paras. 1 and 3 (c) is to be applied during the preliminary investigation depends on the special features of the proceedings involved and on the circumstances of the case; in order to determine whether the aim of Article 6 – a fair trial – has been achieved, regard must be had to the entirety of the domestic proceedings conducted in the case' (...)', aldus het Hof in *Imbrioscia v. Zwitserland*.[94]

Lidstaten zijn vrij om te bepalen hoe ze het recht op rechtsbijstand verwezenlijken, zij hebben geen vrijheid waar het gaat om de vaststelling vanaf welk moment het recht ingaat. Deelrechten als dat op rechtsbijstand zijn van toepassing vóór aanvang van het onderzoek ter terechtzitting 'if and in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with them'.[95]

Dat levert een weinig concreet criterium op, duidelijk is evenwel dat de toepasselijkheid van een bepaald deelrecht in het vooronderzoek door verschillende factoren wordt bepaald. Het algemeen doel van art. 6 EVRM is de eerlijkheid, binnen die primaire – '*unqualified*' – doelstelling hebben de verschillende deelrechten specifieke functies. Die functies zullen steeds bevorderlijk zijn voor de algemene eerlijkheid; daaraan doet niet af dat deeldoelstellingen met zich mee kunnen brengen dat de verdachte verschillende deelrechten op andere momenten moet kunnen verwezenlijken. Miskenning van dergelijke verschillen in doelen kan aldus leiden tot een te beperkte vaststelling van de reikwijdte van het daaraan gekoppelde deelrecht.

Zo hanteert de Hoge Raad een eigen criterium, die vanuit de teleologische benadering niet voor juist kan worden gehouden voor alle onderscheiden deelrechten.[96] In het *Menten* arrest stelde de Hoge Raad dat:

> '(w)eliswaar (...) de woorden "any criminal charge" en "toute accusation en matière pénale" niet in deze zin (dienen) te worden begrepen dat een formele inbeschuldigingstelling moet hebben plaats gehad, maar zij eisen dat vanwege de Staat jegens de betrokkene een handeling is verricht waaruit deze heeft opgemaakt – en in redelijkheid heeft kunnen opmaken – dat het OM het ernstige voornemen heeft tegen hem een strafvervolging in te stellen en als gevolg daarvan de positie van de betrokkene in belangrijke mate wordt beïnvloed; inzonderheid valt daarbij te denken aan een vordering tot gerechtelijk vooronderzoek en/of bewaring'.[97]

94 EHRM 28 oktober 1993, *Imbrioscia v. Zwitserland*, NJ 1994, 459. Zie ook: Cleiren/Nijboer, T&C Strafvordering, Bijlage 5, art. 6 EVRM, aant. 2.
95 *Imbrioscia v. Zwitserland*, *supra*, noot 94, § 36.
96 Zie ook: Cleiren/Nijboer, T&C Strafvordering, Bijlage 5, art. 6 EVRM, aant. 2.
97 HR 22 mei 1979, NJ 1979, 301.

Later omschrijft de Hoge Raad het begin van de *criminal charge*, in verband het ingaan van het recht op interne openbaarheid als volgt: '(v)an charged with a criminal offence in de zin van art. 6, derde lid, EVRM kan geen sprake zijn indien vanwege de Staat nog niet een handeling is verricht tegenover de betrokkene waaraan hij in redelijkheid de gevolgtrekking heeft kunnen verbinden dat hij wordt beschuldigd van een strafbaar feit'.[98] Een vordering in de zin van in art. 181 eerste lid WvSv (een vordering van de officier van justitie tot het openen van een gerechtelijk vooronderzoek), zonder dat deze vordering ter kennis van de verdachte of zijn raadsman is gebracht, leverde niet een dergelijke handeling op.[99]

Den Hartog wijst er op dat Hoge Raad zich aldus te veel heeft laten leiden door de Straatsburgse criteria, die specifiek voor de vaststelling van de redelijke termijn zijn geformuleerd, en daarmee miskent dat de afwijkende doelen van de overige deelrechten tot een andere benadering nopen.[100] Die analyse moet voor juist worden gehouden: anders kunnen andere uitspraken van het EHRM, waarin verschillende deelrechten van toepassing zijn verklaard in de voorfase, niet worden verklaard.

Het door de Hoge Raad aangehouden criterium leunt zwaar op de wetenschap van de verdachte: zij gaat er van uit dat zijn positie pas wordt beïnvloed doordien hij weet heeft van het onderzoek. Dat criterium is wel breed; veel deelrechten kunnen op basis daarvan reeds in het vooronderzoek ingaan. Zo zou de verdachte – in theorie – onder het bewustzijncriterium van de Hoge Raad, wel aanspraak maken op rechtsbijstand bij politieverhoor. Dat recht wordt overigens in het nationale recht niet erkend.[101]

Daaraan doet niet af dat in de Straatsburgse rechtspraak óók de onwetende verdachte bescherming kan genieten. Dat wordt met name manifest in de bijzondere opsporingsrechtspraak van het Hof, waarin de verdachte per definitie geen bewustzijn heeft omtrent het strafvorderlijk onderzoek. In de context van het zwijgrecht toetst het Hof of dat recht is geschonden, ook

98 Cleiren/Nijboer, T&C Strafvordering, Bijlage 5, art. 6 EVRM, aant. 2.; HR 11 mei 1993, NJ 1994, 142.

99 Cleiren/Nijboer, T&C Strafvordering, Bijlage 5, art. 6 EVRM, aant. 2.

100 Ibidem.

101 B.E.P. Myjer, Over politieverhoren, consultatie, registratie en de kans op korting, In: S. Dumoulin/E. Grabdant, (red.) De Vader van de gedachte, Bundel rechtsgeleerde opstellen over wenselijk recht ter gelegenheid van het 225-jarig bestaan van het genootschap 'Door en Tijd en Vlijt', Wolf Legal Publishers, 2003, Nijmegen, p. 161-179. 3a. Zie over het experiment in verband met de toelating van de raadsman bij politieverhoor, Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2007, Brief van de Minister van Justitie van 1 mei 2007, Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 30 800 VI, nr. 86. In het kader van de herziening van het Wetboek van Strafvordering is de regeling van de positie van de verdachte en diens raadsman nog niet in voorbereiding genomen, in afwachting op de uitkomst van dat experiment. Algemeen kader herziening Wetboek van Strafvordering, Brief minister met een overzicht van relevante ontwikkelingen ten aanzien van de herziening, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 29271, nr. 7, p. 4.

wanneer de beweerde schending zich zou hebben voorgedaan zonder dat de verdachte op de hoogte was van heimelijke informatie-inwinning. Bij methoden waarbij de participatienorm aan de orde is – dus die waarbij deel wordt genomen aan nog te plegen strafbare feiten – is de verdachte eveneens niet op de hoogte van het onderzoek.

Uitgesloten is derhalve dat art. EVRM bescherming pas ingaat op het moment dat de verdachte wetenschap heeft over de strafvervolging. Art. 6 EVRM mag de verdachte ertegen beschermen dat hij niet gedurende een onredelijke termijn in onzekerheid blijft over de uitkomst van een tegen hem gerichte vervolging, ook de verdachte die (nog) niet van het onderzoek op de hoogte is, maakt aanspraak op naleving van bepaalde rechten.

Daarbij kan er echter weer niet van worden uitgegaan dat alle deelrechten steeds in van toepassing zijn in het vooronderzoek. Dat zou immers het vooronderzoek onuitvoerbaar maken. De oplossing lijkt dan te liggen in de ongelijksoortigheid van de in art. 6 EVRM vervatte deelrechten. Sommige daarvan zijn bij uitstek georiënteerd op het eindonderzoek: zij kunnen alleen in die context worden uitgeoefend. Te denken valt bij die categorie vooral aan het recht op toegang tot de rechter, de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de *zittings*rechter en het recht op een openbare behandeling en einduitspraak. Andere rechten in art. 6 EVRM kunnen eveneens worden geacht primair op het eindonderzoek te zijn gericht, doch uit de aard daarvan ook betekenisvol zijn in eerdere procesfasen. Die categorie betreft de rechten die eerder van toepassing zijn, juist omdat zulks cruciaal is met het oog op de verwezenlijking van die rechten bij het eindonderzoek. In dat verband kan vooral worden gedacht aan eerder genoemde rechten als die op rechtsbijstand, informatie, tijd en faciliteiten en dergelijke. Een derde categorie betreft rechten die volledig losstaan van het eindonderzoek,behalve in die zin dat niet-naleving daarvan het eindonderzoek moet raken via bewijsgebruik,[102] ofwel de opsporingsnormen in art. 6 EVRM, zoals het zwijgrecht en de participatienorm. Het zwijgrecht heeft ook betekenis buiten het opsporingsonderzoek, de participatienorm kan feitelijk alleen in een heimelijk opsporingsonderzoek worden geschonden. Zodra de verdachte bewust is van het onderzoek, is deze methode immers niet (of nagenoeg niet) meer bruikbaar.

Het moment waarop bepaalde deelrechten ingaan, wordt aldus niet alleen bepaald door het (algemene) doel daarvan. In art. 6 EVRM zijn ook verschillende *typen* rechten opgenomen in termen van functies die zij hebben in verschillende procesfasen: sommige dienen uitsluitend ter bevordering van de eerlijkheid van het eindonderzoek, sommigen hebben een gemengde karakter, weer anderen moeten als opsporingsnormen worden opgevat. Het moment dat een bepaald recht ingaat, moet derhalve allereerst worden vastgesteld aan de hand

102 Waarvan weer dienen de worden uitgezonderd de hierboven bedoelde situaties waarin het zwijgrecht toch geschonden kan zijn, ook zonder dat daarop een strafvervolging plaatsvindt.

van de indeling van een deelrecht binnen die categorieën. Dan bepaalt het precieze doel van het deelrecht nader de reikwijdte daarvan.

2.3.3 Een bijzonder geval: de doelbewuste oprekking van het opsporingsonderzoek in de tijd

Uitgangspunt kan zijn dat het Hof bereid is de reikwijdte van art. 6 EVRM uit te breiden waar een ontwikkeling in de procesrealiteit daartoe noopt. Het Hof breidt het bereik van het eerlijk-proces-recht uit naar het vooronderzoek, naarmate die fase aan belang wint in actuele strafprocessen. Het Hof leest, in het licht van de ontwikkeling van nieuwe opsporingsmethoden, daarop toegespitste opsporingsnormen in art. 6 EVRM. Geen aanleiding is er om ervan uit te gaan dat de toevoegingen aan het eerlijk-proces-recht in verband met de (bijzondere) opsporing thans voltooid zijn. De verhouding tussen de bijzondere opsporing en de mensenrechtelijke sfeer blijft diffuus. De Straatsburgse normering wordt betrekkelijk traag aangeleverd en is afhankelijk van (de inhoud van) het aanbod aan klachten. Waar indicaties bestaan dat een bepaald aspect van de bijzondere opsporing mogelijk problematisch is in het licht van mensenrechten, is er derhalve alle aanleiding reeds in de nationale sfeer dat aspect te onderwerpen aan een eigen toetsing aan het verdragskader.

In dat verband is interessant in te gaan op één bijzonder aspect van de bijzondere opsporing dat in het nationale recht niet wordt gekoppeld aan een verdedigingsbelang (laat staan een mensenrechtelijke), dat niettemin wel geproblematiseerd kan worden in termen van art. 6 EVRM. Dat aspect betreft de lange duur van bijzondere opsporingsonderzoeken. In de context van art. 6 EVRM kan ter zake de volgende vraag worden opgeworpen, namelijk of een redelijke termijn eis niet kan worden geacht te gelden, ook wanneer de verdachte nog geen weet heeft van het onderzoek tegen hem. Zo ja, dan zou vanuit die eis een (vooral op de bijzondere) opsporing toegespitste bescherming zijn opengesteld. Die eis zou inhouden dat het onderzoek niet langer dient te duren dan strikt noodzakelijk is, ongeacht enige bewustzijn daaromtrent aan de zijde van de verdachte.

Specifieke reden waarom een aangepaste redelijke termijn eis juist in de context van de bijzondere opsporing wenselijk of zinvol zou kunnen zijn, ligt in het volgende. Reguliere opsporingsonderzoeken kunnen ook bijzonder lang duren. Dat ligt echter veelal daaraan dat het onderzoek niet eerder tot voldoende resultaten *kan* leiden.[103] De dader is niet bekend, de bewijsvergaring is

103 Mogelijk is ook dat een opsporingsonderzoek te lang duurt wegens gebrekkig optreden van strafvorderlijke autoriteiten. Ook in dergelijke gevallen is denkbaar dat de verdachte – maar mogelijk ook slachtoffers en nabestaanden – aanspraak maken op bescherming vanuit de redelijke termijn eis. Ook kan in dat laatste verband worden gedacht aan (uit andere verdragsbepalingen voortvloeiende) positieve (procedurele) verplichtingen zijdens

gedurende lange tijd moeizaam en dergelijke. In die situatie behoeft een langdurig opsporingsonderzoek niet 'onredelijk' te zijn, daar zulks voortvloeit uit noodzaak. Bij bijzondere opsporingsonderzoeken kan de lange duur van het onderzoek daarentegen juist berusten op een doelbewuste keuze. Dergelijk onderzoek is veelal niet gericht op individuele verdachten, maar op een georganiseerd verband. Die ruimere oriëntatie brengt met zich mee dat, ondanks dat er lopende het onderzoek momenten kunnen ontstaan waarin het (bewijstechnisch) reeds mogelijk is om een individuele verdachte aan te houden en tot vervolging over te gaan, daartoe niet wordt overgegaan omdat zulks in verband met het ruimer onderzoek naar het georganiseerd verband niet opportuun is. Het doel van uitstel of afstel in het individuele of concrete geval is om de bewijsvergaring in verband met het georganiseerd verband te optimaliseren. De toepassing van dwangbevoegdheden – die verdachten alert zal maken op het onderzoek – wordt bewust uitgesteld, zodat zoveel mogelijk informatie kan worden vergaard over zo veel mogelijke verdachten en binnen het georganiseerde verband gepleegde strafbare feiten. Vooral waar ook 'participatiebevoegdheden' worden ingezet, kan een opsporingsonderzoek juist ook worden uitgerekt, omdat bepaalde feiten nog gepleegd dienen te worden. In dergelijke situaties bestaat dan ofwel onvoldoende informatie over reeds gepleegde feiten om tot vervolging over te gaan en wordt gewacht totdat nieuwe feiten (onder waarneming van strafvorderlijke autoriteiten) worden gepleegd. Ofwel er bestaat informatie dat bepaalde feiten zullen worden gepleegd, en wordt het opportuun geacht daarop te wachten, alvorens – met een zwaardere tenlastelegging – tot vervolging wordt overgegaan.

Dat dit uitstel- en afstelfenomeen niet zondermeer als onproblematisch kan worden aangemerkt, staat vast. Mogelijkheden zijn er dan ook om ongebreideld afstel en uitstel te voorkomen. Zo kunnen in een breder onderzoek kleinere delen daarvan worden afgesplitst en in een beperkte context worden afgedaan. Het overkoepelend onderzoek blijft daarbij bedekt. Die werkwijze beoogt veelal te voorkomen dat de onwenselijke gevolgen van delicten zich manifesteren terwijl het onderzoek nog loopt. Zodoende kunnen daarvoor vatbare voorwerpen – zoals wapens of verdovende middelen – in beslag worden genomen, en wordt voorkomen dat zij in circulatie komen of blijven. Verdachten kunnen in de context van dergelijke separate delicten worden aangehouden (en alvast worden vervolgd), terwijl het breder onderzoek blijft lopen.

Tot die laatste handelwijze verplicht in de ieder geval de geest van art. 126ff WvSv. Bij wetenschap van opsporingsambtenaren van de aanwezigheid van verboden of gevaarlijke goederen, worden zij in die bepaling verplicht tot inbeslagneming, en daarmee openbaring van (een deel van) het strafvorderlijk onderzoek. De PEC Van Traa had in een aantal onderzochte gevallen

---

de overheid om binnen een aanvaardbare periode tot oplossing respectievelijk afdoening van een zaak te komen.

geconstateerd dat uitstel en afstel van (zichtbaar) handelen niet zozeer berustte op een vrees van openbaring van het onderzoek. Afsplitsing van onderzoeken was immers altijd al mogelijk (en had vermoedelijk ook in die gevallen kunnen worden toegepast). Afstel of uitstel was in die gevallen echter toegepast met het doel een informant te laten 'groeien' in het georganiseerd verband. Te dien einde werden acties (strafbare feiten) waarin de groei-informant was betrokken, ongestoord gelaten. De gedachte daarachter was dat naarmate het vertrouwen in deze informant zou groeien, hij ook meer toegang zou krijgen tot strafrechtelijke relevante informatie over het georganiseerd verband.[104] Deze toepassingen van de (afstel- of uitsel-)methode hadden uiteindelijk tot gevolg dat grote hoeveelheden verdovende middelen in vrije circulatie kwamen.

Met de invoering van art. 126ff WvSv, ofwel het 'verbod op doorlaten', werd beoogd grenzen te stellen aan de toepassing van deze 'methode'. Het bleek evenwel moeilijk bij voorbaat tot een goede norm te komen. Naar de huidige stand van de rechtspraak van de Hoge Raad heeft de verdachte in ieder geval geen belang bij naleving van art. 126ff WvSv.[105] Zulks moet vooral worden gekoppeld aan de vormgeving van de bepaling, mede in het licht van het gegeven dat de bepaling aan de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden is toegevoegd, op basis van het tweede selectiecriterium, namelijk niet omdat de materie mensenrechten raakt, maar vanwege de strafvorderlijke integriteit.

Los nu van de actuele stand van zaken ten aanzien van de vormgeving en uitleg van art. 126ff WvSv, rijst de vraag of een (mensenrechtelijk) verdedigingsbelang toch niet kan worden geconstrueerd in deze context, via een extensieve intepretatie van de redelijke termijn eis.

Geheel ondenkbaar is een dergelijke werking van art. 6 EVRM niet. Het uitrekken van een vooronderzoek gedurende jaren, het voortdurend (wisselend meer of minder actief) strafvorderlijk toezicht houden op burgers *totdat* zij (ernstige) strafbare feiten plegen (al dan niet met participatie door of vanwege strafvorderlijke overheden), kan zeer wel uiteindelijk uitmonden in een disproportioneel lang onderzoek. Dat de (vroeg)verdachte niet weet dat er een sluimerend of actief onderzoek loopt waarin hij is betrokken, wil niet zeggen

104 Zie daarover het eindrapport van de PEC Van Traa, Eindrapport PEC Van Traa, Kamerstukken II, 1995-1996, 24072, nr. 11, p. 72-74.

105 HR 2 juli 1002, LJN: AD 9915, r.o. 3.3.: 3.3. '(u)it de tekst en deze geschiedenis van de totstandkoming van art. 126ff Sv blijkt niet dat die bepaling in het leven is geroepen in het belang van de verdachte. Voorts blijkt daaruit en uit art. 140a Sv dat de handhaving van het verbod op doorlaten onder directe controle van het College van procureurs-generaal en de minister van justitie geschiedt. De verdachte, van wie dus geen rechtens te beschermen belang in het geding is, kan zich niet op de niet of niet juiste naleving van het verbod op doorlaten beroepen voor zijn betoog dat het openbaar ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard in zijn vervolging. Dat brengt mee dat indien, zoals in het verweer waarop het middel ziet, een beroep wordt gedaan op de niet of niet juiste naleving van het verbod op doorlaten als omschreven in art. 126ff Sv, een dergelijk verweer slechts kan worden verworpen. Het Hof heeft het verweer, ook al is dit op een andere grond geschied, dus terecht verworpen'.

dat hij door het onderzoek niet '*affected*'[106] kan zijn. Als zijn wetenschap niet is vereist in verband met het zwijgrecht en de participatienorm, is denkbaar dat art. 6 EVRM ook in meer algemene zin van toepassing is in de fase waarin hij geen bewustzijn heeft van het onderzoek. Sterker, gelet op de ingrijpendheid van het heimelijk bijzonder opsporingsonderzoek, is juist nadere bescherming aangewezen in dat verband. Een uitbreiding van de redelijke termijn eis tot een algemene standaard voor strafvordering, óók in het vooronderzoek, zou een goede grondslag kunnen bieden daarvoor.

2.3.4 Waardering

In de loop der tijd zijn evoluties te ontwaren in de reikwijdte van art. 6 EVRM. Die duiden op een bepaalde mate van flexibiliteit van deze bepaling om mee te kunnen groeien met ontwikkelingen in de procesrealiteit, ook voor wat betreft het veranderde karakter van het vooronderzoek en haar verhouding tot het eindonderzoek. Opvallend is evenwel dat de wijze waarop het Hof tot uitbreiding van art. 6 EVRM naar de voorfase van het strafvorderlijk onderzoek komt, niet altijd gedragen wordt door een begrijpelijke redenering. Bij verschillende deelrechten worden verschillende criteria gebruikt om te bepalen wanneer zij ingaan. Dat is weliswaar bevorderlijk voor de bescherming van de verdachte, nu het gebruik van één algemeen criterium, in verband met bijzondere deelrechten en bijzondere situaties, tekort zou kunnen schieten. Door de reikwijdte in de tijd, evenals bij de reikwijdte in het algemeen, afhankelijk te maken van het doel van een deelrecht, ontstaat een preciezer kader voor de werking van art. 6 EVRM rechten in het vooronderzoek. Het gebruik van verschillende criteria leidt evenwel tot verwarring; als nu de onderscheiden criteria toch niet worden overgenomen en de nationale rechter toch op basis van één, praktisch aantrekkelijk doch bij verschillende deelrechten ontoereikend, criterium oordeelt, gaat het maatwerk van het Hof verloren. Dat maakt enerzijds noodzakelijk dat het Hof in dit verband duidelijker motiveert, anderzijds dat de nationale rechter meer alert is, ook op subtiele verschillen in de verdragsrechtspraak.

De soms niet even duidelijke wijze waarop art. 6 EVRM rechten van toepassing worden verklaard in het vooronderzoek, moet evenwel primair worden gekoppeld aan niet alleen de vormgeving van art. 6 EVRM maar, breder bezien, dat van het verdrag. Het verdrag is niet opgesteld als straf(proces)rechtelijk manifest, maar vertrekt vanuit het algemene perspectief van mensenrechten. Het verdrag voorziet derhalve niet in een (op één plaats) geïntegreerde mensenrechtelijke visie op strafrecht en strafvordering. Raakvlakken tussen het straf(proces)recht en mensenrechten zijn verpakt in de algemene omschrijvin-

106 *Delcourt v. België*, *supra*, noot 34, § 25.

gen van rechten en vrijheden. Artikelen 2, 3 en 8 EVRM zijn voor het strafrecht pertinent, waar zij positieve verplichtingen stellen tot bescherming van burgers tegen – door derden te plegen – strafbare feiten. Diezelfde bepalingen stellen, samen met overige vrijheidsrechten, grenzen aan de competentie van nationale overheden in verband met de strafbaarstelling van onder het bereik van die bepalingen vallende gedragingen alsmede aan in verband met strafbaar handelen op te leggen straffen. Art. 5 EVRM betreft voornamelijk straf(proces)rechtelijke materie, doch wel van een zeer bijzondere aard. In art. 8 EVRM zijn veel grenzen te vinden in verband met de toepassing van strafvorderlijke onderzoeksbevoegdheden. Art. 6 EVRM bevat de meest geconcentreerde weergave van de verhouding tussen mensenrechten en de strafvordering. Het eerlijkproces-recht ziet evenwel primair op het eindonderzoek: noch in de tekst noch in de structuur daarvan is een rationeel opgebouwd kader voor het vooronderzoek te vinden. Nergens in het verdrag is derhalve de verhouding tussen vooronderzoek en de mensenrechtelijke sfeer geordend. Die verhouding is in de verdragsrechtspraak tot uitdrukking gekomen door de bereidwilligheid van het Hof haar, met name in art. 6 EVRM in te lezen.

Die constructies die het Hof daarbij kiest, zijn evenwel complex, mogelijk ook omslachtig. Opsporingsnormen zijn fragmentarisch verdeeld over artikelen 3, 8, en 6 EVRM. Schending daarvan heeft pas betekenis in de context van de strafvervolging via het in art. 6 EVRM vervatte recht op eerlijk bewijsgebruik. Aan die constructie kleven beperkingen: normschending die niet leidt tot bewijsgebruik valt buiten de bescherming van art. 6 EVRM, het recht op een eerlijk bewijsgebruik voorziet alleen in indirecte bescherming tegen normschending in het vooronderzoek. De bewijsrechtelijke oriëntatie is niet steeds even geschikt voor alle rechtsordes, evenals het door het Hof gekozen, sterk op adversaire procesvoering en op rechterlijke correctie gerichte, herstelkader. Ook in verband met de uitbreiding van de werkingssfeer van art. 6 EVRM in het vooronderzoek zelf moet worden erkend dat de verdragstekst niet oneindig kan worden verruimd.[107]

Kijkend ook naar alternatieve opties, moet evenwel worden vastgesteld dat het Hof ook niet veel anders kan. Dat alles brengt met zich mee dat, vooral in verband met innovaties als de bijzondere opsporing, steeds alertheid dient te bestaan dat art. 6 EVRM, maar ook in meer algemene zin het verdrag, niet steeds toereikend zullen zijn noodzakelijke bescherming te bieden. De kans bestaat dat beschermingslacunes ontstaan die ook de meest extensieve interpretaties niet zullen kunnen oplossen, althans niet zonder dat de verdragssystematiek wordt aangetast of het Hof wordt genoodzaakt verdragstoevoegingen te doen die de verdraggever niet heeft gewild. Daarin ligt evenwel vooral een taak voor de verdraggever erop toe te zien dat het verdrag niet tekortschiet, mede vanuit het perspectief van strafvorderlijke ontwikkelingen.

---

107 Zie wederom in dat verband *Castravet* v. *Moldavië* en *Istratii e.a. v. Moldavie*, *supra*, noot 92.

Daarbuiten is het aan het Hof, maar ook aan de lidstaten zelf, binnen de grenzen van het verdrag, alternatieve beschermingsopties te overweging te nemen. Zo zijn alternatieven voor het bewijsgebruikkader wel geopperd in de vorm van direct uit de onderliggende verdragsbepalingen te construeren toetsings- en verwerkingsplichten. Ofwel: bij schending van art. 8 EVRM zou uit die bepaling zelf de plicht voortvloeien daaraan strafvorderlijke gevolgen te koppelen.[108] Datzelfde kan gelden voor schending van art. 3 en art. 6 EVRM opsporingsnormen. Die optie is om meerdere redenen aantrekkelijk. Zij ligt in de eerste plaats in de lijn van de rechtspraak van het Hof in verband met positieve verplichtingen tot voldoende procedurele reacties op schendingen van verdragsrechten als art. 2, 3, en 8. Aan die rechtspraak ligt de gedachte ten grondslag dat het nationale overheden niet alleen verplicht zijn te voorkomen dat verdragsrechten worden geschonden – door de overheid zelf, maar ook, voor zover dat mogelijk is, door derden – maar dat zij bij schending ook gehouden zijn de schending op passende wijze af te doen. Die laatste, positieve, procedurele verplichting brengt met zich mee dat voldoende onderzoek wordt gedaan om alle aspecten van de (mogelijke) normschending bloot te leggen en dat, waar dat aan de orde is, voorzien wordt in gepaste sanctionering. De normschending kan van dien aard zijn dat alleen een strafrechtelijke afdoening acceptabel is.[109] Datzelfde kader kan zeer wel met zich meebrengen dat een overheid, bij schending van een norm in het vooronderzoek, op dezelfde wijze verplicht is te voorzien in een geschikte (strafvorderlijke) reactie. In de lijn van de positieve verplichtingenrechtspraak ligt ook dat afdoeningsmodaliteiten in het concrete geval gradueel zijn: in de meest ernstige gevallen is een strafrechtelijke reactie aangewezen, in andere gevallen kan een tuchtrechtelijke reactie volstaan. De optie van doorwerking in de strafvervolging zou als tussenvorm kunnen worden opgevat. Daarin ligt ook een tweede voordeel van directe doorwerking vanuit de bepaling die geschonden is in het vooronderzoek, namelijk dat daarmee de beperkte context van het bewijsgebruik wordt omzeild. Normschendingen die niet tot bewijsgebruik leiden kunnen dan ook betekenis hebben in de strafvervolging; zodoende kan recht worden gedaan aan de betekenis van de normschending in zichzelf, los van eventueel bewijsgebruik. Die schending kan bij directe doorwerking in veel mindere mate worden weggerelativeerd vanuit het perspectief dat de verdachte zich voldoende tegen bewijsgebruik heeft kunnen verzetten en dat de rechter overigens zorgvuldig is geweest.

---

108 Zie in dat verband de dissenting opinions van rechters Loucaides en Tulkens bij, respectievelijk, EHRM 12 mei 2002, *Khan v. Het Verenigd Koninkrijk*, NJ 2002, 180 en EHRM 25 september 2001, *P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk*, Reports of Judgments and Decisions 2001-IX. Zie ook de noot van Van Kempen bij het *Jalloh*-arrest, *supra*, noot 41.

109 Zie voor die rechtspraak, *supra*, noot 195 alsmede EHRM 26 juli 2007, *Angelova en Iliev v. Bulgarije*, Appl.nr.: 55523/00.

2.4 UNIEKE BESCHERMINGSSFEER, AFHANKELIJKHEID VAN ONDERLIGGEND PROCES(CONCEPT)

2.4.1 De afhankelijkheid van art. 6 EVRM aan veranderingen in strafvorderlijke structuur

Zeer extensieve innovatieve interpretaties van art. 6 EVRM behoeven niet aan te sluiten bij (bewuste) bedoelingen van verdraggever, noch bij bestaande (bredere) basisconcepties inzake eerlijke procesvoering. Zij komen bovendien niet tot stand vanuit een geïntegreerde visie op een bepaalde problematiek (zoals een vooraf bedachte, sluitende kader voor de omgang met bijzondere opsporing) maar in een casuïstische context, die mede wordt beïnvloed door het nationale recht van de lidstaat ten aanzien waarvan de uitspraak wordt gedaan.

Aan de basis van dergelijke verruimingen van het eerlijk-proces-recht liggen door strafvorderlijke ontwikkelingen teweeggebrachte normlacunes. Dat geldt ten aanzien van de uitbreiding van de werkingssfeer van art. 6 EVRM naar het vooronderzoek en voor de toevoegingen aan het eerlijk-proces-recht in de vorm van (aangepaste) opsporingsnormen. Beide extensies kunnen worden gezien als reactie op ontwikkelingen binnen het vooronderzoek. Of dergelijke verdragsverruimingen leiden tot – voor bepaalde rechtsordes – optimale oplossingen of niet, 's Hof inspanningen op dat terrein leggen in ieder geval bloot dat een bepaalde problematiek bestaat.

Hoe gevoelig is art. 6 EVRM evenwel voor meer subtielere ontwikkelingen die (ogenschijnlijk), niet de kern maar de periferie van procesrechten raken? Aangekondigd is dat in dit paragraaf zal worden ingegaan op de flexibiliteit van art. 6 EVRM in het licht van gevolgen die de bijzondere opsporing heeft op informatierechten van de verdachte. Het gaat daarbij niet om grote, zeer zichtbare effecten, zoals die worden teweeggebracht door fenomenen als afscherming van informatie, waar de spanning met informatierechten evident is. Bij problematiek zoals hieronder te bespreken lijken veeleer fijnzinnige details van informatierechtsverwezenlijking te worden geraakt.

In wordt gegaan op drie implicaties van de bijzondere opsporing op informatierechten in art. 6 EVRM. De eerste betreft gevolgen die bijzondere opsporingsonderzoeken kunnen hebben voor de kwaliteit van informatievoorziening vanuit een kwantitatief perspectief. Besproken wordt in hoeverre het vanuit de in art. 6 EVRM benoemde informatierechten bezwaarlijk kan worden geacht dat bijzondere opsporingsonderzoeken (over het algemeen) leiden tot een veel groter aanbod van informatie dan reguliere strafvorderlijke onderzoeken.

Het tweede punt betreft de lezing van informatierechten, bezien vanuit het verschil in de *type* informatie die uit bijzondere opsporingsonderzoeken ontstaat. Daarbij is aan de orde of in art. 6 EVRM niet een bepaalde hiërarchische ordening is aangebracht in informatierechten die specifiek betrekking

hebben verschillende categorieën bewijs. Is het recht op de oproeping en ondervraging van getuigen sterker dan dat op interne openbaarheid in het algemeen? Zo ja, dient dan niet voor een andere ordening te worden gekozen indien ervan uit kan worden gegaan dat bijzondere opsporingsinformatie veelal niet vervat is in getuigenverklaringen?

Het derde punt betreft de vraag of kenmerken van de bijzondere opsporing, vooral het aspect van de heimelijkheid, niet tot aanpassingen dienen te leiden van de inspanningseisen die aan de verdediging kunnen worden gesteld in verband met informatierechtsverwezenlijking. In dat laatste verband wordt ook in meer algemene zin ingegaan op de betekenis van 's Hofs keuze voor lezing van het eerlijk-procesrecht vanuit de leidende beginselen van adversaire procesvoering en gelijkheid van wapenen. Hoe heeft die insteek weerslag op de informatierechtsverwezenlijking (vooral binnen de nationale rechtsorde), ook bezien in samenhang met invloeden van de bijzondere opsporing daarop?

Benadrukking van de verhouding tussen bijzondere opsporing en informatierechten op deze plaats wordt gerechtvaardigd door de grote betekenis die daaraan moet worden toegekend in de relatie tussen de bijzondere opsporing en art. 6 EVRM in het algemeen. Gebrekkige informatievoorziening kan op verschillende wijzen problematisch zijn in de context van het eerlijk-procesrecht. Enerzijds speelt zij een cruciale rol binnen het kader voor de beoordeling van de eerlijkheid van het bewijsgebruik, namelijk als onderdeel van het daarin vervatte herstelkader. Indien de rechter tot bewijsgebruik overgaat, zonder dat voldoende informatie beschikbaar is geworden over eventuele normschending bij de verkrijging daarvan, kan het zijn dat het bewijsgebruik *daardoor* oneerlijk is (of blijft). De aard van de normschending is dan niet op deugdelijke wijze vastgesteld, waardoor onduidelijk blijft of hoe met het bewijs had dienen te worden omgegaan (uitsluiting of (nader) herstel). Anderzijds kan ondeugdelijke informatievoorziening ook zelfstandig leiden tot schending van art. 6 EVRM. Zij is dan zodanig gebrekkig dat überhaupt niet kan worden toegekomen aan een beoordeling van de eerlijkheid van het bewijsgebruik.[110]

Aan de orde is aldus in hoeverre de drie, hierboven genoemde, implicaties van de bijzondere opsporing, betekenis kunnen hebben in de verschillende contexten waarin informatierechten van belang zijn. Op voorhand dient te worden opgemerkt dat deze implicaties in de verdragsrechtspraak tot dusver niet zijn geproblematiseerd, althans niet in verdergaande zin dan dat zij – vooral de tweede en derde implicaties – wel worden meegewogen als factoren van betekenis. Zulks wil evenwel niet zeggen dat, voor zover in deze verbanden daadwerkelijk (belangrijke) spanning met informatierechten kan worden gesignaleerd, het hier niet gaat om wezenlijke problematiek.

110 Zulks kan niet alleen problematisch zijn in verband met waarheidsvinding, maar ook in verband met de probiteit van de bewijsverkrijging. Hier wordt alleen op die tweede context ingegaan.

2.4.1.1 Proliferatie van procesinformatie

Primaire kenmerk en meerwaarde van bijzondere opsporingsbevoegdheden is dat zij, anders dan strafvorderlijke dwangbevoegdheden, heimelijk worden toegepast. Dat maakt de bijzondere opsporing essentieel bij de bestrijding van zware, georganiseerde criminaliteit, de heimelijke uitvoering draagt in belangrijke mate bij aan de problematische verhouding tussen de bijzondere opsporing en de mensenrechtelijke sfeer. Heimelijkheid bemoeilijkt alle vormen van toezicht, tijdens de toepassing én bij het onderzoek ter terechtzitting. Geïnformeerd toezicht is evenwel juist cruciaal: er moet voldoende informatie beschikbaar zijn over het opsporingsonderzoek, opdat kan worden vastgesteld wat zich in dat verband feitelijk heeft voorgedaan en hoe dat (in termen van mensenrechten) dient te worden gekwalificeerd.

Bijzondere opsporing brengt ook met zich mee dat strafvorderlijke informatievergaring eerder in de tijd begint en ruimer is opgesteld. Zij is gericht op een grotere kring van personen, niet alleen (vroeg)verdachten die al dan niet tot een georganiseerd verband behoren, maar ook derden. Vergaarde informatie wordt op grote schaal bewaard, hetgeen een soort van permanent sluimerend strafvorderlijk toezicht tot gevolg heeft. Automatisering van die informatie staat toe dat uit die permanente instroom en aanwezigheid van gegevens in strafvorderlijke en buitenstrafvorderlijke systemen meer informatie kan worden gegenereerd door de koppeling van bestanden. De heimelijke toepassing van het bijzondere opsporingsonderzoek draagt eraan bij dat de instroom van informatie gedurende langere tijd niet belemmerd wordt doordien de verdachte alert wordt gemaakt op het onderzoek.

Aldus kan er sprake zijn van proliferatie van (proces)informatie. Deze proliferatie van onderzoeksinformatie heeft twee gevolgen binnen de context van het verdrag. Enerzijds betekent zij uit privacytechnisch oogpunt een kwantitatief sterke stijging in de aantallen verwerkingen van persoonsgegevens. Zodoende raakt de proliferatie art. 8 EVRM. Dat gevolg wordt in het nationale recht beheerst, afhankelijk van de typen registers waarin die informatie terecht komt, door de Wet Bescherming Persoonsgegevens respectievelijk de Wet Politieregisters. Verder is met de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden in het wetboek een kader gecreëerd voor de omgang met die informatie.[111]

111 Het gaat daarbij om regels betreffende de bewaring, het gebruik in andere zaken, de voeging aan het procesdossier, de notificatie van derden en de vernietiging en bepaalde waarborgen voor de kwaliteit en betrouwbaarheid van technische registraties. Zie de artikelen 126aa, 126bb, 126cc, 126dd en art.126ee WvSv. Art. 126aa is uitgewerkt in het Besluit van 15 december 1999, houdende regels ter uitvoering van de artikelen 126aa, tweede lid, en 126cc, vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering (Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken, Staatsblad 1999, 548, art. 126ee in het Besluit van 15 december 1999, houdende regels ter uitvoering van artikel 126ee van het Wetboek van Strafvordering (Besluit technische hulpmiddelen bijzondere opsporingsbevoegdheden, Staatsblad 1999, 547.

Anderzijds, en daar gaat het hier om, kan een dergelijke proliferatie ertoe leiden dat meer procesrelevante informatie ontstaat die (mogelijk) ook ten processe geopenbaard moet worden en aldus gestalte kan krijgen in het procesdossier. Enerzijds is er kwantitatief meer inhoudelijke informatie beschikbaar ten aanzien van de tenlastegelegde feiten. Anderzijds is er, naarmate het onderzoek langer heeft geduurd, breder is opgezet en meer opsporingsbevoegdheden zijn toegepast, veel informatie over de wijze waarop dat onderzoek is uitgevoerd.[112] Rechter en partijen dienen aldus ter bespreking en beslechting van procesvragen, waaronder de bewijsvraag en de vraag naar de rechtmatigheid van het vooronderzoek, veel meer informatie tot zich te nemen. Bijzondere opsporing akn aldus leiden tot het ontstaan van massale procesdossiers, waarachter nog nadere (mogelijk) relevante informatie hangt, die al dan niet kan worden ingebracht in het procesdossier.

De vraag is dan of dergelijke proliferatie problematisch kan zijn vanuit oogpunt van informatierechtsverwezenlijking. Uit de meergenoemde eindevaluatie van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden blijkt dat er door de geïnterviewde relevante beroepsgroepen verschillend wordt gedacht over de vraag of door de invoering van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden inderdaad een beter inzicht is verkregen in de inzet en toepassing van bijzondere opsporingsmethoden:

> '(d)e rechters zijn van mening dat dit is toegenomen. Zij geven aan tevreden te zijn over de kwaliteit van het BOB-dossier en in het algemeen zijn zij ervan overtuigd dat er geen relevante stukken ontbreken. Dit betekent dat zij zich niet actief opstellen, en naar hun inzicht ook niet actief hoeven op te stellen met het doel meer informatie te vergaren. (...) De advocaten zijn er veel minder van overtuigd dat de transparantie door de invoering van de Wet BOB is toegenomen. Een deel van hen uit het vermoeden dat er toch nog wel handelingen worden verricht die niet door de beugel kunnen. Eén van de advocaten komt met een concreet voorbeeld. Hij geeft aan dat advocaten een kritische houding zouden moeten aannemen tegenover de door het openbaar ministerie aangeleverde informatie. De advocaten klagen er unaniem over dat zij het dossier laat krijgen waardoor de verdachte in zijn verdediging wordt geschaad. De rechtbank in Zwolle heeft inmiddels het erg laat aanleveren van het BOB-dossier, tijdens het onderzoek ter zitting, gesanctioneerd. Veel advocaten klagen ook over het gegeven dat ze weinig informatie krijgen over het begin van het onderzoek. Het is moeilijk voor de advocaten om inzicht te krijgen in de wijze waarop het onderzoek in de eerste fase is verlopen. De wetgever heeft in de memorie van toelichting voorzien dat het ondanks de hoofdregel van transparantie onder omstandigheden voor de verdediging toch moeilijk kan zijn om aannemelijk te maken dat er fouten aan het opsporingsonderzoek kleven. Het ligt daarom naar de mening van de wetgever ook op de weg van politie

112 De formele regeling van de bijzondere opsporing bracht haar immers onder de verbaliseringsplicht in art. 152 WvSv. Op basis van art. 126aa WvSv dienen alle bijzondere opsporingsverbalen ook te worden gevoegd aan het dossier.

> en justitie hier desgevraagd nadere verantwoording over af te laten leggen. Hier is dus ook een taak voor de zittingsrechter weggelegd. (...) Een veelgehoorde klacht van politie en justitie is dat hun werklast door de vele administratieve handelingen die moeten worden verricht, is toegenomen'.[113]

Procesdeelnemers hebben aldus te maken met een vloedgolf van informatie, waaruit een deugdelijke selectie dient te worden gemaakt en waarin lacunes moeten kunnen worden aangewezen.

> 'Toch bestaan er ook bedenkingen tegen de eis dat alle relevante machtigingen, verslagen en processen-verbaal in het dossier moeten worden opgenomen. Drie officieren van justitie geven expliciet aan dat het dossier te omvangrijk is geworden. Rechters en advocaten zijn niet geneigd het dikke BOB-dossier uitgebreid te bestuderen'.[114]

Het bredere bereik van de bijzondere opsporing, het langdurig geheim blijven van de toepassing daarvan en de mogelijkheden die er zijn om grote hoeveelheden informatie geautomatiseerd op te slaan en verder te bewerken,[115] alsmede het streven de controleerbaarheid daarvan te verbeteren, hebben er aldus toe geleid dat procesdeelnemers kwantitatief veel meer informatie tot zich

---

113 WODC-eindevaluatie Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, Bijlage bij de Brief van de minister bij de aanbieding van de rapporten 'De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden eindevaluatie' en 'Evaluatie Herziening GVO', met beleidsstandpunt, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 29940, nr. 1, p. 156.

114 Ibidem, p. 132.

115 Moderne automatiseringsmogelijkheden doen hun invloed ook buiten het strafproces gelden. Zulks heeft in de Verenigde Staten geleid tot de ontwikkeling van het fenomeen van *'E-discovery'*, oftewel, *Electronic discovery*, een variant op de reguliere procedure waarlangs door procespartijen over en weer bevragingen kunnen worden gedaan ter opbouw van de eigen procesposities, waar het gaat om verzoeken tot inzage in ofwel verstrekking van elektronische informatie. Zo massaal is de elektronische informatievoorziening en gebruik daarvan in procedures dat extractie en analyse van *'E-evidence'* tot een separate terrein van expertise is verworden, waarbij deskundigen er aan te pas moeten komen om elektronisch bewijs te verzamelen, deze te verwerken, en analyseren. Op www.krollontrack.com, omschrijft het bedrijf Krollontrack de noodzaak voor hun bijzondere deskundigheid: 'Attorneys today are faced with a new world of discoverable information – email messages, word processing documents, spreadsheets, and other computer files produced, created and stored electronically. While the paperless office is not yet a total reality, the computer has had a remarkable impact on how companies function today. As a result, courts have increasingly recognized the importance of electronic discovery – the collection, processing, review and production of electronic documents – for resolution of important investigations and litigation matters. Collecting and reviewing electronic evidence remains a challenge as computers become the new filing cabinets for companies. You need an electronic discovery expert who goes beyond simply extracting data from computers. You need the technical skills, technological strength, and unfettered commitment of a trusted expert to ensure your success in managing large volumes of electronic evidence accurately and cost-effectively. In today's high-stakes business environment, you simply can't afford to ignore the significance that electronic evidence might have on the outcome of your case'.

dienen te nemen. De vraag is dan of de inhoudelijke controle op de daarin vervatte bewijsmiddelen en rechtmatigheid van het onderzoek daardoor juist niet wordt bemoeilijkt, met name wanneer geen begrijpelijke ordening is aangebracht in de verstrekte informatie. Zo ja, dient dat gevolgen te hebben voor de interpretatie van informatierechten?

Bij gebrekkige informatievoorziening wordt in de eerste plaats gedacht aan afscherming van informatie. Dat kan tot schending van art. 6 EVRM leiden omdat bij het ontbreken van relevante informatie, procesvragen mogelijk niet op afdoende wijze kunnen worden beantwoord. Doel van de informatierechten is om partijen en rechter in staat te stellen tot deugdelijke beantwoording van procesvragen te komen. Kan dan, gelet op dat doel, niet worden gesteld dat informatierechten zich ook verzetten tegen en al te grote proliferatie van procesinformatie, in die zin dat er ook een recht is op *begrijpelijke* procesinformatie, in de zin dat die informatie op bepaalde wijze geselecteerd en geordend is? Los nog van de vraag wie voor een dergelijke ordening verantwoordelijk zou moeten zijn, gaat het hier om de vraag in hoeverre art. 6 EVRM noopt tot ordening.

Vraag is aldus of voor zover dergelijke problematiek zich zou manifesteren in concrete zaken, een beroep kan worden gedaan op art. 6 EVRM, in het bijzonder op de daarin vervatte informatierechten. In het geval dat in het eerlijk-proces-recht niet de eis bevat dat omvang en complexitiet van procesinformatie – zonder nadere inspanning van de verdediging, ertoe dient te leiden dat de informatie op een bepaalde wijze wordt gepresenteerd – blijft houdbaar dat dergelijke problematiek wordt verdisconteerd in een (aangepaste) interpretatie van informatierechten. Te denken valt daarbij aan aspecten van informatierechtsverwezenlijking, zoals het bieden van voldoende tijd en faciliteiten aan de verdediging kennis te nemen van een zeer omvangrijk procesdossier, dan wel achterliggende procesinformatie. Zulks kan ook met zich meebrengen dat de redelijke termijn eis voor het onderzoek ter terechtzitting bij complexe onderzoeken, juist zo dient te worden uitgelegd dat de rechter ook *voldoende* tijd neemt.

2.4.1.2 Afwijkende informatiebronnen

Bijzondere opsporingsdossiers bevatten hoofdzakelijk twee typen informatie: inhoudelijke informatie omtrent de tenlastegelegde feiten en informatie over het verloop van het onderzoek. Die laatse type informatie wordt opgenomen met het oog op de controle op de rechtmatigheid daarvan. Betekenisvol voor de interpretatie van informatierechten kan voorts zijn de vorm waarin die twee typen informatie zijn vervat.

Inhoudelijke informatie die verkregen wordt door de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden, alsmede informatie over de wijze zij zijn toepgepast wordt vastgelegd in processen-verbaal. Bijzondere opsporingsdossiers bevatten aldus verbalen van observatie, informatie-inwinning, infiltratie

tapverslagen en dergelijke. Dergelijke informatie is, bezien vanuit de wettelijke bewijsregeling, vervat in processen-verbaal en andere geschriften, in den wettelijken vorm opgemaakt door colleges en personen, die daartoe bevoegd zijn, en behelzende hunne mededeling van feiten of omstandigheden, door hen zelf waargenomen of ondervonden (in de zin van art. 344 lid 1 onder (2) WvSv).[116] Nadere informatie over de (wijze van) toepassing van bevoegdheden (en de resultaten daarvan) kan worden verkregen door de desbetreffende opsporingsambtenaren als getuige te horen.

Voor hun informatievoorziening zijn rechter en verdachte dus in sterke mate afhankelijk van politie en justitie, die niet alleen bepalen een eerste selectie maken voor wat betreft de informatie die in het proces wordt ingebracht, maar de informatie ook genereren. Anders ligt dat bij opsporingsonderzoeken, waarin, in ieder geval bij de bewijsvraag, derden – getuigen – zullen zijn die de noodzakelijke procesinformatie verstrekken. Zulks raakt grotendeels ook de ratio achter de bijzondere opsporing: dit type bewijsvergaring is noodzakelijk omdat andere bronnen (getuigenverklaringen) niet beschikbaar zijn.[117]

Wil de verdachte achter een bijzonder opsporingsverbaal of een tapverslag kunnen kijken, dan moet hij toegang verzoeken tot de door middel van technische hulpmiddelen gemaakte registraties daarvan. Voor zover dergelijke registraties niet bestaan, is de verdachte aangewezen op nadere ondervraging van opsporingsambtenaren. Essentie van het recht op een eerlijk bewijsgebruik in de context van (mogelijk) onrechtmatig verkregen bewijs is dat de verdachte ook recht heeft op dergelijke informatie, zodat eventuele normschendingen in dat verband afdoende kunnen worden onderzocht.

Twee mogelijke knelpunten kunnen in dat verband worden gesignaleerd. In art. 6 EVRM (en in het nationale recht) zijn, in de eerste plaats, de procesrechten van de verdachte in verband met interne openbaarheid en getuigenbewijs vooral georiënteerd op de bewijsvraag in inhoudelijke zin. 's Hofs rechtspraak in verband met eerlijk bewijsgebruik heeft de strekking dat die rechten ook kunnen worden uitgeoefend in de context van verzet tegen bewijsgebruik vanuit de optiek van de rechtmatigheid van verkrijging. In het nationale recht is niet uitgesloten dat de verschillende informatierechten ook in dat verband kunnen worden uitgeoefend. In beide sferen – dat van het verdrag en van het nationale recht – is de grondslag voor de inzet van dergelijke bevoegdheden in de context van (mogelijke) normschending bij verkrijging aldus impliciet. Het is in beide gevallen de rechter die de (voor een ander doel) gegeven rechten zo leest dat zij ook in het kader van rechtmatigheidstoetsing kunnen worden aangewend. Vraag is dan of een dergelijke impliciete grondslag sterk genoeg is in die zin dat de verdediging ook evenveel aanspraak

116 Daarmee hebben dergelijke verbalen in principe ook de versterkte bewijskracht van art. 344 lid 2 WvSv.

117 Tenzij het gaat om een proces-verbaal waarin relaas wordt gedaan van de informatie die aan een opsporingsambtenaar is verschaft door een bijstand verlenende burger.

maakt op die rechten in de context van de rechtmatigheidstoetsing. Heeft de verdediging aldus evenveel recht op het horen van een opsporingsambtenaar over de wijze waarop een bepaalde opsporingsbevoegdheid is toegepast[118] als dat hij recht heeft op een getuige die kan verklaren over het tenlasteglegde feit in inhoudelijke zin?

Een tweede knelpunt ligt daarin dat de verdediging mogelijk juist directe toegang tot onderzoeksinformatie wil hebben. De wetgever is er wel van uitgegaan dat de verdachte behoefte zou kunnen hebben aan oorspronkelijke onderzoeksresultaten. Te dien einde is, (mede) in de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden in Titel VC van het eerste boek van het Wetboek van Strafvordering een ter zake doende regeling opgenomen. In het bijzonder moet daarbij worden gedacht aan de regeling van art. 126cc WvSv en het Besluit bewaren en vernietigen niet gevoegde stukken, waaruit de verplichting voortvloeit, *grosso modo*, dergelijke onderzoeksresultaten te bewaren zo lang dat uit oogpunt van het verdedigingsbelang noodzakelijk zou kunnen zijn. Ook van belang in dit verband is de regeling van art. 126ee WvSv en het daaraan gekoppelde Besluit technische hulpmiddelen, waarin verschillende regelingen zijn getroffen een kwalitatief deugdelijke registratie beogen te bevorderen, alsmede manipulatie van verkregen resultaten beogen tegen te gaan.[119] Niets

118 Zie in verband met overige problematiek bij het horen van opsporingsambtenaren: HR 19 december 1996, NJ 1996, 246; HR 4 februari 1997, NJ 1997, 308; HR 24 oktober 2000, NJ 2000, 740. Zie bij dat laatste arrest, rechtsoverwegingen 4.3 t/m 4.4.: 'Het Hof heeft geoordeeld dat de enkele omstandigheid dat een dergelijke – op initiatief van de leidinggevenden bij de politie – aan politieambtenaren aangeboden training heeft plaatsgevonden, niet meebrengt dat in deze zaak van een eerlijk proces geen sprake kan zijn. Het Hof heeft de wijze waarop de training is gegeven om een aantal redenen onverstandig geacht en geoordeeld dat daardoor de schijn is gewekt dat met die training (mede) werd beoogd de door de getuigen af te leggen verklaringen te beïnvloeden. Voor de beantwoording van de vraag of de belangen van de verdediging wezenlijk zijn geschaad heeft het Hof beslissend geacht of met die training daadwerkelijk is beoogd de getuigen te beïnvloeden "ten detrimente van het waarheidsgehalte van hun verklaring" en voorts of die training tot gevolg heeft gehad dat de getrainde getuigen de hun ter terechtzitting gestelde vragen niet naar behoren en naar waarheid hebben beantwoord. Het Hof heeft een en ander niet aannemelijk bevonden en is uiteindelijk tot de slotsom gekomen dat van wezenlijke schending van de belangen van de verdediging, welke zou moeten leiden tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de vervolging, geen sprake is geweest. (...) Die gedachtegang, waarin besloten ligt 's Hofs juiste oordeel dat een getuigentraining van deze aard achterwege had dienen te blijven, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, in het bijzonder niet omtrent het bepaalde in art. 6 EVRM, terwijl zij evenmin onbegrijpelijk is'. Zie ook HR 19 december 1996, NJ 1996, 246 en HR 29 april 1997, NJ 1997, 666, in verband met het horen van (enkel) de teamchef van opsporingsambtenaren.

119 In zijn standpuntbepaling naar aanleiding van de eindevaluatie van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, heeft de Minister van Justitie aangekondigd dat hij zal bezien in hoeverre een versoepeling van de ten aanzien van het gebruik van technische hulpmiddelen geldende strikte (veel administratief werk vergende) regime, mogelijk is. Uit het onderzoek is namelijk gebleken dat opsporingsinstanties die regels als zo strikt en nodeloos tijdverslindend ervaren, dat liever niet tot gebruik wordt overgegaan. Brief van de minister bij de aanbieding van de rapporten 'De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden eindevalu-

in de wet belet de verdachte daarenboven toegang te verzoeken tot achterliggende (oorspronkelijke) informatiebronnen. Op basis van art. 126aa lid 5 WvSv kan de verdachte of diens raadsman de officier van justitie schriftelijk verzoeken bepaalde, door hem aangeduide, processen-verbaal of andere voorwerpen bij de processtukken te voegen. De verdachte kan zich bovendien steeds wenden tot de rechter met verzoeken tot verstrekking van door hem gewenste informatie, de regeling van art. 30-33 WvSv is onverkort van toepassing in bijzondere opsporingsonderzoeken.

Die mogelijkheden garanderen echter niet dat toegang tot achterliggende informatie onproblematisch is. In de eerste plaats kan die informatie, als gezegd, zeer omvangrijk zijn. De verdediging dient ook de tijd te hebben daarvan kennis te kunnen nemen. Daarenboven dient de verdediging verzoeken ook afdoende concreet te kunnen formuleren om aanspraak te maken op dergelijke informatie. De kern van de hier bedoelde problematiek is evenwel gelegen in het volgende. In het nationale recht kan worden uitgegaan van een hiërarchische rangschikking van de informatierechten van de verdachte, en wel in twee opzichten. In de eerste plaats kan ervan worden uitgegaan dat een rechter het recht van de verdachte op informatie, wegens de nadruk die ligt op de waarheidsvinding in het strafproces, sterker zal achten wanneer die informatie betrekking heeft op de bewijsvraag in houdelijke zin dan wanneer het gaat om de toetsing van de rechtmatigheids van het opsporingsonderzoek (oftewel, het eerste hierboven genoemde knelpunt). In de tweede plaats kan problematiek ontstaan indien ervan uit wordt gegaan dat de verdediging in het algemeen méér recht heeft op getuigenverklaringen heeft dan op andere vormen van procesinformatie.[120] Dat laatste zou niet volgen uit prevalentie van waarheidsvinding als procesdoel, maar uit het gegeven dat de getuigenverklaring in de (klassieke) wettelijke vormgeving van strafvordering als primaire informatiebron is aangewezen. Waar vastgehouden wordt aan die klassieke rangschikking, kan het zijn dat het informatierecht van de verdachte, die in een bijzonder opsporingsonderzoek juist behoefte heeft aan andere vormen van informatie, niet goed wordt geëffectueerd.

In hoeverre zijn rangschikkingen als hier bedoeld verwerkt in art. 6 EVRM, hoe sterk zijn zij, en in hoeverre kan die bepaling meebewegen met afwijkingen die voortvloeien uit bijzondere opsporingsonderzoeken? Wat de bovenschikking van de informatierechten waar deze uitgeoefend moeten worden in het

---

atie' en 'Evaluatie Herziening GVO', met beleidsstandpunt, Tweede Kamer, vergaderjaar 2004-2005, 29940, nr. 1, p. 4-5.

120 In de Memorie van Toelichting bij de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden is bij de bespreking van de openbaarheideisen voor de bijzondere opsporing gesteld dat '(i)n het bijzonder de regeling voor het horen van getuigen (...) tot problemen (kan) leiden. (...) De rechten van de verdediging dienen evenwel zo min mogelijk te worden bekort: het gaat hier in het bijzonder om het recht om bij de ondervraging van de getuige aanwezig te zijn en deze zelf vragen te (doen) stellen'. Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, p. 19.

kader van de bewijs- respectievelijk de rechtmatigheidsvraag betreft, kan in ieder geval worden vastgesteld dat het EHRM uitgaat van het bestaan van een informatierecht bij beide doelen. Deugdelijke informatievoorziening over het onderzoek wordt in de rechtspraak duidelijk essentieel geacht,[121] hetgeen, als gezegd, in zichzelf wijst op een 'recht op rechtmatigheidstoetsing'. Terwijl de verdragsrechtspraak, vanwege terughoudendheid van het Hof zich in te mengen in feitelijke beoordelingen van de bewijsvraag door de nationale rechter, weinig aanknopingspunten biedt voor de vaststelling in welke mate gevolg dient te worden gegeven aan de verwezenlijking van informatierechten in dat verband,[122] is dat anders in de context van de toetsing van de recht-

121 Zie voor deze rechtspraak, waarin het dus niet per se ging om afgeschermde getuigenverklaringen, maar veeleer om afgeschermde opsporingsinformatie, ongeacht de vormgeving en ten aanzien van niet alleen de bewijsvraag maar ook de rechtmatigheidstoetsing: EHRM 3 februari 2004, *M.S. v. Finland*, Appl. nr.: 46601/99; EHRM 25 november 1992, *Edwards v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nr.: 13071/87, Series A no. 247-B; EHRM 16 februari 2000, *Rowe en Davis v. Het Verenigd Koninkrijk,* Appl.nr.: 28901/95; EHRM 16 februari 2000 *Fitt v. Het Verenigd Koninkrijk*, App.nr.: 29777/96, de daarmee zeer vergelijkbare EHRM 16 februari 2000, *Jasper v. Nederland*, Appl. nr.: 27052/95; *P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 111, *Edwards en Lewis v. Het Verenigd Koninkrijk, supra,* noot *38*; EHRM 19 juni 2001, *Atlan v. het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nr.: 36533/97; EHRM 19 december 2000, *I.J.L. e.a. v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nrs.: 29522/95, 30056/96 en 30574/96; Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 21 januari 2003, *Noye v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nr.: 4491/02; EHRM 8 oktober 2002, *Snooks en Dowse v. Het Verenigd Koninkrijk,* Appl. Nrs.: 44305/98 en 49150/99; *Lorsé v. Nederland, supra,* noot *24*; Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 4 maart 2003, *Denton v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl. Nr.: 28231/02; Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 21 januari 2003, *Mansell v. Het Verenigd Koninkrijk,* Appl.nr.: 60590/00; Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 28 februari 2002, *Lavrsen v. Denemarken,* Appl.nr.: 46119/99 en Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 23 november 2004, *Glover v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nr.: 39835/03.

122 Zie evenwel EHRM 8 april 2008 (final: 8 juli 2008), *Gradinar v. Moldavië*, Appl.nr.: 7170/02, waarin het Hof art. 6 EVRM geschonden achtte wegens het ontbreken van *sufficient reasons* voor de veroordeling, mede gelet op het bewijs in inhoudelijke zin. Zie met name in dat verband de *dissenting opinion* van rechter Bratza, *joined* door rechter Pavlovschi en met name de (aparte) dissenting opinion van rechter Pavlovschi, waarin hij stelt: '(i)t is not open to international judges to re-assess the facts and the law in the place of national courts, because international judges do not have the possibility to fully examine charges brought against an accused, because they do not have sufficient knowledge of the member-State's language, or of its national legislation or the practical application thereof. But to examine this issue in abstracto, in my view, would run counter to the basic principles of justice. In so far as the applicant's complaint may be understood to concern assessment of the evidence and the result of the proceedings before the domestic courts, it is necessary to reiterate that, according to Article 19 of the Convention, the Court's duty is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting Parties to the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention. Moreover, while Article 6 of the Convention guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence or the way it should be assessed, which are therefore primarily matters for regulation by national law and the national courts (…). That is why it is not by chance that the European Court of Human Rights has constantly refused to act as a "fourth-instance" court. (…). In substance, the applicant complained mainly about the assessment of evidence and the result of the

matigheid van de bewijsverkrijging. Immers, in dat verband is de mate van noodzakelijk herstel afhankelijk van de aard en ernst van een (eventuele) normschending. Als onderdeel van het herstelkader is de effectuering van informatierechten aldus ook onderworpen aan de werking van die graduele schaal.

Eveneens is duidelijk in de rechtspraak van het Hof dat het informatierecht niet beperkt is tot bepaalde *vormen* van informatie. Uit de rechtspraak kunnen evenwel weinig conclusies worden getrokken in verband met het bestaan van een eventuele rangschikking daarin.[123] De vormgeving van verschillende typen informatierechten biedt evenwel aanknopingspunten. Evenals in het nationale recht, waarin er veel geregeld is omtrent het recht op getuigen, maar weinig omtrent het recht op andere typen informatie,[124] wordt in art. 6 EVRM het recht op getuigen in de tekst van de bepaling, door de expliciete verwijzing ernaar, benadrukt. Het recht op andersoortige informatie wordt impliciet afgeleid uit de eerlijkheidsnotie in art. 6 lid 1 EVRM. Wel geldt ook hier als aanknopingspunt dat de aard en ernst van de onderliggende (eventuele) normschending bepalend zal zijn voor de mate waarin informatierechten dienen te worden verwezenlijkt, ongeacht de vorm waarin informatie is vervat.

Onduidelijkheid omtrent de sterkte van rechten op bepaalde typen informatie (inhoudelijke bewijsinformatie versus rechtmatigheidsinformatie) en vormen daarvan (getuigenverklaringen versus andere vormen), is van een wezenlijk

---

proceedings before the domestic courts. This Court has already stated on numerous occasions that it is not its task to act as an appeal court of "fourth instance" by calling into question the outcome of domestic proceedings. The domestic courts are best placed to assess the credibility of witnesses and the relevance of evidence to the issues in the case and to interpret and apply the rules of substantive and procedural law. (…). Insofar as the relevant domestic decisions do not reveal any manifestly arbitrary reasoning, I consider that the applicant's complaint under Article 6 § 1 is manifestly ill-founded and should have been rejected in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention or, alternatively, that no violation should have been found in the instant case.

123 Zie ook: P. van Dijk/F. van Hoof/A. van Rijn/L. Zwaak (Red.), a.w., p. 586: '(…) a court decision which is exclusively or almost exclusively based upon indirect evidence of witnesses, has not been taken in accordance with the fair-trial requirement, unless in some way or another an adequate possibility for contradiction and counter-evidence has been afforded. The same holds good with respect to other evidence, such as tape recordings; defence against its contents must be allowed and still be practicable. According to the Court Article6 (1) does not require access to the tape itself. Its relevance for the trial depends, inter alia, on the vital character of the contents of the tape for the evidence, while it is also relevant whether the transcript of the tape has been verified by an independent person', met verwijzing naar EHRM 24 november 1986, *Gillow v. Het Verenigd*, Series A, 109, EHRM 12 juli 1988, *Schenk v. Duitsland*, Series A, 140 en EHRM 2 juli 2002, *S.N. v. Zweden*, Reports of Judgments and Decisions 2002-V.

124 De regeling is in het tweede geval veelal beperkt tot de artikelen 30-33 WvSv, waaraan thans zijn toegevoegd de hierboven genoemde algemene bepalingen in titel Vc van het eerste boek van het Wetboek van Strafvordering. In dat verband moet ook (de toepasselijkheid van) de verbaliseringsplicht in art. 152 WvSv worden gezien als bevorderlijk voor de informatierechtsverwezenlijking.

belang. Waar geconstateerd moet worden dat in de context van de bijzondere opsporing juist bepaalde typen en vormen van informatie van grotere betekenis zijn geworden, kan dat nopen tot bijstelling van aangehouden klassieke differentiaties.

2.4.1.3 *Adversaire, gelijkbewapende gedingvoering, (offensieve en defensieve) verdedigingsparticipatie*

De uitwerking van art. 6 EVRM wordt niet alleen beïnvloed door strafvorderlijke ontwikkelingen, zij is ook afhankelijk van welk basisidee omtrent strafvordering aan de bepaling ten grondslag wordt gelegd. Strafvorderlijke stelsels van de lidstaten van de Raad van Europa zijn allen geconstureerd op uiteenlopende structuren. Wil het een toereikende, effectieve bescherming bieden in de context van al die stelsels, moet het eerlijk-proces-recht basisbeginselen vertegenwoordigen die bij voorkeur algemeen en systeemoverstijgend zijn. Het Hof maakt evenwel – daargelaten hybride elementen in de verdragsrechtspraak – wel bepaalde principiële keuzes.

Gesteld is dat het EHRM bij de interpretatie van art. 6 EVRM uitgaat van het principe van adversaire, gelijk bewapende procesvoering.[125] Die insteek

125 Algemeen wordt ervan uitgegaan dat actuele procestypen meer of minder accusatoir of inquisitoir zijn ingericht en dat zuivere vormen niet meer voorkomen. Zie A.C. 't Hart. Inquisitoir of accusatoir. Een maatstaf voor de positie van de bekennende verdachte, In: J.H. Nijboer e.a. (Red.), Een afzonderlijke procedure voor de bekennende verdachte, Gouda Quint, Arnhem 1993, p. 39-44. Zie ook: P. Roberts/A. Zuckerman, a.w., p. 43: '(...) the terms 'adversarial' system or process, and its almost inevitable point of comparison in the 'inquisitorial' (a.k.a. 'civilian' or 'continental') system, are ideal-typical models constructed for explanatory purposes. They are valuable tools because they simplify complex processes and emphasize their characteristic features. But precisely because these models are substantial, and occasionally gross, simplifications we should not expect any real, functioning criminal process to match up exactly with any single mode. Criminal procedures currently in operation in particular jurisdictions are in fact amalgams of different ideaal-types, and their inclusion in one or 'families' of criminal process is really a matter of degree. If the 'adversarial' and 'inquisitorial' models are not conceived as opposite ends on the procedural spectrum, particular criminal justice systems may be arranged along a continuum according to their affinity with either polar extremity. Rather than pigeon-holing systems within a rigid, and misleading, adversarial-inquisitorial dichotomy, we might then speak of particular aspects of criminal process as more or less adversarial and more or less inquisitorial'. Roberts/Zuckerman verwijzen naar Nijboer in verband met de hypothese dat het 'inquisitorial model' vooral een 'phantom of the common lawyer's imagination' is 'which few continental scholars would find genuinely illuminating' waar deze laatste stelt dat '(...) the differences between the European countries as to the subject of the law of evidence are really huge. They are much larger than the differences belonging to the 'Common Law Family'. (...) The very concept of the adversarial system and the adversary process is often used in Anglo-American-Australian literature (...) It is not easy to find counter examples on the European continent referring to its system as 'inquisitorial'. Seen from the European side, the concept of inquisitorial or even the contrast between inquisitorial and adversarial does not cover the differences in style on the continent (...)'. P. Roberts/A. Zuckerman, a.w., ibidem, met verwijzing naar: J.F. Nijboer, Common Law Tradition in Evidence Scholar-

ligt voor de hand, gelet op de historische affiniteit van het eerlijk-proces-recht met de *common law* notie van *due process*. Gesteld is eveneens dat onduidelijk is wat daarmee (zeer) concreet wordt bedoeld, en welke implicaties dat uitgangspunt heeft voor het procesconcept dat het Hof aan art. 6 EVRM ten grondslag ziet gelegd.

In het inleidend hoofdstuk is gewag gemaakt van de intentie van de wetboekgever van 1926 de nationale strafvordering een meer accusatoir karakter te geven. Daarbij is aan dat concept een bepaalde betekenis toegekend, namelijk dat van dergelijke procesvoering sprake is '(...) wanneer daarin de met de vervolging belaste Overheid en de verdachte beide als zelfstandige, in hoofdzaak gelijk gerechtigde procespartijen zijn erkend'.[126] Die lezing moet evenwel als te beperkt worden opgevat. Wanneer een strafproces (uitsluitend) op basis van dat uitgangspunt zou worden gevoerd, zou de verdachte, die bij een strafproces natuurlijkerwijs achtergesteld is ten opzichte van zijn 'tegenpartij', zich in een tamelijk rampzalige positie bevinden. Op hem zou immers een gelijke bewijslast vallen, noch zijn zwijgrecht, noch de onschuldpresumptie zouden tot uitdrukking kunnen komen. Hij zou ook geen aanspraak kunnen maken op voor zijn processtandpunten bevorderlijke informatievoorziening – ook met betrekking tot hem ontlastende informatie – door de aanklager. Dergelijke rechten, die ook in het verband van art. 6 EVRM als essentieel voor eerlijke strafprocedures worden gezien,[127] vormen juist doorbrekingen van de (adversaire) gelijkheidsnotie en worden ook in de *common law* erkend als noodzakelijke correcties op de '*adversarial deficit*'.[128]

Adversaire, gelijkbewapende gedingvoering brengt in de context van het strafgeding veel meer met zich mee dan dat partijen – zo veel als mogelijk – vanuit gelijke posities opereren. Roberts en Zuckerman noemen als *incidents*

---

schip Observed from a Continental Perspective, (1993) 41, American Journal of Comparative Law 299, 301 en 334-335.

126 Memorie van Toelichting Wetboek van Strafvordering 1926, zoals opgenomen in A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a., Het Wetboek van Strafvordering, Deventer, Kluwer (losbladig), suppl. 30 (februari 1980), (verder: Memorie van Toelichting, Wetboek van Strafvordering, 1926), p. 11.

127 Verschillende 'doorbrekende' rechten gelden niet voor de 'civiele procedures' als bedoeld in art. 6 lid 1 EVRM. De conclusie kan zijn dat dergelijke gedingen wel in de door de wetboekgever van 1926 bedoelde 'zuiver' accusatoire zin kunnen worden gevoerd.

128 Zie P. Roberts/A. Zuckerman, a.w., p. 15 en p. 52- 57. '(...) (T)he celebrated fairness of adversarial proceedings can only be sustained for as long as the accused have sufficient resources to secure their meaningful participation in criminal litigation'. Ibidem, p. 53. Ten dien einde, '(i)n orde to neutralize the worst effects of inequality of arms on the fairness and efficacy of adversarial criminal trial, English law has developed a range of procedural techniques and evidentiary devices which compensate for the inevitable imbalance of resources between prosecution and the defence'. Ibidem, p. 54. Technieken die zij in dat verband noemen zijn: de onschuldpresumptie en de bij strafzaken aangehouden bewijslastverdelingen en –standaarden, de interne openbaarheidsverplichtingen van de aanklager, het recht op gratis rechtsbijstand en de werking van *Codes of Ethics* die gelden voor aanklagers als beroepsgroep en het zwijgrecht van de verdachte. Ibidem, p. 54-57 en p. 15.

of adversarialism de volgende aspecten: (1) dat procedures door partijen worden gedomineerd en dat de rechter lijdelijk is; (2) dat '*adjudication*' '*continuous, oral and public*' is; (3) – in het Engelse adversaire proces – dat mechanismen bestaan om het *adversarial deficit* te niet te doen en (4) dat *'legitimate dispute resolution'* (in contrast met waarheidsvinding) een '*overriding objective*' is.[129]

Maar wat begrijpt het Hof dan precies onder adversaire procesvoering, welke doorbrekingen daarvan worden in de Straatsburgse rechtspraak noodzakelijk bevonden in verband met de *adversarial deficit*? Hebben de lidstaten, elk met hun eigen traditioneel historisch-cultureel bepaalde procesconcept, door het verdrag te ondertekenen, zich verbonden tot verwezenlijking van de *common law* noties van *due process*? Zo het Hof inderdaad uitgaat van een concrete blauwdruk in dat verband, past een daarop gebaseerd systeem wel (naadloos) op alle rechtsordes waarop art. 6 EVRM van toepassing is, die uitgaan van een geheel ander blauwdruk? Worden door het Hof, via de aanname van een (in principe) adversair procesmodel ook bepaalde procesfenomenen binnen de sfeer van art. 6 EVRM binnengebracht (en zodoende voor alle lidstaten verplicht gesteld), die eigenlijk niet vallen onder de noemer van '*incidents of adversarialism')*,[130] maar samenhangen met contextuele eigenaardigheden van een bepaald nationaal procesmodel?[131]

Antwoorden op dergelijke vragen zijn niet te vinden in de verdragsrechtspraak. Het Hof geeft wel aan uit te gaan van het adversair procesconcept, doch geeft daarvan geen uitgebreide omschrijving. Ook wordt niet bij elke keuze van het Hof bij interpretaties van art. 6 EVRM deelrechten steeds aangegeven of die al dan niet voortvloeiten uit het door het Hof (ook weer al dan niet (bewust)) aangehouden adversair concept.

Onduidelijk omtrent 's Hof's onderliggende opvattingen ten aanzien van adversaire principes en committering daaraan kan precair zijn. De introductie van systeemvreemde elementen in een procescontext die daarop niet is ingericht, kan juist betekenen dat het eerlijkheidsdoel niet wordt behaald. Zo kan één implicatie van de noties van gelijkheid van wapenen en adversaire procesvoering zijn dat, nu dient te worden uitgegaan van een gelijke strijd tussen

129 Ibidem, p. 47-58.

130 Ibidem, p. 47.

131 Onder dergelijke procesfenomenen vallen volgens Roberts en Zuckerman – althans in de context van het Engelse recht – het recht op een openbare zitting en het recht op berechting door een jury. Ibidem, p. 45-46. Over dat laatste fenomeen doen zij de volgende uiteenzetting: '(j)ury trial likewise, is an historical accretion on adversarialism – or rather, since juries pre-date adversary process by five centuries or more, we might say that the modern adversarial trial incorporated the pre-existing institution of the lay jury. For reasons not altogether clear, and on the basis of arguments not altogether convincing, trial by jury of twelve ordinary men and women has come to be lauded in the popular imagination as a keystone of British justice, whilst the United States it has been elevated to the status of a constitutional right. However, the adversary process, which requires only that adjudicators make an impartial and independent decision on the merits, is indifferent to lay involvement in adjudication, and quite compatible with none at all'. Ibidem, p. 46.

partijen, alle partijen niet alleen bepaalde rechten dragen, maar ook verplichtingen om die rechten (zelf) te verwezenlijken. Doortrekking van die noties kan dus betekenen dat de verdediging een bepaalde verantwoordelijkheid heeft procesrechten te activeren en zelf zorg te dragen voor een effectieve benutting daarvan. Verzuimen in dat verband kunnen dan ook voor rekening van de verdediging komen. Verzuimen van de raadsman kunnen, bij het aannemen van identiteit tussen de verdachte en zijn raadsman, ook voor rekening van de verdachte komen.

Wanneer het eerlijk-proces-recht uitgaat van een bepaalde mate van verdedigingsinspanning en aan verzuimen dienaangaande tamelijk automatisch verlies van rechten koppelt, kan de overname van dat uitgangspunt problematisch zijn waar in een nationale context noch een traditie van offensieve verdediging bestaat, noch de wettelijke structuur daarop is gericht. Zeker waar in een bepaald systeem, zoals in Nederland, juist de niet-lijdelijke rechter en het openbaar ministerie, al dan niet vanuit een inquisitoire traditie, een belangrijke deel van de waakzaamheid over verdedigingsrechten voor hun rekening nemen, kan het aanhouden van hoge standaarden voor verdedigingsparticipatie tot onredelijke eisen leiden.

Aan een eis van actieve verdedigingsparticipatie in strafzaken moet wel – bij welke vorm van proces dan ook – een bepaalde grens worden gesteld. Dat geldt ook bij adversaire processen. Ergens moet immers de adversaire gelijkheidslijn worden doorbroken willen bepaalde fundamentele rechten die de verdachte in strafzaken heeft, worden gerealiseerd. Zo zou het zwijgrecht illusoir zijn wanneer van de verdachte wordt verwacht dat hij actief tegen de bewijspresentatie van de aanklager ingaat.[132] Waar de grens ligt tussen het recht op passiviteit en de plicht tot actieve inspanning zal bij elk deelrecht verschillend zijn. Mogelijk kan dat afhankelijk zijn van de mate waarin het gaat om een deelrecht dat meer of minder in lijn is met de noties van accusatoire procesvoering en gelijkheid van wapenen (het recht op tegenspraak) of juist een doorbreking daarvan betreft (het zwijgrecht).[133] Er bestaat dus wel

132 Ook in geval van het zwijgrecht geldt overigens dat het EHRM (evenals als de nationale rechter) in voorkomende gevallen een bepaalde mate van participatie verlangt van de verdachte. In gevallen waarin de verdachte is blijven zwijgen waar een verklaring noodzakelijk wordt geacht voor een bepaalde aangelegenheid, kan het zwijgen zelfstandig als bewijs tegen de verdachte worden gebruikt. Zie onder andere: EHRM 8 februari 1996, *Murray v. Het Verenigd Koninkrijk*, Reports 1996-I, § 47.

133 Zie Beijer over het recht op inzage in het accusatoire stelsel in de Verenigde Staten: '(h)et recht op inzage lijkt op het eerste gezicht moeilijk te verenigen met het strijdmodel van het strafproces; hierin past immers niet de dwang om voor het begin de strijd de sterke en zwakke kanten punten aan de tegenpartij kenbaar te maken. De toekenning van een (beperkt) inzagerecht aan de verdediging is dan ook geruime tijd een omstreden zaak geweest. Tegenstanders menen dat hierdoor het machtsevenwicht tussen aanklager en verdediger wordt verstoord. Dit omdat inzage in het bewijsmateriaal niet op basis van wederkerigheid kan gebeuren vanwege het recht van de verdachte niet aan zijn eigen veroordeling meer te hoeven werken. De voorstanders stellen echter dat de adversaire

een verschil tussen 'actieve' procesrechten die aan de verdachte worden toegekend (daarin kan in verdergaande mate ook een plicht tot handelen worden ingelezen) en procesrechten van de verdachte die hem het recht toekennen – in bepaalde mate – passief te blijven.

Hoe dan ook, vooral bij de 'actieve' procesrechten kan in een adversair – of een door het Hof (gedeeltelijk) autonoom in te vullen – procesconcept meer van de verdediging worden verwacht. Waar de verwezenlijking van dergelijke rechten niet alleen afhankelijk is van de inspanningen van overheidswege om deze te effectueren, maar ook van die van de verdediging zelf, wordt de overheid ontslagen van een deel van de verplichting en wordt het *recht* daarmee kleiner, in die zin dat beperkingen kunnen worden genuanceerd door te verwijzen naar de eigen verantwoordelijkheid van de verdediging. In het geval dat een bepaald recht niet goed is verwezenlijkt en dit (mede) gelegen is in verzuimen aan de verdedigingszijde, wordt het gevolg – dat het recht feitelijk niet is verwezenlijkt – door de aanname van een eigen verantwoordelijkheid geneutraliseerd.

Het stellen van (hoge) standaarden voor verdedigingsinspanning *in de context van de bijzondere opsporing* is nader problematisch. Bijzonder opsporingsonderzoek vindt heimelijk plaats; de verdediging (maar ook de rechter), is sterk afhankelijk van het openbaar ministerie voor procesinformatie. De zaken zijn, niet in de laatste plaats omdat het niet gaat om een veelheid van delicten en verdachten, uit kwantitatief en kwalitatief perspectief complex. De blijvende diffuusheid van de bijzondere opsporing ten opzichte van het mensenrechtelijk kader draagt daaraan bij. Hoe meer eisen aan de verdediging worden gesteld en hoe meer beperkingen worden opgelegd bij de onderbouwing van verzoeken om stukken en nader onderzoek, de oproeping van getuigen, bij het verhoren van getuigen, bij (de onderbouwing van) onrechtmatigheidsverweren of meer in het algemeen bij bewijsverweren – laat staan bij een eigen bewijspresentatie – des te hoger de drempels voor effectieve verwezenlijking van rechten.

---

structuur van de gedingfase pas echt tot zijn recht kan komen als de verdachte op de hoogte wordt gesteld van het belangrijkste bewijsmateriaal dat de officier in handen heeft, daar de verdachte in de voorfase in een zwakke positie verkeert. De officier heeft immers veel onderzoeksmogelijkheden die de verdachte ontbeert; het recht op inzage herstelt het evenwicht tussen de partijen. Volgens de huidige federale wetgeving heeft de verdachte een zeer beperkt inzagerecht. Zo wordt de verdachte uitdrukkelijk het recht ontzegd regeringsrapporten en verklaringen van getuigen a charge in te zien. Een initiatief om de discovery rules te liberaliseren en de verdachte ook inzage te geven in de verklaringen en de personalia van getuigen a charge is op niets uitgelopen; de wetgever vreest dat hierdoor de bedreiging van getuigen drastisch zal toenemen'. A. Beijer, Bedreigde getuigen in het strafproces, Diss. Utrecht, Gouda Quint, Deventer, p. 89-90.

a) Illustratie aan de hand van de informatierechtsverwezenlijking

De informatierechtsverwezenlijking kan bijzonder illustratief zijn voor de hier bedoelde problematiek.[134] Uiterlijk op het wettelijk aangewezen moment krijgt de verdediging in nationale strafzaken – en dat kan ten aanzien van verschillende soorten informatie verschillend zijn – inzage in het door het openbaar ministerie samengesteld procesdossier, hetzelfde dat naar de rechter wordt gestuurd. Het procesdossier omschrijft alle onderzoekshandelingen en de resultaten daarvan, en vormt daarmee de grondslag voor het geding. De verdediging kan dus in deze passief blijven. Wil de verdediging getuigen oproepen bij het onderzoek ter terechtzitting, dan kan dat eerst bij de officier van justitie, en later kan dat verzoek, ingeval het niet succesvol is geweest, worden herhaald bij de rechter, zo ook verzoeken omtrent nadere stukken of andere onderzoekshandelingen. Afhankelijk van de fase waarin die verzoeken worden gedaan, kunnen zij op de daarvoor geldende wettelijke gronden worden afgewezen.

Uitgangspunt is echter dat het openbaar ministerie geldt als opsteller van het procesdossier, of ruimer, het geheel van de procesinformatie op basis waarvan het geding zal worden gevoerd, en dat de verdediging in het merendeel van gevallen vraagt om toelichtende supplementen daarop. Van een los van hetgeen door het openbaar ministerie wordt aangedragen staande inspanning tot introductie van een eigen 'dossier' is geen sprake. Daarvan kan overigens ook geen sprake zijn, nu het door het openbaar ministerie (ook aan de verdachte) aangeleverde procesdossier, '(…) naast datgene wat in tegenwoordigheid van de verdachte en de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie in raadkamer of op de terechtzitting wordt geopenbaard of door de rechter wordt waargenomen, voor de rechter de exclusieve bron van informatie is'.[135] Van een tweezijdige in- en doorstroom van partijgebonden informatie in het strafproces is dus in het algemeen geen sprake: in nationale strafzaken wordt recht gesproken binnen de beperkte kaders van het procesdossier, waarvan de inhoud, en daarmee ook de inzet van het geding, voornamelijk wordt bepaald door de vervolgende autoriteit.

Aan de hand van het door de vervolgende autoriteiten opgemaakte procesdossier, wordt ter discussie gesteld of dat procesdossier wel volledig is, en of daaraan niet iets zou moeten worden toegevoegd. Het informatierecht is dan niet meer dan een correctierecht op het procesdossier, dat in hoofdzaak zelf niet aan de orde wordt gesteld. De beantwoording van de door de rechter te beslechten procesvragen geschiedt derhalve op basis van een tirannie van

---

134 Betekenisvol kan overigens worden geacht dat het (impliciete) recht op interne openbaarheid in art. 6 lid 1 EVRM in de verdragsrechtspraak structureel wordt gekoppeld aan het met adversaire procesvoering sterk samenhangende principe van gelijkheid van wapenen. Zie daarover nader, hieronder, paragaraaf 2.5.4. In zoverre heeft dit belangrijk component van het geconsolideerde informatierecht in art. 6 EVRM bij voorbaat een meer bij *common law* procesvoering behorende karakter.

135 P.J. Baauw, aant. 1 op art. 30 (sppl. 109, oktober 1998), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

dat procesdossier, en de gedingvoering is daarmee binnen die kaders op slot gezet. De informatierechtsverwerkelijking neemt dus vooral de vorm aan van een eenzijdige informatie*voorziening* door de vervolgende overheid. De verdediging is passief, en voorziet de rechter zelf, buiten een reactie op hetgeen door de overheid wordt ingebracht en incidentele bevragingen om correctie, ook weer door de overheid, veelal niet van een eigen inbreng.

Zulks behoeft niet problematisch te zijn, doch alleen wanneer ervan uit kan worden gegaan dat die inbreng juist niet eenzijdig of onvolledig zal zijn, maar ideaal zal zijn in die zin dat ook alle ontlastende en rechtmatigheid rakende mogelijkheden daarin worden geïntroduceerd en besproken. Dat uitgangspunt fungeert dan ook als theoretische ondergrond van de deugdelijke informatievoorziening: het openbaar ministerie wordt geacht daarvoor zorg te dragen.

Problematisch blijft evenwel, dat bijzondere opsporingsonderzoeken zeer complex kunnen zijn, en tot omvangrijke procesinformatie kunnen leiden. Wil de verdediging op effectieve wijze kunnen ageren tegen de door het openbaar ministerie aangehouden standpunten ten processe, vergt dat grote inspanningen aan de zijde van de verdediging om niet alleen kennis te nemen van alle informatie, maar ook deze te doorgronden en bij nadere verzoeken tot informatie ook de juiste vragen te kunnen stellen.

Franken ziet als oplossing voor de informationele achterstand van de verdediging dat aan de verdediging de mogelijkheid moet worden gegeven zelf invloed uit ten oefenen op de samenstelling van de ten processe in te brengen informatie.[136] Participatie in de opbouw van de informatie-inbreng is volgens hem voor de verdediging mogelijk door inschakelen van getuigen, deskundigen en particuliere recherchebureaus, mogelijkheden waarvan de laatste tijd kennelijk frequenter gebruik wordt gemaakt.[137] Echter:

> '(t)egelijkertijd moet worden onderkend dat deze gang van zaken niet aansluit op de Nederlandse procestraditie, waarin voor een zelfstandig onderzoek door de verdediging nimmer een belangrijke rol is weggelegd. Mede daaruit kan het terughoudend gebruik van deze mogelijkheid worden verklaard en ook de argwaan waarmee de resultaten daarvan door de andere procesdeelnemers plegen te worden beoordeeld'.[138]

De participatie van de verdediging in de inbreng van (eigen) procesinformatie blijft dan ook vooralsnog beperkt tot een indirecte rol, waarbij alleen via verzoeken aan de tot onderzoek bevoegde instanties getracht wordt een eigen richting te geven aan de waarheidsvinding.[139] Datzelfde geldt voor de recht-

136 A.A. Franken, Algemene beschouwingen bij het onderzoek ter terechtzitting; de betekenis van het dossier in het strafproces (suppl. 121, p. I-140), in: Melai/Groenhuijsen e.a.
137 Ibidem.
138 Ibidem.
139 Ibidem.

matigheidstoetsing. De vraag blijft dan of de via deze indirecte weg openstaande mogelijkheden – die de afhankelijkheid van de strafvorderlijke autoriteiten, met name ook van de bereidwilligheid bij dezen tot medewerking, niet teniet doen – wel voldoende zijn en in voldoende mate worden benut.

De meest 'offensieve' mogelijkheid die de Nederlandse wet in dit verband biedt is te vinden in de bij de herziening van het gerechtelijk vooronderzoek ter vergroting van het contradictoire karakter van het vooronderzoek[140] ingevoerde mogelijkheid tot het aanvragen van een mini-instructie.[141] Daarmee werd immers beoogd de contradictoire participatie van de niet in voorlopige hechtenis genomen verdachte, (de wel voorlopig gehechte beschikte reeds over de bevoegdheid om onderzoekshandelingen te verzoeken en gebruikte deze primair met het doel zijn invrijheidstelling te bewerkstelligen),[142] te bevorderen door hem reeds in deze fase de mogelijkheid te geven '(...) invloed uit (te) oefenen op de beslissing hem al dan niet te vervolgen. Tevens kan hij op de beslissing tot vervolging invloed uitoefenen: op de richting en omvang van de vervolging'.[143] Deze mogelijkheid gaat verder dan de overige mogelijkheden tot het verzoeken van informatie, omdat zij, anders dan die laatste opties, gelegenheid geeft tot het inbrengen van eigen, nieuwe onderzoeksresultaten. Er wordt dan geen inzage verlangd in datgene wat reeds bij de vervolgende autoriteiten ligt, maar verzocht om nieuw onderzoek. Uit de evaluatie van de Wet Herziening Gerechtelijk Vooronderzoek blijkt evenwel dat, hoewel tegen de achtergrond van de mini-instructie bezien, wel de indruk kan ontstaan dat het hier gaat om een 'modaliteit die de verdediging een mogelijkheid[144]

---

140 Partiële wijziging van het Wetboek van Strafvordering (herziening van het gerechtelijk vooronderzoek); Nota van wijziging, Tweede Kamer, vergaderjaar 1994-1995, 23251, nr. 9, p. 6.

141 Overige indirecte (wettelijke) participatie mogelijkheden voor verdedigingsparticipatie betreffen (naast eventuele mogelijkheden tot het doen van informele verzoeken), (in het kader van het gerechtelijk vooronderzoek: de opgave van getuigen in art. 208 jo. 241b WvSv en de daarbij behorende mogelijkheid tot beroep in art. 208 lid 3 WvSv alsmede die in het kader van het onderzoek van de rechter-commissaris na afsluiting van het gerechtelijk vooronderzoek in art. 241 WvSv. Ter terechtzitting kunnen verzoeken worden gedaan in verband met getuigen, in de zin van de artt. 328-331 WvSv en art. 126aa lid 5 WvSv en, in hoger beroep, in de zin van art. 414 WvSv. A.A. Franken, Algemene beschouwingen bij het onderzoek ter terechtzitting; de betekenis van het dossier in het strafproces (suppl. 121, p. I-140), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

142 Partiële wijziging van het Wetboek van Strafvordering (herziening van het gerechtelijk vooronderzoek); Nota van wijziging, Tweede Kamer, vergaderjaar 1994-1995, 23251, nr. 9, p. 6.

143 Ibidem.

144 Die mogelijkheid wordt wel in drie opzichten beperkt: '(t)egelijkertijd schuilt er achter de modaliteit van de wettelijke regeling van de mini-instructie in concreto ook de gedachte dat dit 'strijdwapen' van de verdediging er niet toe moet leiden dat politie en justitie in vroeg stadium van het opsporingsonderzoek tot een teveel aan onderzoekshandelingen wordt gedwongen. Daarom kan slechts het verrichten van bepaalde onderzoekshandelingen worden verzocht, moet het opsporingsonderzoek een bepaalde fase of handeling hebben bereikt waaruit een redelijk vermoeden van een strafvervolging is af te leiden en voorziet

biedt om het verrichten van bepaalde onderzoekshandelingen door te zetten of misschien wel af te dwingen',[145] de mini-instructie zich in de praktijk bij een aantal gerechten juist tot een enigszins ander model heeft ontwikkeld, namelijk één dat '(...) formeel of informeel, veel meer onderdeel uit maakt van de door de politie en OvJ gewenste loop van het voorbereidend onderzoek'.[146] De aanvankelijke vrees voor misbruik van de mini-instructie, door vroegtijdig ingezette *'fishing-expeditions'* blijkt dan ook geenszins gerechtvaardigd te zijn geweest: de verzoeken tot (overigens niet uitgebreide, maar enkele) onderzoekshandelingen worden pas laat in het voorbereidend onderzoek geïnitieerd zodat het criterium van art. 36a WvSv[147] niet eens aan de orde komt.[148]

Zozeer is de nationale procescultuur geënt op passiviteit van de verdedigingszijde in dit opzicht dat zelfs dit met het oog op de bevordering van de verdedigingsparticipatie in de informatievergaring ingevoerde wettelijke instituut van nature is geabsorbeerd in een – met traditioneel indirecte en afhankelijke participatie – harmonieus geheel. Dat duidt erop dat ook offensieve maatregelen in dezelfde lijn in dit verband – de invoering van nog nadere bevoegdheden voor de verdediging ter eigen informatievergaring – waarschijnlijk ook op dezelfde wijze zullen worden afgestoten door de heersende procescultuur: de verdediging in strafzaken kan niet gemakkelijk tot een meer offensieve houding gebracht.

b) Inspanningseisen in een passieve verdedigingsklimaat

Betekenisvol in dit verband is dat het EHRM zich bij eerlijkheidsbeoordelingen bereid toont uit te gaan van verschillende varianten van rechtsverwerking. Rechtsverwerking wordt hier opgevat als een relativeringsmechanisme, waarbij beperkingen van rechten (of van eerlijkheid in algemene zin) worden genuanceerd vanwege eigen proceshouding of verzuimen van de verdediging. Rechtsverwerking in deze zin wordt niet alleen toegepast in de context van informatierechtsverwezenlijking, maar ook bij andere deelrechten, alsmede bij meer algemene beoordelingen van eerlijkheid. In zoverre speelt rechtsverwerking ook een (meer algemene) rol bij het recht op een eerlijk bewijsgebruik, vooral in het herstelcomponent daarvan.

---

de wet in een openingsprocedure'. Evaluatie Wet herziening GVO, Bijlage bij Kamerstukken II, 2004-2005, 29940, nr. 1, p. 34. Overigens blijkt uit dezelfde evaluatie dat de laatste beperking van de openingsprocedure nauwelijks gevoeld wordt, ibidem, p. 58.

145 Ibidem, p. 34.

146 Ibidem, p. 35.

147 Op grond van art. 36a WvSv kan (alleen) de verdachte, jegens wie door of vanwege de Staat een handeling is verricht waaraan hij in redelijkheid de verwachting kan ontlenen dat tegen hem ter zake van een bepaald feit in Nederland een vervolging zal worden ingesteld, de rechter-commissaris binnen wiens rechtsgebied de handeling is verricht, verzoeken dienaangaande enig onderzoek in te stellen.

148 Zie ook de aanbiedingsbrief van de Minister van Justitie bij de Evaluatie van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden van 13 december 2004, Tweede Kamer, vergaderjaar 20054-2005, 29 940, nr. 1, p. 13.

Binnen het recht op eerlijk bewijsgebruik is dat component dominant: immers, verplichte uitsluitingssituaties betreffen uitzonderingen, het recht ziet vooral op herstel van eerlijkheid bij gebruik bewijs dat is onrechtmatig is verkregen. Herstel wordt enerzijds bewerkt doordien de rechter de verdediging in de gelegenheid stelt procesrechten uit te oefenen en zelf zijn bewijsgebruik te motiveren, alsmede uit te gaan van een bewijsminimumregel. Anderzijds is uitgangspunt dat voor zover de verdediging eerlijke kansen heeft gehad, herstel daarmee kan zijn verwezenlijkt. Zulks impliceert in zichzelf reeds dat de verdediging vergaande verantwoordelijkheid draagt in verband met compensatie. Wanneer bij afwegingen in verband met beperkingen (van de eerlijkheid zelf, door gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs, of van verschillende andere procesrechten) daarenboven rechtsverwerking wordt toegepast, wordt de verdediging nader belast.

Twee typen van rechtsverwerking zijn te onderscheiden de Straatsburgse rechtspraak.[149] De eerste betreft een uitdrukkelijk gebezigde variant, te weten het concept van *waiver*, oftewel afstand van recht. Algemene regels in verband met afstand van recht zijn dat (1) van bepaalde rechten geen afstand kan

149 Een derde type rechtsverwerking, te weten *estoppel* wordt eveneens uitdrukkelijk toegepast in de rechtspraak van het EHRM, vooral in de context van *preliminary objections* van gedaagde lidstaten, die worden afgewezen wegens eerder handelen of nalaten van die nationale overheden.Zie onder andere: EHRM 6 december 1988, *Barbera', Messegue´ en Jabardo v. Spanje,* A, 146, §§ 54-56, waarin verzoekers onder andere klaagden over de wijziging van de samenstelling van de kamer bij hun vervolging bij de *Audencia Nacional,* zonder dat zij daarvan op de hoogte waren gesteld. Op basis van sectie 648 van de *Judicature Act* 1870 (*Ley orga´nica del Poder Judicial*), hadden zij ten minste 24 uur voordat de zitting een aanvang had genomen, moeten zijn geïnformeerd over de identiteit van de nieuwe (niet uit de strafkamer afkomstige) rechter. Verzoekers hadden ter terechtzitting echter geen bezwaar gemaakt tegen de deelname van de nieuwe rechter. De Spaanse overheid maakt daarom preliminair bezwaar, op de basis dat de nationale rechtsmiddelen niet waren uitgeput. Het Hof stelde juist bij de Spaanse overheid procedureel verzuim vast. Ten overstaan van de Europese Commissie had de overheid slechts gesteld dat de wijziging van samenstelling in overeenstemming met het nationale recht had plaatsgevonden en dat verzoekers zich daartegen niet hadden verzet. Pas bij de procedure bij het Hof hadden zij de beschikbare remedies in dat verband genoemd, althans uit niets bleek dat zij dat eerder hadden gedaan. 'It was incumbent on them, however, to indicate sufficiently clearly the remedies to which they were alluding and to prove that they existed; in this area, it is not for the Convention bodies to cure of their own motion any shortcomings or lack of precision in respondent States' arguments (...)'. Daarom werd dit aspect van de *preliminary objection estopped,* bovendien was de *objection* te laat ingediend. In *Terra Woningen BV v. Nederland,* waarin eveneens een *preliminary objection* met betrekking tot niet uitputting van nationale middelen werd gedaan, werd die klacht door het Hof *estopped* omdat het eerst voor het Hof was aangevoerd. EHRM 17 december 1996, *Terra woningen BV v. Nederland*, Reports 1996-VI, §§ 47-48. In *Zana v. Turkije,* maakte de Turkse overheid, onder andere, de *preliminary objection* dat verzoeker de nationale middelen niet had uitgeput omdat hij ten overstaan van de Turkse gerechten had verzuimd '*to raise in substance*' zijn klacht over schending van art. 10 EVRM. Het Hof stelde *estoppel* van de *objection* vast, juist omdat de overheid dat bezwaar niet had gemaakt in de fase van de ontvankelijkheidsbeslissing. EHRM 25 november 1997, *Zana v. Turkije*, Reports 1997-VII, §§ 43-44.

worden gedaan; (2) van afstand op ondubbelzinnige wijze dient te blijken; (3) in geval van procedurele rechten, een *waiver* dient worden begeleid met navenante minimumwaarborgen.[150]Afstand van recht wordt met name gekoppeld aan concrete deelrechten, namelijk het aanwezigheidsrecht, het recht op toegang tot de rechter en het recht op rechtsbijstand. Het Hof lijkt in verband met afstand van recht beoordelingen uit te gaan van hiërarchische verhouding: hoe groter het belang dat het Hof aan het recht toekent, hoe minder geneigd het zal zijn afstand te aanvaarden. Zo rept het Hof in verband met het recht op rechtsbijstand, ook wel van de mogelijkheid dat daarvan geen afstand kan worden gedaan.[151] Bij het aanwezigheidsrecht legt het Hof meer verantwoordelijkheid bij de verdediging. In *Hermi v. Italië*, nam het Hof bereid afstand aan, zonder dat er sprake was van een ondubbelzinnige, uitdrukkelijke *waiver*, maar voorts ook niet van een eenduidige (soms wel toereikende) impliciete vorm daarvan.[152]

Aanname van afstand van recht is aanvaardbaar voor zover de verdachte daadwerkelijk te kennen heeft gegeven geen gebruik te willen maken van een bepaald concreet recht, dan wel hij kan worden geacht (impliciet) afstand te hebben gedaan. Te denken valt, in het kader van de eerlijkheid van het bewijsgebruik, aan situaties waarin de verdediging onvoldoende kenbaar heeft gemaakt aanwezig te willen zijn bij het verhoor van een getuige door de rechter-commissaris, heeft afgezien van het formuleren van vragen op het daarvoor aangewezen moment en dergelijke.[153]

---

150 EHRM 25 februari 1992, *Pfeifer en Plankl. V. Oostenrijk*, Appl.nr.: 10802/84 (waiver van recht rechters te wraken).

151 'In the instant case it is sufficient to note that Judge Kaiser on his own initiative approached Mr Pfeifer in the absence of his lawyer, the latter not having been summoned despite his having previously taken part in the proceedings (see paragraphs 12-13 above). He put to him a question which was essentially one of law, whose implications Mr Pfeifer as a layman was not in a position to appreciate completely. A waiver of rights expressed there and then in such circumstances appears questionable, to say the least. The fact that the applicant stated that he did not think it necessary for his lawyer to be present makes no difference (…).Thus even supposing that the rights in question can be waived by a defendant, the circumstances surrounding the applicant's decision deprived it of any validity from the point of view of the Convention'. Ibidem. Zie ook in dat verband: EHRM 26 juni 2008, *Shulepov v. Rusland*, Appl.nr.: 1543/03; EHRM 15 november 2007, *Galstyan v. Armenië*, Appl.nr.: 26986/03.

152 Zie in verband met rechtsverwerking in deze zaak de *joint dissenting opinion* van de rechters Rozakis, Spielmann, Myjer en Ziemele, die zich verzetten tegen de toepassing van de algemene principes ten aanzien van *waiver* in deze zaak. Onder de omstandigheden van dit geval menen zij dat de verzuimen van de advocaten van Hermi de autoriteiten niet vrijwaren van hun verplichtingen.

153 Zie in het verband met verzoeken tot de oproeping en ondervraging van getuigen Cleiren/Nijboer, T&C Sv, aant. 6 (c) bij art. 288: '(v)eelal legt de rechter de bewijslast voor het horen van de getuige bij de verdediging. Als de verdachte geen goede redenen aanvoert, waarom zij de getuige wil horen, wijst de rechter het verzoek af met de overweging dat de verdediging niet specifiek heeft aangegeven omtrent welke punten zij de getuige wil horen' en de aldaar aangehaalde rechtspraak: HR 25 mei 1993, NJ 1993, 745, HR 29 septem-

Het aannemen van afstand kan, als gezegd, een nadere relativerende werking hebben binnen het bij het recht op eerlijk bewijsgebruik behorende herstelkader. Herstel is aangewezen indien onrechtmatig vekregen bewijs wordt gebruikt. Zulks brengt met zich mee dat de verdediging in de gelegenheid dient te worden gesteld tegen bewijsgebruik ageren. Wanneer de verdediging vervolgens (impliciet) afstand doet van in dat verband beschikbare mogelijkheden, kan – bij aanname van afstand – ervan worden uitgegaan dat het uiteindelijk bewerkt herstel voldoende kan worden geacht, omdat de verdedi-

---

ber 1992, NJ 1993, 222 en HR 12 oktober 1993, NJ 1994, 129 m.nt. Sch. Zie in een ander verband: HR 22 oktober 2002, NJ 2003, 7. (Visserij arrest). Voorzien was in de ter zake doende (Europese) regeling ten aanzien de bij de meting van de maaswijdte van visnetten te hanteren methode in een mogelijkheid tot het aanvragen van een contraonderzoek. Daar de oorspronkelijke meetresultaten niet zijn betwist, noch een tweede onderzoek tijdig is aangevraagd door de verdachte, kwam de verdachte later geen beroep meer toe op de onbetrouwbaarheid van de methode. Zie ook Schalken, in zijn noot bij *Lucà v. Italie*, *supra*, noot 60.: '(i)n de eerste plaats doet zich een probleem voor met betrekking tot de mate waarin van de verdediging initiatief en activiteit bij de uitoefening van het ondervragingsrecht mag worden verlangd. In zijn arrest uit 1994 legt de Hoge Raad het initiatief in eerste instantie bij de verdediging (...). Knigge betoogt in zijn noot onder het Saidi-arrest, dat volgens het Europese Hof de effectuering van het ondervragingsrecht niet automatisch afhankelijk mag worden gemaakt van een verzoek van de verdediging. Het is evenwel denkbaar dat het Hof rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat de verdediging in de Saidi-zaak wel degelijk initiatief had getoond (...). Aan de andere kant zegt het Hof niet expliciet dat die omstandigheid in zijn overwegingen een rol heeft gespeeld. Voor het Hof lijkt doorslaggevend dat de verklaringen van de betwiste getuigen het enige bewijs vormden. In dat geval, aldus ook annotator Knigge, verschuift de verantwoordelijkheid in de richting van de justitiële autoriteiten. Op hen komt de verplichting te rusten om de verdachte daadwerkelijk in de gelegenheid te stellen de getuige te ondervragen. Wanneer het aan justitie te wijten is dat die mogelijkheid ontbreekt, kan dat in haar nadeel uitvallen; (...). Andersom doet zich de vraag voor of het ontbreken van justitiële verwijtbaarheid – zoals in de optiek van de Hoge Raad het geval is (...) – mede een reden kan zijn geen schending van art. 6 EVRM aan te nemen. Een beroep vanwege het OM op die omstandigheid (geen justitieel verwijt) zal minder kans van slagen hebben naarmate het door de verdachte betwiste en niet-onderzochte bewijsmateriaal crucialer voor de bewijsvoering is. Belangrijk is dat de (in)activiteit van verdediging noch vervolging ook maar iets kan afdoen aan de autonome bevoegdheid van de rechter om zelf aan de realisering van het ondervragingsrecht bij te dragen, hoewel het belang van die bevoegdheid in de rechtspraak van de Hoge Raad niet in een bijzondere motiveringsplicht tot uitdrukking wordt gebracht (...). Ook het Europese Hof legt, zoals in de Kostovski-zaak (...), de nadruk op de eigen verplichting van de rechter om, los van de verdediging, op de betrouwbaarheid van getuigen deugdelijke controle uit te oefenen. Die zienswijze brengt tot uitdrukking dat de kwaliteit van de rechtspraak niet van de kwaliteit van de verdediging mag worden afgeleid. In die lijn past de beslissing van de Hoge Raad dat beginselen van een goede strafrechtspleging kunnen meebrengen, dat de rechter zelf bepaalde getuigen ter zitting behoort op te roepen of te dagvaarden (...), bijv. wanneer hij in een bepaalde situatie de bij de politie afgelegde verklaring van een weigerachtige getuige voor het bewijs wil gebruiken (...). Twijfels die uit het dossier oprijzen, kunnen tot zelfstandige activering van de rechterlijke controle leiden. In een actieve opstelling van de rechter komt het gematigde karakter van het Nederlandse accusatoire stelsel tot uitdrukking'.

ging er mede vernatwoordelijk voor kan worden gehouden dat bepaalde mogelijkheden niet zijn benut.

Een tweede variant van rechtsverwerking die in de Straatsburgse rechtspraak wordt toegepast is meer impliciet en niet gekoppeld aan concrete deelrechten. Deze meer subtiele variant wordt toegepast in het kader van algemene eerlijkheidsbeoordelingen, zonder verwijzing naar een specifiek recht waarvan expliciet of impliciet afstand zou zijn gedaan. De relativering wordt hier aldus veeleer toegepast ten opzichte van (niet concreet te duiden) algemene eerlijkheidsbeperkingen. De toepassing van deze variant is vaak te zien in 's Hofs (algemene) beoordelingen van de eerlijkheid van bewijsgebruik.

In *Schenk v. Duitsland*[154] werd via een privacyschending verkregen bewijs gebruikt. Die schending was gelegen in het feit dat een particulier, zonder rechterlijke machtiging, een door hem met klager gevoerd gesprek had opgenomen. De opname daarvan was door hem aan strafvorderlijke autoriteiten ter beschikking gesteld. Klager was bij het onderzek ter terechtzitting in de gelegenheid gesteld de authenticiteit en het gebruik van de opname aan te vechten. Daarin slaagde hij niet, doch achtte het Hof herstel voldonde bewerkt. Het Hof hechtte daarbij belang aan de proceshouding van klager alsmede aan de mate van betoonde inspanning. Klager was initieel wél akkoord gegaan met het afspelen van de opname ter zitting. Ook had hij verzocht om de oproeping van de particulier die de opname had gemaakt als getuige. Dat verzoek was toegekend, doch de verdediging ging daar kennelijk verder niet op in. De voor het onderzoek verantwoordelijke politie-inspecteur had eveneens opgeroepen kunnen worden, aldus het Hof, maar dat had de verdediging nagelaten. Voor zover niet meer was gedaan in het kader van herstel, speelde de verdediging daarin aldus een eigen rol, bovendien was werd zijn verzet tegen bewijsgebruik afgezwakt doordien hij eerst instemde met presentatie daarvan ter zitting. Overigens was ook in andere zin herstel bewerkt: de gewraakte opname betrof niet het enig bewijs, ook andere getuigen waren gehoord, de motivering was zorgvuldig terwijl dezelfde informatie ook in het proces had kunnen worden ingebracht door de particulier die de opname had gemaakt te horen als getuige. Van belang is evenwel dat het Hof proceshouding en mate van inspanning van en door de verdediging wel een rol laat spelen in de beoordeling.

In *Perry v. Het Verenigd Koninkrijk* is een schending van art. 8 EVRM aangenomen in verband met verschillende verzuimen van bij een video-Oslo-confrontatie in acht te nemen vormen. Het Hof hechtte in die zaak belang aan het gegeven 'that the applicant had already been afforded a number of opportunities to participate in a conventional identification parade and failed to make use of them'. Wederom is het eigen (proces)houding van de verdediging die de nadelen van bewijsgebruik kan compenseren: indien klager zelf had deel-

154 EHRM 12 juli 1988, *Schenk v. Duitsland,* Series A, 140.

genomen aan een conventionele Oslo-confrontatie, had hij zelf toezicht kunnen houden op de gang van zaken. Daarmee verliest zijn klacht dat – *grosso modo* – bepaalde procedurele waarborgen niet zijn nageleefd in zijn afwezigheid, aan kracht.[155]

In *Gäfgen v. Duitsland*,[156] werd een schending van art. 3 EVRM vastgesteld, wegens wrede en onmenselijke behandeling bij politieverhoor. Klager, die werd verdacht van de ontvoering van een minderjarige, verklaarde aanvankelijk dat andere ontvoerders het kind hadden. Bij een nader verhoor werd hij ermee bedreigd dat hem aanzienlijke pijn zou worden toegebracht door een daarvoor speciaal getrainde persoon, indien hij niet zou aangeven waar het kind was. De verhorende opsporingsambtenaar sloeg Gäfgen ook eenmaal op zijn borst en schudde hem zo hard dat zijn hoofd eenmaal een muur raakte. Uit angst gaf Gäfgen, na tien minuten verhoor, aan waar het kind was.[157] Voorts bracht hij osporingsambtenaren naar de plaats waar hij het lijk van het kind had verborgen. Aldaar troffen opsporingsambtenaren sporen van de autobanden van Gäfgen aan. Op de terugweg naar het politiebureau bekende Gäfgen het kind te hebben ontvoerd en gedood en wees verschillende plekken aan waar hij bezittingen van het kind en een typemachine die was gebruikt bij het schrijven van het losgeldbriefje, had weggegooid. Doorzoeking van zijn woning leverde bijna het gehele losgeldbedrag op (de rest werd aangetroffen op zijn bankrekening), en een briefje met betrekking tot de planning van het misdrijf aan. Gäfgen legde vervolgens nadere bekennende verklaringen af, ook ter terechtzitting.

In Straatsburg klaagde Gäfgen erover dat, ondanks dat de nationale rechter, al zijn in het vooronderzoek afgelegde bekennende verklaringen van het bewijs had uitgesloten (omdat die, onder andere, in strijd met art. 3 EVRM waren verkregen), zijn verklaring ter terechtzitting, alsmede *real evidence*, die volgens hem als verboden vruchten dienden te worden aangemerkt, wél tot bewijs

155 Rechtsverwerking in deze zin kan ook overigens ook een rol spelen bij verzet tegen bewijsgebruik in verband met inhoudelijke onbetrouwbaarheid. In *P.G. en J.H.* (waarin het Hof geen schending van art. 6 EVRM aannam in verband met het bewijsgebruik) liet het Hof bij de beoordeling van herstel meewegen dat verzoekers bij een *voire dire* de authenticiteit van de beeldopnamen niet had aangevochten.

156 *Gäfgen v. Duitsland*, *supra*, noot 49.

157 In een proces-verbaal opgemaakt door het plaatsvervangend hoofd van de Frankfurt politie op 1 oktober 2002, stelt hij dat hij het bevel heeft gegeven Gäfgen te verhoren onder dreiging van pijn die geen letsel zou toebrengen. Die behandeling zou worden toegepast onder medisch toezicht. Voorts zou hij het bevel hebben gegeven een waarheidsserum te vinden, met de intentie dit toe te dienen. Het verhoor zou, mede gelet op de temperatuur buiten en de vrees dat hij geen eten heeft, uitsluitend zijn gericht op het redden van het leven van J. en niet op het bevorderen van het strafvorderlijk onderzoek in verband met ontvoering. Nu Gäfgen na dreiging van pijn al had bekend, waren geen maatregelen uitgevoerd. Volgens Gäfgen is er ook mee gedreigd hij zal worden opgesloten in een cel met twee grote mannen die hem seksueel zullen misbruiken. Dat laatste spreekt de Duits overheid tegen.

waren gebruikt.[158] Het Hof was van oordeel dat de schending van art. 3 EVRM, door wrede en onmenselijke behandeling, niet noopte tot bewijsuitsluiting.[159] Het gewraakte bewijs kon aldus in principe worden gebruikt, zolang voldoende herstel was bewerkt. Dat was in deze zaak het geval. Bij verschillende afwegingen in dat verband, liet het Hof wederom de proceshouding van klager meespelen. Zo hechtte het Hof eraan dat Gäfgen weliswaar zijn eerste bekennende verklaring als gevolg van bedreiging had afgelegd, maar zag niet in dat hij 'was again directly threatened by any of the officers present on the journey to and from Birstein with a view to making him disclose items of real evidence'.[160] Voordat hij ter terechtzitting wederom een bekennende verklaring had afgelegd, had hij '(…) qualified instruction' genoten.[161] Omdat hij ter zitting een volle bekentenis had afgelegd ter zitting en daarmee zichzelf had belast, kon volgens het hof niet worden gezegd dat '(…) the accessory evidence (…) (had) been used to his detriment'.[162] Voor wat betreft het standpunt van Gäfgen dat hij ter zitting alleen een bekentenis had afgelegd omdat de door hem gewraakte real evidence niet werd uitgesloten, stelde het Hof vast dat '(…) in the proceedings before the domestic courts, the applicant always confirmed that he had volunteered his confession out of remorse and in order to apologise'.[163] Gelet voorts op het feit dat '(…) the applicant was assisted by his defence counsel',[164] raakte het Hof er niet van overtuigd dat '(…) he could not have remained silent and no longer had any defence option but to confess at the trial. He indeed confessed at the outset of the trial and at its end in different terms, whereby he could be said to have varied his defence strategy'.[165]

Toepassing van rechtsverwerking kan aldus een invloed van betekenis hebben in verband met herstel. Voor zover hier gesproken kan worden van een nadere relativeringsmechanisme – dus naast het herstelmechanisme in algemene zin – betreft het wederom een impliciete constructie die het Hof aan de werking van art. 6 EVRM ten grondslag legt. Dat het Hof dergelijke mechanismen zelf leest in het eerlijk-proces-recht staat vast. Het Hof is, bij de uitleg van alle verdragsbepalingen, ook vrij in de keuze van intepretatiemethoden die al dan niet worden ingezet. Art. 6 EVRM biedt geen ook tekstuele basis voor een alternatieve insteek; bij gebrek aan aanknopingspunten in de verdragsbepaling dient het Hof ook zelf te komen tot een eigen systematiek in dit verband. Bij rechtsverwerking in de hiervoor bedoelde zin, kiest het Hof wel voor een

158 Gäfgen klaagde (zonder succes) subsidiair daarover dat in de nationale procedure zijn verzoek tot niet-ontvankelijk verklaring niet is toegekend.
159 In *Jalloh*, *supra*, noot 41, wilde het Hof daarover nog geen uitsluitsel geven.
160 *Gäfgen v. Duitsland*, *supra*, noot 49, § 104.
161 Ibidem, § 106.
162 Ibidem.
163 Ibidem, § 107.
164 Ibidem.
165 Ibidem.

mechanisme dat een sterk nuancerende werking kan hebben. Los van de vraag waar de grenzen van 's Hofs autonomie liggen op dit vlak, blijft nader problematisch dat het rechtsverwerkingsconcept mogelijk wel effectief kan werken in een verdedigingsklimaat dat daarop is toegespitst, maar juist tot onwenselijke gevolgen kan leiden in een rechtssysteem waarin de rol en het profiel van de verdediging in strafzaken niet aansluit bij dat concept.

Dat rechtsverwerking wordt toegepast door het Hof dient aldus niet – zonder nadere bezinning op de implicaties daarvan voor het eigen systeem – zondermeer te worden overgenomen. Ook in het nationale recht is evenwel een ontwikkeling waar te nemen, waarbij rechtsverwerkingsconcepten worden ingezet. De rechter eist dat verweren en verzoeken deugdelijk zijn gemotiveerd en tijdig worden gedaan. Dat geldt niet alleen bij de oproeping van getuige, bij het verzoeken om onderzoekshandelingen, maar ook ten aanzien van de kwaliteit van de in het kader van een rechtmatigheidstoetsing te voeren argumentatie. Regel bij in het kader van art. 359a WvSv gevoerde verweren is volgens de Hoge Raad immers:

> '(...) dat een beslissing tot toepassing van een rechtsgevolg als bedoeld in art. 359a Sv dient te worden genomen en gemotiveerd aan de hand van de (...) factoren die in het tweede lid van het artikel zijn genoemd. Met het oog daarop mag van de verdediging die een beroep doet op schending van een vormverzuim als bedoeld in art. 359a Sv, worden verlangd dat duidelijk en gemotiveerd aan de hand van die factoren wordt aangegeven tot welk in art. 359a Sv omschreven rechtsgevolg dit dient te leiden. Alleen op een zodanig verweer is de rechter gehouden een met redenen omklede beslissing te geven'. Voorts geldt dat de ' rechter een onderzoek naar de juistheid van de feitelijke grondslag van het verweer achterwege kan laten op grond van zijn in zijn beslissing tot uitdrukking gebrachte oordeel dat het desbetreffende verweer in verband met hetgeen daartoe is aangevoerd niet kan leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging, tot bewijsuitsluiting of tot strafvermindering dan wel dat het verweer – ware het gegrond – slechts zou kunnen leiden tot de enkele vaststelling dat een onherstelbaar vormverzuim is begaan'.[166]

Ongeacht nu of in het voorbereidend onderzoek inderdaad een vormverzuim heeft plaatsgevonden waaraan een gevolg als bedoeld in art. 359a WvSv in principe zou kunnen of moeten worden gekoppeld, kan de verdediging elke aanspraak daarop verspelen door ondeugdelijk verweer te voeren in dat verband. Ondanks de wettelijke motiveringsplicht in art. 359a WvSv, hoeft de rechter niet te reageren op ongerichte verweren en deze kan bovendien een onderzoek naar eventuele onrechtmatigheden geheel achterwege laten indien 'in verband met hetgeen daartoe is aangevoerd' hij bij voorbaat niet overtuigd raakt van de noodzaak tot het verbinden van een dergelijk gevolg aan handelen in het vooronderzoek.

---

166 HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376, m.nt. YB, r.o. 3.7.

De nationale wetgever erkent ook steeds meer de waarde van de 'eigen risico' attitude door deze te verwerken in de wet. Te noemen is in dit verband niet alleen de invoering van de verplichte cassatieschriftuur,[167] maar vooral ook de recente wijziging in het Wetboek van Strafvordering in het kader van de gefaseerde herziening naar aanleiding van de voorstellen van het onderzoeksproject Strafvordering 2001. De daaruit voortgevloeide 'effectiviteitswijzigingen' verkleinen enerzijds concrete verdedigingsrechten: de termijn voor de oproeping van getuigen is verkort,[168] de wettelijke verankering van de regie-zitting maakt dat het doen van verzoeken op basis van de (lichtere) standaard van het verdedigingsbelangcriterium maar beperkt mogelijk is,[169] de gronden voor de weigering getuigen op te roepen zijn verruimd,[170] het recht op een uitgewerkte bewijsbeslissing is gebleven, doch in geval van de bekennende verdachte behoeven de bewijsmiddelen niet te worden uitge-

167 Wet van 28 oktober 1999 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, de Wet op de rechterlijke organisatie en enkele andere wetten met betrekking tot het beroep in cassatie in strafzaken (uitsluiting beroep in lichte overtredingszaken en invoering verplichte schriftuur van een advocaat), Staatsblad 1999, 467. Zie art. 437 lid 2 en lid 3 WvSv.

168 Dat gebeurde overigens via een eerdere wetswijziging namelijk bij Wet van 3 april 2003 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de invoering van de raadsheer-commissaris en enige andere onderwerpen (raadsheer-commissaris), Staatsblad 2003, 143.

169 Door vast te leggen dat na een regie-zitting het onderzoek niet weer hoeft aan te vangen, geldt immers dat na de regie-zitting gedane verzoeken moeten gelden als gedaan nadat het onderzoek ter terechtzitting een aanvang heeft genomen. Daardoor geldt steeds daarna het noodzaak criterium. In combinatie met eerder genoemde verkorting van de termijn voor de oproeping van getuigen betekent dat de verdediging in strafzaken maar gedurende een zeer korte periode op basis van het verdedigingsbelang criterium verzoeken kan doen. De regie-zitting is geformaliseerd bij Wet van 10 november 2004 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met het horen van getuigen en enkele verwante onderwerpen, Staatsblad 2004, 579.

170 Wet van 10 november 2004 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met het horen van getuigen en enkele verwante onderwerpen, Staatsblad 2004, 579. Zie de artikelen 264, eerste lid, onder b, en artikel 288, eerste lid, onder b, WvSv. De verruiming heeft plaatsgevonden met een uitdrukkelijk beroep op het EVRM: '(e)r zou een afweging moeten kunnen worden gemaakt tussen het verdedigingsbelang en het belang van de getuige: 'hoe groter het verdedigingsbelang bij verschijning van de getuige, hoe eerder tegemoetgekomen moet worden aan het verzoek van de verdediging de getuige op te roepen en vice versa'. Deze belangenafweging is ook in de rechtspraak van het EHRM terug te vinden; het arrest Doorson (....) kan in deze worden genoemd. In de voorgestelde aangepaste formulering van de weigeringsgrond onder b is deze gedachte van een belangenafweging neergelegd'. Kamerstukken II, 2003–2004, 29 254, nr. 3, p.19, met verwijzing naar het eerste onderzoeksrapport van de onderzoekers van Strafvordering 2001 (Het onderzoek ter terechtzitting, Red. M.S. Groenhuijsen en G. Knigge), p. 310. Hier is dus sprake van een bijstelling naar beneden van beschermingsstandaarden voor de verdediging, in lijn met die van het EVRM.

werkt,[171] het recht gehoord te worden op schorsingsverzoeken is beperkt,[172] het recht op hoger beroep (en het horen van getuigen daarbinnen alsmede het wederom laten toetsen van de bewijsbeslissing bij een uitspraak in eerste aanleg op basis van een bekentenis),[173] wordt algemeen beperkt door de herinrichting daarvan op basis van een 'voortbouwend karakter',[174] en het recht op lijfelijke aanwezigheid van de verdachte, door invoeren van de mogelijkheid tot procesvoering via video-conferentie,[175] bij verschillende procesonderdelen eveneens.

Naast die concrete inkortingen geldt echter dat alle ingevoerde en nog in te voeren wijzigingen worden begeleid door een overkoepelende gedachtegang

171 Beide wijzigingen zijn ingevoerd bij Wet van 10 november 2004 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering strekkende tot aanpassing van de eisen te stellen aan de motivering van de bewezenverklaring bij een bekennende verdachte, Staatsblad 2004, 580. De wijzigingen houden in dat aan art. 359a lid 2 een volzin is toegevoegd, luidend: het vonnis geeft, indien de beslissing afwijkt van door de verdachte dan wel door de officier van justitie uitdrukkelijk onderbouwde standpunten, in het bijzonder de redenen op die daartoe hebben geleid. Daarmee moet de bewijsbeslissing steeds, bij betwisting, worden gemotiveerd. Art. 359a lid 3 WvSv is echter ook gewijzigd en luidt als volgt: de beslissing dat het feit door de verdachte is begaan, moet steunen op de inhoud van in het vonnis opgenomen bewijsmiddelen, houdende daartoe redengevende feiten en omstandigheden. Voor zover de verdachte het bewezen verklaarde heeft bekend, kan een opgave van bewijsmiddelen volstaan, tenzij hij nadien anders heeft verklaard dan wel hij of zijn raadsman vrijspraak heeft bepleit. Door dat laatste is de rechter ontheven van de plicht de bewijsbeslissing uit te werken.

172 Wet van 10 november 2004 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering houdende enkele wijzigingen in de regeling van de voorlopige hechtenis, Staatsblad 2004, 578. De regeling van de schorsing wordt meer in lijn te gebracht met die inzake de opheffing, doordat thans is bepaald dat van het horen kan worden afgezien indien de verdachte reeds eerder op een verzoek tot schorsing is gehoord. Zie het gewijzigde art. 80 WvSv.

173 Zie wederom de Wet van 10 november 2004 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering strekkende tot aanpassing van de eisen te stellen aan de motivering van de bewezenverklaring bij een bekennende verdachte, Staatsblad 2004, 580.

174 Zie het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van strafvordering met betrekking tot het hoger beroep in strafzaken, het aanwenden van gewone rechtsmiddelen en het wijzigen van de telastlegging (stroomlijnen hoger beroep), Kamerstukken II, 2005-2006, 30 320, nrs. 1-2.

175 Wet van 16 juli 2005 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met het gebruik van de videoconferentie in het strafrecht, Staatsblad 2005, 388. De beperking van de lijfelijke aanwezigheid heeft gestalte gekregen doordien thans in op verschillende is bepaald dat: Waar in dit wetboek (of: in deze wet) de bevoegdheid wordt gegeven tot het horen, verhoren of ondervragen van personen, wordt daaronder, met uitzondering van bij algemene maatregel van bestuur te bepalen gevallen, mede begrepen horen, verhoren of ondervragen per videoconferentie, waarbij een directe beeld- en geluidsverbinding totstandkomt tussen de betrokken personen. Zie de artikelen 78a WvSr, 131a WvSv, 60a Uitleveringswet, 66a Overleveringswet, art. 70 Wet Overdracht Tenuitvoerlegging Strafvonissen, art. 32a WED en art. 92 Vreemdelingenwet 2000. Art. VIII van de Wet van 16 juli 2005 bepaald overigens dat met ingang van een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip in artikel 78a, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht en artikel 131a, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering, de zinsnede 'met uitzondering van bij algemene maatregel van bestuur te bepalen gevallen' zal komen te vervallen.

waaruit blijkt dat veel meer verdedigingsinspanning wordt verlangd dan wel dat meer verantwoordelijkheid bij de verdediging wordt gelegd.[176] De gedachtegang achter de aanpassingen is dat de verdediging in principe rechten blijft behouden, maar veel minder sterk staat bij het doen van verzoeken daartoe. Dat wil zeggen: niet de rechten zelf maar de geformaliseerde contexten tot het doen van verzoeken tot de uitoefening van rechten worden teruggebracht. Daarnaast worden geen formele rechtsmiddelen toegekend tegen verschillende soorten beslissingen.[177] Wil de verdediging een recht uitoefenen, dan moet degene die de bevoegd is tot het nemen van een bepaalde beslissing een informele circuit worden benaderd.[178]

176 Zie in dat verband, de omschrijving van het kernprofiel van de verdachte in de strafvordering, M.C. Groenhuijsen/G. Knigge (red.), Afronding en verantwoording, Eindrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Kluwer, Deventer, 2004, p. 365-366: '(d)e verdachte behoudt een zekere autonomie ten opzichte van de overheid, doch aan verdedigingszijde is hij in relatie met zijn raadsman degene die uiteindelijke bepaalt welke strategie moet worden gevolgd. De vrijheid om een eigen processuele opstelling te kiezen mag niet worden verward met vrijblijvendheid. De verdachte wordt aan bepaalde keuzes gehouden; er kunnen rechtsgevolgen aan worden verbonden. Een voorbeeld is dat de verdachte die verweer wenst te voeren – die wil cummuniceren – de overheid ook in staat moet stellen hem te bereiken. En als er mogelijkheden tot dialoog worden geboden, dan moeten die ook worden benut. Althans, het zonder geldige redenen voorbij laten gaan van een passende gelegenheid tot het aanvoeren van bezwaren of het uitoefenen van processuele bevoegdheden kan er toe leiden dat de mogelijkheid om diezelfde rechten later alsnog in te roepen als tardief van de hand wordt gewezen'.

177 Dat geldt voor de beslissing tot de uitvoering van een procesonderdeel via video-conferentie en het afgeschermd horen van een getuige. Zie de Wet van 10 november 2004 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering strekkende tot aanpassing van de eisen te stellen aan de motivering van de bewezenverklaring bij een bekennende verdachte, Staatsblad 2004, 580, zie de hierboven genoemde bepalingen in dat verband.

178 Bij voorlopige hechtenis blijft de verdachte het recht behouden nadere schorsingsverzoeken te doen, maar hem is daarvoor geen rechtsmiddel gegeven. 'In de gevallen waarin gevangenhouding voor de duur van negentig dagen wordt bevolen, kan de verdachte aan de rechtbank de opheffing dan wel de schorsing van de voorlopige hechtenis verzoeken als er omstandigheden zijn die zulks naar zijn mening in de rede doen liggen. Deze mogelijkheid wordt door de wet niet nader beperkt; dit wetsvoorstel brengt daarin geen wijziging. Wel wordt een aanpassing voorgesteld in de mogelijkheden, te worden gehoord op een verzoek tot opheffing of schorsing van de voorlopige hechtenis', aldus de Memorie van Toelichting, (Kamerstukken II, 2003–2004, 29 253, nr. 3, p.5). Dat betekent dat hij degene die de beslissing moet nemen zelf 'informeel' zal moeten benaderen om zijn verzoek kenbaar te maken en de te onderbouwen. 'Daarmee is voorzien in een toereikende toegang tot de rechter, terwijl tevens mogelijkheden worden gecreëerd om werkbelasting voortkomend uit kansloze, op zeer korte termijn herhaalde opheffings- en schorsingsverzoeken te beperken' (Ibidem). In geval van verzet tegen de beslissing een bepaald procesonderdeel middels video-conferentie te laten plaatsvinden is eveneens geen rechtsmiddel gegeven. De verdachte zal zich, informeel, moeten wenden tot degene die de beslissing heeft genomen, om gedaan te krijgen dat die beslissing ongedaan wordt gemaakt. In het tweede lid van de artikelen 78a WvSr en 131a WvSv (waarnaar in de overige wetten waarin de mogelijkheid tot video-conferentie is ingevoerd wordt verwezen), is het volgende bepaald: de voorzitter van het college, de rechter, de rechter-commissaris of ambtenaar die met de leiding over het horen is belast, beslist of van videoconferentie gebruik gemaakt wordt, waarbij het belang van het onder-

Dat kan niet anders worden begrepen dan dat de verdediging in strafzaken informeel, op eigen kracht gedaan moet krijgen dat rechten worden verwezenlijkt. Niet wordt daarbij geregeld dat de officier van justitie en rechter ook verplicht zijn zich informeel te laten benaderen: het gaat er immers juist om

zoek in aanmerking wordt genomen. Alvorens te beslissen wordt de te horen persoon of diens raadsman en in voorkomende gevallen de officier van justitie, in de gelegenheid gesteld hun mening kenbaar te maken over de toepassing van videoconferentie. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen hierover nadere regels worden gesteld (lid 2). De wet regelt verder niets meer dan deze hoorplicht. In het derde lid van beide bepalingen (met wederom in de overige wetten eenzelfde verwijsconstructie) wordt uitdrukkelijk bepaald dat tegen de beslissing om van videoconferentie gebruik te maken staat geen afzonderlijk rechtsmiddel open. In de Memorie van Toelichting bij het ter zake doende wetsvoorstel wordt het volgende opgemerkt: '(h)et wetsvoorstel omvat geen instemmingsrecht van de betrokken partijen bij de toepassing van videoconferentie in het individuele geval, zoals door de advocatuur en de Raad van State werd bepleit. In plaats daarvan voorziet het tweede lid van de voorgestelde bepalingen in het bij algemene maatregel van bestuur nader regelen hoe de betrokken partijen tevoren in de gelegenheid worden gesteld hun visie over toepassing van videoconferentie kenbaar te maken. Onderdeel hiervan is een regeling hoe in de praktijk de betrokken partijen op de hoogte geraken van de toepassing van videoconferentie. Het maken van bezwaar zou bijvoorbeeld kunnen doordat de advocaat contact opneemt met de griffier van de rechtbank. De griffier zal dit bezwaar doorgeven aan de betrokken rechter. Vervolgens zal de rechter een beslissing nemen of hij al dan niet videoconferentie toepast. Een en ander zal voorafgaand aan het daadwerkelijke verhoor plaats kunnen vinden'. Kamerstukken II, 2004–2005, 29 828, nr. 3 p. 9. Zie de Memorie van Toelichting bij de Wet van 10 november 2004 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met het horen van getuigen en enkele verwante onderwerpen (Staatsblad 2004, 579), voor een uitdrukkelijk verwijzing naar het fenomeen van 'informeel overleg': '(o)ok de gedachte dat onder omstandigheden informeel overleg tussen de voorzitter van de rechtbank, de officier van justitie en de verdachte in de rede kan liggen (p. 338) is in de voorstellen van de onderzoekers van Strafvordering 2001 terug te vinden (p. 337). Er is evenwel van afgezien deze mogelijkheid van informeel overleg te formaliseren. Zeker nu de betrokkenheid van de rechter in de fase voor het eigenlijke strafproces in dit wetsvoorstel beperkter blijft dan in de voorstellen van de onderzoekers, komt formalisering niet noodzakelijk voor', Kamerstukken II, vergaderjaar 2003–2004, 29 254, nr. 3, p. 19, met verwijzing naar het eerste onderzoeksrapport van de onderzoekers van Strafvordering 2001 (Het onderzoek ter terechtzitting, Red. M.S. Groenhuijsen en G. Knigge) en de in het citaat genoemde paginanummers. Het concept van 'informeel overleg' wordt dus wel aangenomen, maar niet geformaliseerd, waardoor het een werkelijk informeel karakter krijgt. Ofwel: de verdachte maakt er geen enkele aanspraak op buiten de bereidwilligheid van de tot beslissing bevoegde autoriteit. Het concept van deformalisering en mondige verdedigingsparticipatie is overigens een rode draad in de rapportages en voorstellen van de Onderzoekgroep 2001. Zie: M.S. Groenhuijsen/G. Knigge, Vierde Interimrapport Strafvordering 2001, p. 4 en M.S. Groenhuijsen/G. Knigge, Eerste interimrapport, 33-34. Zie ten aanzien van de gerelateerde kwestie ten aanzien van het fenomeen van misbruik van procesrecht, M.S. Groenhuijsen/G. Knigge, Eerste interimrapport Strafvordering 2001, p. 215-221. Zie voor kritiek op de deformaliseringsvoorstellen van de Onderzoeksgroep (en daarmee de voorstellen in de richting van de 'contradictoire' gedingvoering) en de profilering van de verdachte als hierboven bedoeld: C.H. Brants, /P.A.M. Mevis/E. Prakken,(red.), Legitieme Strafvordering. Rechten van de mens als inspriatie voor de 21e Antwerpen, Intersentia, 2001, p. 8-9 en 24-27.

dat de effectiviteit wordt bevorderd doordien de verdediging geen recht meer heeft tot het doen van allerlei geformaliseerde verzoeken.

Duidelijk is er sprake van een streven te komen tot een procesklimaat waarin meer kan worden verlang van de verdediging. Niet alleen worden rechten beperkt en gedeformaliseerd, maar ook wordt verwacht dat de verdediging zelf zorg draagt voor de activering daarvan. Wanneer aan een kwalitatief ontoereikende inspanning het gevolg wordt gekoppeld van afstand van recht, wordt de positie van de verdediging daarmee nog neteliger. De nationale (en, als gezegd, ook de Straatsburgse) rechter tonen zich beiden bereid dat gevolg inderdaad in leven te roepen, hoewel een verdedigingsrecht daarmee feitelijk niet is verwezenlijkt.[179]

Bovenomschreven ontwikkelingen passen wel in de notie van de adversaire procesvoering en het beginsel van gelijkheid van wapenen of tenminste in een procescultuur waarin de verdediging traditioneel werkt onder inspanningseisen. De verdachte kan in andersoortige procesmodellen dan de nationale vanouds veel meer worden gezien als een volwaardige procespartij die zijn eigen verantwoordelijkheden heeft. Waar het onderliggende procesconcept uitgaat van een procesinrichting waarbij de verdediging veel mogelijkheden heeft om actief te zijn en een procestraditie waarin de verdediging van alle mogelijkheden actief gebruik maakt, wringt het oordeel dat kansen niet zijn benut en dat daarmee afstand van recht is gedaan in mindere mate. Juist het tegenovergestelde geldt in een systeem waar de verdediging weinig mogelijkheden heeft en deze traditioneel ook niet actief benut.

Het gevaar bestaat, met deze nieuwe hoedanigheid van de verdachte, dat zijn 'emancipering' juist leidt tot zijn benadeling. Als hij die emancipering immers niet aankan, als het feit dat hij rechten heeft maar die onbenut heeft gelaten, als zijn identiteit met zijn verzuimende raadsman in stand blijft, komt die emancipering immers daarop neer, dat alleen de nadelen van het adversaire proces (dat het verdedigingsbelang niet door anderen dan zijn raadsman wordt behartigd) worden overgenomen, terwijl de voordelen daarvan (dat hij werkelijk gelijkwaardig is) uitblijven. Juist in de context van de bijzondere opsporing, waar de verdediging al te kampen heeft met ernstige informationele problemen (veroorzaakt door een tekort of juist een teveel aan informatie) en zich bevindt op een terrein waarvan de mensenrechtelijke normering nog altijd bewegelijk

179 Interessant is in dit verband de toevoeging aan art. 258 lid 6 WvSv, bij Wet van 10 november 2004 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met het horen van getuigen en enkele verwante onderwerpen, Staatsblad 2004, 579, waarmee de voorzitter van de meervoudige strafkamer een eigen onderzoeksbevoegdheid verkrijgt, vanaf het moment van appointering. De wijze waarop deze bevoegdheid leven kan krijgen zal mede afhangen van de mate waarin de verdediging, in de context van de in thans door de wetgever voorgestane 'informele circuit', mogelijk geconfronteerd met een onwillende officier van justitie of rechter-commissaris, de (voor de verdediging belangrijkere) voorzitter zal benaderen, ten behoeve van de verdediging zijn onderzoeksbevoegdheden in te zetten.

is en zeker nog niet volledig uitgewerkt, is het stellen van hogere standaarden voor verdedigingsinspanning problematischer, in ieder geval zonder dat de verdediging daadwerkelijk in de (rechts)positie wordt gebracht waarin dergelijke eisen waar kunnen worden gemaakt.

c) Conclusies ten aanzien van systeemdiscrepanties

Globaal gezegd leiden de bijzondere aspecten van de bijzondere opsporing, elk zelfstandig maar ook in gecumuleerde werking daarvan, tot afwijkingen van verschillende klassieke noties die niet alleen ten grondslag hebben gelegen aan de vormgeving van art. 6 EVRM, maar ook aan die van het nationale recht. Dat leidt tot een verlies in aansluiting met de klassieke kaders in beide sferen. Dat verlies moet worden gecompenseerd door een heroriëntatie van die kaders op de afwijkende aspecten van de bijzondere opsporing.

De kwestie van de ontstane discrepanties wordt nader gecompliceerd door de hierboven aangeroerde algemene problematiek bij art. 6 EVRM, namelijk de vraag naar de juiste lezing van die bepaling, bezien vanuit daaraan ten grondslag liggende procesconcepten. De interpretatie van een bepaald onderdeel van art. 6 EVRM vanuit een bepaald procesconcept kan immers leiden tot een discrepantie in een nationaal stelsel dat niet vertrekt vanuit een dergelijk uitgangspunt en bescherming op een andere wijze beoogt te verschaffen. Hoe verder een ontwikkeling in de procesrealiteit noopt tot een van de tekst van de bepaling verwijderde interpretatie, des te belangrijker wordt ook het onderliggende procesconcept. Het loskomen van de tekst betekent immers dat gezochte normering moet worden beredeneerd vanuit de premissen die ten grondslag liggen aan de bepaling. Waar die premissen onbekend zijn of onduidelijk, bemoeilijkt dat de interpretatie.

Veranderingen in het procesklimaat alsmede de diffuusheid van de achtergrond van bij art. 6 EVRM aan te houden uitgangspunten leiden op verschillende wijzen tot elkaar wederzijds beïnvloedende systeemdiscrepanties. De interpretatie van het eerlijk-proces-recht kan door de gecombineerde werking van de afwijkingen die de bijzondere opsporing teweegbrengt in het strafproces en de onhelderheid van de concrete betekenis van de door het EHRM aangehouden adversaire uitgangspunt worden bemoeilijkt. Naarmate het strafproces verder afwijkt van de in de tekst van art. 6 EVRM verwerkte (klassieke) uitgangspunten ter zake, wordt het steeds belangrijker zicht te krijgen op aan eerlijke procesvoering ten grondslag gelegde premissen. Dat brengt mee dat het Hof daarover helderheid dient te verschaffen, maar ook dat de wetgever tot eigen bezinning in dat verband dient te komen, met name vanuit het perspectief van eventuele ongeschiktheid van 's Hofs keuzes voor de nationale rechtsorde.

Art. 6 EVRM dient voorts te worden uitgelegd dat het aansluit bij de noden van actuele strafvordering: voor zover procesrechten te zeer zijn toegespitst op inzet in verband met waarheidsvinding, dienen eisen in verband met probiteitsbewaking tot het besef dat dergelijke rechten ook in de context van

rechtmatigheidstoetsing noodzakelijk zijn. Bovenschikking van het recht op getuigeninformatie ten opzichte van andere vormen van informatie is niet houdbaar waar de informatie waar de verdachte daadwerkelijk behoefte aan heeft een andere vorm dan getuigeninformatie aanneemt of niet (goed) via een getuigenverklaring is te verschaffen. Wat de eisen van verdedigingsparticipatie betreft: bij overname van dergelijke (accusatoire) principes moet steeds kritisch worden bezien of de infrastructuur van het nationaal systeem daarvoor geschikt is. Zo niet, dan dient enige transformatie plaats te vinden: ofwel dient aan de verdediging de juiste instrumenten te worden verschaft om aan die eisen tegemoet te kunnen komen, of er moet ook aan de zijde van de 'tegenpartij' een inkorting van rechten plaatsvinden.[180] Alternatief is dat er juist niet voor wordt gekozen de verdediging te belasten met niet te verwezenlijken inspanningseisen.

In de pluriforme context waarin het EVRM werkzaam is, moet het bij art. 6 EVRM aangehouden procesconcept zo flexibel zijn dat daaruit voortvloeiende eisen niet leiden tot systeembreuken in bepaalde typen rechtsordes. Overname van Straatsburgse rechtsverwerkingsconcepten – die in zichzelf bovendien moeten worden gezien als resultante van zeer extensieve verdragsinterpretatie – zonder oriëntatie op de implicaties daarvan in de eigen rechtsorde, doet een dergelijk gevaar ontstaan. Zulks klemt te meer in de context van de bijzondere opsporing, waar de verdediging al nader belast is met informationele problematiek en onduidelijkheid omtrent de (voortdurende ontwikkelende) (opsporings)normen.

Van belang is daarom dat bij de vaststelling van de normering die geldt ten opzichte van de bijzondere opsporing, de lacunes worden gesignaleerd die door afwijkingen in de onderliggende structuur ontstaan en te bezien in op welke wijze, uitgaande van het *eigen* procesconcept, daarop toegespitste recalibratie kan plaatsvinden. Ten aanzien van subtiele problematiek zoals hierboven beschreven geldt dat daarop alertheid dient te bestaan. Zij kan inderdaad wezenlijk zijn, discussie daaromtrent is niet mogelijk indien zij als

180 In het eerste onderzoeksrapport van de onderzoekers van Strafvordering 2001 is voorgesteld dat de beslissing tot het doen oproepen van getuigen geheel naar de rechter wordt overgeheveld, en rechtspositie van de officier van justitie met betrekking tot het verschijnen van getuigen ter terechtzitting gelijk wordt gesteld met die van de verdachte. M.S. Groenhuijsen/G. Knigge (red.), Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Gouda Quint, Deventer, 2001, p. 334 e.v. In de Memorie van Toelichting bij de Wet van 10 november 2004 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met het horen van getuigen en enkele verwante onderwerpen (Staatsblad 2004, 579), is dit voorstel genoemd, maar niet noodzakelijk geacht. 'Bij de behandeling ter terechtzitting dient centraal te staan wat de procespartijen verdeeld houdt; daarbij past dat procespartijen betrekkelijk veel zeggenschap blijven behouden over de wijze waarop de strafzaak aan de rechter wordt gepresenteerd', (Kamerstukken II, vergaderjaar 2003–2004, 29 254, nr. 3, p. 19), aldus de Minister die daarmee eraan voorbij gaat dat de verdachte amper zeggenschap heeft over de oproeping van getuigen.

probleemstellingen niet worden opgepakt. Het Hof kan zich daarover ook niet uitlaten, indien die kwesties in Straatsburg niet uitdrukkelijk worden aangeboden.

2.5 Voor de bijzondere opsporing relevante expliciete en impliciete deelrechten in art. 6 EVRM

Thans volgt een uiteenzetting en nadere beschouwing van de onderscheiden, aan de verdachte bij het eindonderzoek toekomende, eerlijk-proces-deelrechten die een belangrijke rol spelen bij de beoordeling van de eerlijkheid van bewijsgebruik. Deze rechten spelen binnen dat kader een bepalende rol, in die zin dat de eerlijkheid van het bewijsgebruik afhankelijk is van de mate waarin de in dat verband werkzame (herstel)rechten zijn verwezenlijkt. Het gaat hier dus om de algemene procesrechten van de verdachte, die hem al toekomen in verband met zijn verzet tegen de inhoudelijke beschuldiging en die het Hof analoog toepast in verband met de beoordeling van het bewijsgebruik vanuit het probiteitsperspectief.[181]

2.5.1 Constituerende componenten van eerlijk bewijsgebruik; expliciete en impliciete rechten

Het EHRM heeft in belangrijke mate toegevoegd aan de reikwijdte van het eerlijk-proces-recht door in de eerlijkheidsnotie in art. 6 lid 1 verschillende nadere deelrechten in te lezen. Deze impliciete rechten vertegenwoordigen belangrijke aspecten van de bescherming die art. 6 EVRM biedt. Zo is het kader voor de beoordeling van de eerlijkheid van het bewijsgebruik vooral uit impliciete deelrechten samengesteld.[182] Eén uitzondering daarop betreft het, uitdrukkelijk in art. 6 lid 3 onder (c) opgenomen recht op rechtsbijstand. Overige werkzame bestanddelen in dat kader zijn de geconsolideerde informatierechten (waartoe ook uitdrukkelijke deelrechten behoren), het recht op gemotiveerde uitspraken en de bewijsminimum*regel* dat veroordelingen niet uitsluitend (of in overwegende mate) worden gebaseerd op precair (waaronder via normschending verkregen) bewijs. Die opsomming betreft de kernaspecten van het kader voor de beoordeling van de eerlijkheid van het bewijsgebruik,

181 In de hierna volgende hoofdstukken wordt bezien hoe deze rechten werken in de specifieke contexten van gebruik van via schending van art. 8 respectievelijke art. 6 EVRM opsporingsnormen.

182 Bij een beperkte categorie van normschending, voorziet het kader ook in het *recht op uitsluiting* van bewijs dat via schending van daaronder vallende normen is verkregen. Dat laatste recht behoort evenwel niet tot de 'herstelkant' van het bewijsgebruikkader, maar ziet juist op de situatie dat bewijs voortvloeit uit normschending die niet kan worden gecompenseerd via eerlijke procesvoering.

dat wil niet zeggen dat andere deelrechten in dat verband geen rol (kunnen) spelen. Nuttig is daarom om ook op andere deelrechten in te gaan, voor zover zij inderdaad binnen de eerlijk bewijsgebruik beoordelingen van belang kunnen zijn. Niet wordt beoogd op deze plaats uitputtend (of zeer uitgebreid) in te gaan op de binnen dit verband relevante deelrechten. Zij worden hier kort aangeduid en vooral beschreven in termen van de wijze waarop zij binnen de context van toetsing en doorwerking van normschending relevant kunnen zijn. In de hiernavolgende hoofdstukken wordt nader ingegaan op de wijze waarop zij in de Straatsburgse rechtspraak werking hebben, in de specifieke context van de toetsing van de eerlijkheid van het bewijsgebruik bij verschillende typen normschendingen.

Met de weergave van de tekst van de bepaling van art. 6 EVRM zijn reeds de uitdrukkelijke rechten weergegeven. Schematisch bezien gaat het om de volgende rechten.

In het eerste lid zijn, voor beide 'hoofden' van de bepaling, de volgende rechten gegarandeerd:

- het recht op een openbare uitspraak;
- het recht op een openbare behandeling;[183]
- het recht op berechting binnen een redelijke termijn;
- het recht op berechting door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij wet is ingesteld.

Het tweede en het derde lid (die de minimumwaarborgen voor strafvervolgingen betreffen) omvatten de volgende rechten:

- het recht voor onschuldig te worden gehouden totdat schuld in rechte is komen vast te staan (lid 2);
- het recht, onverwijld, in een begrijpelijke en in bijzonderheden op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de ingebrachte beschuldiging;
- het recht op tijd en faciliteiten in verband met de voorbereiding van de verdediging;
- het recht van de verdachte zichzelf te verdedigen of daarin rechtsbijstand te genieten van een raadsman naar eigen keuze of, bij onvoldoende midde-

183 Alleen ten opzichte van dit deelrecht geeft art. 6 EVRM bij voorbaat gegeven verlof een inbreuk daarop te maken. De garantie van een openbare behandeling is zodanig dat het recht op een openbare uitspraak wel ongeclausuleerd aanwezig is, doch de openbare behandeling niet. Immers vermeldt de bepaling in het eerste lid dat de toegang tot de rechtszaal aan de pers en het publiek kan worden ontzegd, gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of de nationale veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privéleven van procespartijen dit eisen, of in die mate als door de rechter strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden.

len van de verdachte, kosteloos door een toegevoegd advocaat te worden bijgestaan;
- het recht getuigen *à charge* en *à décharge* te (doen) oproepen en ondervragen;
- het recht op kosteloze bijstand door een tolk, indien degene jegens wie de strafvervolging is ingesteld de taal waarin de terechtzitting wordt gevoerd niet verstaat of niet spreekt.

Impliciete rechten zijn allen in het eerste lid van art. 6 EVRM ingelezen, specifiek in het begrip '*fair hearing*'. Het gaat hierbij om:
- het recht op toegang tot gerechten;
- het recht om aanwezig te zijn bij een adversair proces en het recht op tegenspraak;
- het recht op '*cross-examination*';[184]
- het recht op gelijkheid van wapenen, en het daaronder vallende recht op interne openbaarheid;
- het recht op een gemotiveerde uitspraak;
- het recht op een eerlijke presentatie van het bewijs;
- het zwijgrecht;
- het recht niet uitgelokt te worden[185]

2.5.2 Het recht op toegang tot gerechten

Het recht op 'effectieve' toegang tot gerechten – reeds geduid als één van de oudste en meest belangrijke onderdelen van het *due process* principe[186] – is door het EHRM voor het eerst erkend in de (civiele) Golder-zaak uit 1995: '(t)he principle whereby a civil claim must be capable of being submitted to a judge ranks as one of the universally 'recognised' fundamental principles of law (...)'.[187] In strafzaken komt het recht op toegang komt neer op het recht op behandeling van de zaak door een gerecht dat voldoet aan de voorwaarden

184 Het recht op '*cross-examination*', oftewel het recht op kruisverhoor , wordt, nu dat fenomeen niet als zodanig bestaat in het nationale stelsel, in deze uiteenzetting niet meegenomen. Getransformeerd naar de nationale context moet het beschermingsdoel achter dit deelrecht worden gezien als gelijk met die van het recht op tegenspraak, dat verwerkt kan worden geacht te zijn in het aanwezigheidsrecht en het geconsolideerde recht op informatie.

185 De lijst van impliciete rechten is deels ontleend aan R. Clayton/H. Tomlinson, met eigen toevoegingen. Voor de volledigheid: aan deze lijst moet worden toegevoegd de specifieke, zwakkere onschuldpresumptie voor strafvervolgingen in de zin van art. 6 lid 1, maar niet in de zin van art. 6 lid 2 EVRM. Zie *Phillips v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 77.

186 Zie ook: J.G.C. Schokkenbroek, Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens: een onderzoek naar de toetsing aan de beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in de Europese en in de Nederlandse rechtspraak, Diss. Leiden, 1996, p. 46.

187 EHRM 21 februari 1975, *Golder v. Het Verenigd Koninkrijk*, Series A, 18.

van art. 6 EVRM.[188] Zij gaat in dat verband niet zover dat een ieder die ooit 'charged' is, kan eisen dat de vervolging wordt voortgezet of dat uiteindelijk berechting door de rechter plaatsvindt: het gaat er om dat waar er sprake is van de 'vaststelling' van een 'criminal charge', die vaststelling wel door een gerecht wordt gedaan.[189] Gevallen waarin er sprake kan zijn van onvoldoende toegang tot gerechten in deze zin zijn ondermeer: de afdoening van een 'criminal charge' door middel van een financiële transactie tussen de aanklager en de verdachte, zonder dat er werkelijk sprake is van een consensuele afstand van recht door de laatste, het seponeren van de zaak onder bepaalde omstandigheden waardoor de betrokkene toch als schuldig wordt gestigmatiseerd, dit mede bezien in het licht van de onschuldpresumptie van art. 6 lid 2 EVRM, en belemmeringen tot toegang door hoge kosten die verbonden zijn aan het vergaren van bewijs voor de verdachte.[190]

Het recht op toegang kan ook fungeren als 'vangnet'. Bij gebleken leemtes in bescherming bij andere deelrechten kan het recht op toegang een grondslag bieden voor de nadere bescherming. In de *Golder*-zaak kon verzoeker zich, nu het om een civiele zaak ging, niet beroepen op het recht op vrije correspondentie en vertrouwelijke communicatie met een raadsman, dat op basis van de tekst van art. 6 EVRM alleen van toepassing is op strafvervolgingen. Door te bepalen dat het recht op toegang, ook in civiele zaken, illusoir is zonder dat vrije correspondentie en vertrouwelijke communicatie met een raadsman worden gewaarborgd, werd de reikwijdte van de bescherming van dat deelrecht, via het recht op toegang, ook buiten de strafvervolging beschikbaar gemaakt. In vergelijkbare zin heeft het recht op toegang een rol gespeeld bij de beoordeling van de vraag of gratis rechtsbijstand op basis van art. 6 lid 3 onder (c) had moeten worden toegekend en of de Staat verantwoordelijk kan worden gehouden voor het manifest falen van een raadsman effectieve verdediging te bieden.[191] Het recht op toegang geldt aldus in twee situaties: (1) waar toegang feitelijk belemmerd wordt en (2) waar er wel toegang is tot een rechter, maar die toegang als (deels) ineffectief moet worden opgevat, gelet op overige omstandigheden.

Het recht op toegang heeft ook een 'vangnet'-, of versterkend effect ten opzichte van art. 13 EVRM, waarmede het een bepaalde gelijkenis toont. Waar art. 13 EVRM beperkte bescherming biedt, alleen al doordien bij die bepaling als voorwaarde is gesteld dat er sprake moet zijn van een geschil ten aanzien van een ander verdragsrecht, biedt het recht op toegang in art. 6 EVRM in meer gevallen een effectieve remedie. Voor zover een bepaalde procedure onder één van de twee hoofden van art. 6 lid 1 EVRM kan worden gebracht, garandeert dit impliciet recht de toegang tot de rechter. Het recht op toegang heeft

188 P. van Dijk/F. van Hoof/A. van Rijn/L. Zwaak (Red.), a.w., p. 563.
189 Ibidem.
190 Ibidem, p. 563-564.
191 Ibidem, p. 564. Zie algemeen over het recht op toegang (in strafzaken), ibidem, p. 557-578.

ook in andere zin een zekere meerwaarde ten opzichte van art. 13 EVRM. Waar de effectieve remedie van de laatste bepaling niet noodzakelijkerwijs de vorm behoeft aan te nemen van een 'gerechtelijke' procedure, verlangt dit deelrecht van art. 6 EVRM wel toegang tot een *rechter*.

Het recht op toegang kan in de context van toetsing en doorwerking van normschending in het vooronderzoek (bij het eindonderzoek) de volgende betekenis hebben. Evenals het recht op een effectieve remedie als bedoeld in art. 13 EVRM,[192] kan het recht op toegang als grondslag worden gezien voor restbescherming in verband met onrechtmatig handelen in het vooronderzoek. In deze vangnetfunctie kan het recht op toegang een nadere rol spelen onder de volgende omstandigheden. In het geval dat naar de stand van de rechtspraak vaststaat dat de rechter geen verdedigingsbelang erkent bij de naleving van bepaalde normen, kan er van uit worden gegaan dat het recht op toegang in dat verband feitelijk illusoir zal zijn. In íeder geval immers dat een verdachte zich beklaagt over de niet-naleving van die vorm, zal het oordeel steeds zijn dat hij geen belang heeft bij de naleving daarvan. Waar in het verdragsverband echter wel een *strafvorderlijk* verdedigingsbelang wordt erkend bij een dergelijke vorm, kan dat betekenen dat de verdachte zijn recht op toegang tot de rechter ten onrechte wordt onthouden, in de zin dat hij de gevolgen van normschending bij de rechter aan de orde had moeten kunnen stellen.

Te denken valt in dit verband aan de eerder genoemde problematiek met betrekking tot uitstel en afstel van strafvorderlijk handelen en de daaruit volgende oprekking van de duur van vooronderzoeken. In het nationale recht wordt tot dusver niet erkend dat een bepaald verdedigingsbelang zich zou kunnen verzetten tegen niet-naleving van art. 126ff WvSv. Waar in het verdragsverband wél een verdedigingsbelang zou kunnen worden ingelezen in dat verband – in een ruime lezing van de redelijke termijn eis of anderszins – zou kunnen worden gesteld dat verdachten ten onrechte nimmer effectief toegang hebben tot de rechter om de eerbiediging van dat belang te kunnen toetsen in de context van het strafproces.

192 Zie in dat verband de reeds gememoreerde rechtspraak van het EHRM in verband met schending van art. 8 EVRM in het normonderzoek, waarin, mede omdat de rechter aan die schendingen geen (vergaande) gevolgen behoefte te koppelen bij het eindonderzoek, recht op een effectieve remedie in de zin van art. 13 EVRM, overeind bleef. Omdat het Britse recht niet voorziet in remedies tegen strafvorderlijke privacyschendingen, achhte het Hof art. 13 EVRM in die zaken geschonden. Zie hierboven, paragraaf 1.3.3.

2.5.3 Het aanwezigheidsrecht, bij een adversair (mondeling) proces en het recht op tegenspraak[193]

Een ieder die wordt onderworpen aan een strafvervolging, heeft het recht heeft aanwezig te zijn bij en deel te nemen aan een mondeling[194] proces, dat ook een adversair karakter heeft.[195] Dit recht brengt met zich mee dat er gelegenheid moet zijn om te reageren op al het bewijs dat wordt gepresenteerd.[196]

De relevantie van dit recht in het kader van de toetsing van de eerlijkheid van het bewijsgebruik ligt vooral in de spanning die wordt veroorzaakt door de verplaatsing van (belangrijke) procesonderdelen naar het besloten kabinet van de rechter-commissaris, althans buiten het gezichtsveld van de verdachte. Zulks is het geval bij het anonieme getuigenverhoor zoals dit mogelijk is gemaakt met de Wet Getuigenbescherming en bij de afscherming op grond van een zwaarwegend opsporingsbelang zoals voorzien in art. 187d WvSv, ingevoerd bij de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden. In mindere mate is spanning met dit deelrecht aanwezig bij de rechter-commissaris procedure ten aanzien van de getuige die een overeenkomst heeft gesloten in ruil voor de toezegging een belastende verklaring af te leggen, alsmede de daaraan voorafgaande onderhandelingen tussen het openbaar ministerie en deze getuige. Immers, waar óók bij die procedure is voorgesteld dat deze kan worden afgeschermd van de verdachte, is die afscherming wel tijdelijk: op een gegeven moment moet over de wijze van totstandkoming en de inhoud van de overeenkomst volledige openheid van zaken worden gegeven.

Bij dit deelrecht gaat het erom dat het bewijs in de aanwezigheid niet alleen van de rechter, maar in het bijzonder van de verdachte, wordt gepresenteerd. De verdachte dient de gelegenheid te krijgen te reageren op het te zijnen overstaan gepresenteerde bewijs en de verrichte onderzoekshandelingen.

Steeds waar bij een bepaald procesonderdeel de rechtmatigheid van het onderzoek wordt besproken en de verdachte niet wordt toegelaten, of niet wordt toegelaten tot tegenspraak, is er een beperking van dit recht. Daarmee wordt de kwaliteit van de toetsing van het bewijsgebruik aangetast. Het gevolg daarvan kan zijn dat het eerlijkheidsbeperkend effect van normovertredingen

193 Zie voor een algemene uiteenzetting ten aanzien van betekeningsvoorschiften door de Hoge Raad: HR 12 maart 2002, NJ 2002, 317, m.nt Sch. Zie ook daarna: HR 11 februari 2003, NJ 2003, 390, m.nt Sch en HR 16 november 2004, NJ 2005, 153, m.nt. JR. Zie in dit verband de Wet van 23 maart 2005 tot wijziging en aanvulling van een aantal bepalingen in het Wetboek van Strafvordering met betrekking tot de betekening van gerechtelijke mededelingen in strafzaken, Staatsblad 2005, 175.

194 EHRM 12 februari 1985, *Colozza v. Italië*, Series A, 89, § 27; EHRM 2 maart 1987, *Monnell en Morris v. Het Verenigd Koninkrijk*, A, 115 *§ 58*.

195 EHRM 28 augustus 1981, *Brandstetter v. Oostenrijk*, A, 211, *§ 66*.

196 EHRM 18 maart 1997, *Mantovanelli v. Frankrijk*, Reports 1997-II, § 33. Zie in algemene zin over beperkingen van het aanwezigheidsrecht door toepassing van video-conferentie: EHRM 5 oktober 2006, *Viola v. Italië*, Appl.nr.: 45106/04.

in het opsporingsonderzoek in onvoldoende mate kan worden hersteld bij het eindonderzoek, doordien de verdachte niet (volledig) in staat is geweest zijn standpunten ter zake in te brengen. De uitkomst kan dan zijn, in het geval dat ook niet op andere wijze nadere herstelcompensatie plaatsvindt (ook om tegemoet te komen aan de beperking op het aanwezigheidsrecht), dat een in principe herstelbare normovertreding in het opsporingsonderzoek uiteindelijk toch tot een oneerlijkheidskwalificatie leidt.

2.5.4 Het geconsolideerde informatierecht; gelijkheid van wapenen, interne openbaarheid en uitdrukkelijke informatierechten

De partijen in een geding moeten elk de beschikking krijgen over een 'reasonable opportunity of presenting his case to the court under conditions which do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent'.[197] Het adversaire karakter van art. 6 EVRM komt het sterkst tot uitdrukking in samenhang met het principe van gelijkheid van wapenen. Eerlijkheid komt in het adversaire procesperspectief tot stand wanneer de tegenover elkaar staande partijen gelijke kansen krijgen. Waar één partij een *'substantial advantage'* heeft ten opzichte van de ander, moet die balans worden hersteld.

Het recht op gelijkheid van wapenen, dat zal duidelijk zijn, is abstract, diffuus en breed. Het valt gedeeltelijk samen met de strafvorderlijke minimumwaarborgen in het derde lid, maar is in sommige opzichten veel ruimer: niet alleen omdat het ook gelding heeft in procedures die onder het civiele hoofd van de bepaling vallen, maar ook omdat het beginsel tot meer kan nopen dan volgt uit de uitdrukkelijke minimumwaarborgen in art. 6 lid 3 EVRM.[198]

Het *equality of arms* principe heeft ook een tweetal zeer concrete uitwerkingen, namelijk de eis van de interne openbaarheid en het recht getuigen te kunnen onderwerpen aan een kruisverhoor.[199] Beide uitwerkingen overlappen derhalve met verschillende deelrechten in het derde lid van art. 6 lid 3 EVRM, bepaaldelijk het recht om onverwijld op de hoogte te worden gesteld van de aard en de inhoud van de beschuldiging, voldoende tijd en faciliteiten een verdediging voor te bereiden en het recht op getuigen. Voor zover de uitwerking van het gelijkheid van wapenen principe blijft breder is dan de som van dat geheel, is weer sprake van een vangnetfunctie. Waar de bescherming van de uitdrukkelijke minimumwaarborgen tekortschiet, kan dit recht aldus nadere bescherming bieden; het *equality* principe heeft echter ook een eigen inhoud

---

197 EHRM 24 februari 1997, *De Haes en Gijsels v. België,* Reports 1997-I; *Delcourt v. België*, *supra*, noot 34.

198 In de context van een strafvervolging wordt er belang gehecht aan uiterlijkheden alsook aan de '*increased sensitivity to the fair administration of justice*'. Zie: R. Clayton/H. Tomlinson, a.w., p. 100, met verwijzing naar EHRM 2 februari 1996, *Bulut v. Oostenrijk,* Reports 1996-II.

199 ECommRM, *X. v. Oostenrijk*, (1972) 42 CD 145.

en waarde, en staat niet alleen in dienst van door de uitdrukkelijke rechten gelaten lacunes.

Ondubbelzinnig heeft het geconsolideerde informatierecht, in de uitwerking ervan in de vorm van interne openbaarheids- en tegensprekelijkheidseis, een bijzonder belang en betekenis in strafzaken, waar 'partijen' van meet af aan de procesvoering ingaan vanuit ongelijkwaardige posities. Dat geldt met name bij strafvervolgingen die – zoals in geval van bijzondere opsporingsonderzoeken – een aanvang hebben in een omvangrijk een complex voortraject.

1) Het geconsolideerde informatierecht

Het geconsolideerde recht op informatie kan worden geduid als het recht van de verdachte hem ontlastende informatie in het proces in te brengen en hem belastende informatie tegen te spreken. Dat recht volgt niet alleen uit het impliciete beginsel van gelijkheid van wapenen, maar als gezegd, ook uit verschillende uitdrukkelijke deelrechten in art. 6 lid 3 EVRM, waarin informatierechten nader zijn geconcretiseerd.

2) Het recht op informatie over de aard en reden voor de beschuldiging, het recht op tijd en faciliteiten en het recht op rechtsbijstand

Als basis voor het geconsolideerde recht op informatie dient allereerst te worden gewezen op het in art. 6 lid 3 onder (a) EVRM opgenomen recht van een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld onverwijld, in een taal die hij verstaat en in bijzonderheden, op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging. Gekoppeld kan daaraan worden het onder art. 6 lid 3 onder (b) EVRM weergeven deelrecht, namelijk te beschikken over de tijd en de faciliteiten die nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging.[200] De twee rechten zijn in verregaande mate aan elkaar gelieerd:[201] voor de verwezenlijking van het recht onder (b) is het noodzakelijk dat eerst het recht onder (a) is verwezenlijkt.

In beide gevallen is sprake van een recht op informatie in een beperktere zin. Het gaat bij beide deelrechten namelijk om de waarborging van een bepaalde mate van informatievoorziening die nodig is vóór aanvang van de strafvervolging (in dit geval: het eindonderzoek), opdat de verdachte daarop genoegzaam voorbereid kan zijn. Zo strekt het recht onder (a) ertoe dat niet alleen de aard van het delict, maar ook de feitelijke en juridische grondslag voor de strafvervolging moet worden aangegeven.[202] In de fase waarin de bescherming van dit recht zich dient te voltrekken is het echter nog niet noodzakelijk dat over moet worden gegaan tot de verstrekking van bewijs dat de vervolging ondersteunt.[203] Het deelrecht onder (b) heeft, naast de

200 Zie ook: A. den Hartog, a.w., p. 66.
201 P. van Dijk/F. van Hoof/A. van Rijn/L. Zwaak (Red.), a.w., p. 632.
202 Ibidem.
203 Ibidem.

verbinding die het heeft met het deelrecht onder (a), ook een hechte verbinding met het deelrecht onder (c), waarin het recht op rechtsbijstand is vervat: gezamenlijk hebben deze rechten de strekking dat de raadsman ook in staat wordt gesteld de verdediging voor te bereiden.[204] De tot het deelrecht onder (b) behorende notie van 'faciliteiten' raakt ook de goede informatievoorziening en noopt tot toegang tot de voor de opbouw van de verdediging noodzakelijke informatie.[205]

3) Het recht op de oproeping en de ondervraging van getuigen

Zeer uitdrukkelijk, en op een bijzondere vorm van procesinformatie toegespitst, is het in art. 6 lid 3 onder (d) opgenomen recht om getuigen à charge te ondervragen of 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.[206] Het recht getuigen à décharge te ondervragen, ofwel om hun verklaringen in te brengen, is de verdachte gegeven zodat hij zijn eigen procesvisie kan inbrengen respectievelijk onderbouwen. De getuige à charge dient te kunnen worden ondervraagd door de verdachte opdat deze de betrouwbaarheid of, concreter, de juistheid van zijn verklaring kan betwisten. De verklaring van de getuige à charge zal, wanneer deze valt onder een erkende problematische categorie en daadwerkelijk voor het bewijs wordt gebruikt, ook het recht op een eerlijk bewijsgebruik raken. Dan dient de eerlijkheid van het gebruik nader te worden getoetst, in verband met het risicovolle karakter daarvan (wegens anonimiteit, het feit dat de verklaring naar aanleiding van een strafvorderlijke toezegging is afgelegd). Gebruik zal niet eerlijk zijn indien de verdachte zijn ondervragingsrecht onvoldoende heeft kunnen uitoefenen.[207]

Een belangrijk onderscheid kan daarin zijn gelegen, mede bezien vanuit de eerlijkheid van het bewijsgebruik, dat de verdachte meer behoefte kan hebben aan de verwezenlijking van het recht op oproeping en ondervraging van getuigen à charge dan getuige à décharge, in die zin dat hij veel belang

204 Ibidem, p. 634-635.

205 Ibidem, p. 633.

206 Beijer maakt op dit punt melding van een eigenaardige wijziging van de oorspronkelijke tekst van art. 6 lid 3 sub d EVRM, dat aanvankelijk veel meer dan thans het geval aansluiting vond bij het zesde amendement van de Amerikaanse *Bill of Rights*. De oorspronkelijke formulering wilde namelijk dat verdachten het recht zouden hebben 'to be confrontend with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favour', hetgeen leek op de Amerikaanse '*confrontation clause*', namelijk dat verdachten het recht hebben 'to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favour'. A. Beijer, a.w., p. 263.

207 EHRM 20 november 1998, *Kostovski t, Nederland*, A-166, NJ 1990, 245 (m.nt.EEA), § 40.

kan hebben bij het tegenspreken van verklaringen van de eerste.[208] Een cruciaal verschil is immers dat de verdachte ten aanzien van de belastende getuige zijn recht op tegenspraak moet kunnen uitoefenen, juist opdat die verklaring niet tot bewijs wordt gebruikt. Wanneer de belastende verklaring wél wordt gebruikt, wordt het recht op een eerlijk bewijsgebruik ingeschakeld. Beperkingen van het ondervragingsrecht fungeren dan weer als factoren bij die beoordeling. Zo die te vergaand zijn geweest, wordt het gebruik van de verklaring evenredig problematischer. Het recht op informatie is dus naar haar aard natuurlijkerwijs sterker bij belastende getuigen: de verdachte moet ten opzichte van dergelijke getuigen zo goed mogelijk geïnformeerd zijn en zijn eigen reactie daarop kunnen inbrengen, zulks idealiter ten overstaan van de rechter.

Nader van belang bij dit deelrecht is de betekenis die het Hof geeft aan het begrip getuige. Daaraan wordt autonome invulling gegeven. Getuigen à charge zijn niet alleen degenen die ter zitting een verklaring hebben afgelegd, maar wier verklaring op enigerlei wijze aan de veroordeling hebben meegewerkt.[209] Zodoende wordt voorkomen dat het recht op getuigen wordt beknot, doordat het onmiddellijkheidsbeginsel niet in acht wordt genomen en buiten het onderzoek ter zitting afgelegde verklaringen tot bewijs worden gebruikt, zonder dat de verdachte het recht op tegenspraak heeft kunnen uitoefenen. De autonome uitleg kan ook relevant zijn bij de getuige à décharge, ten aanzien van wie de verdachte immers kan persisteren dat deze niet alleen in het vooronderzoek, doch ook ten overstaan van de rechter zijn ontlastende verklaring aflegt.[210]

---

208 Zie voor een schending van art. 6 EVRM in verband met het niet (doen) ondervragen van ontlastende getuigen: EHRM 13 juli 2006 (*final*: 11 december 2006), *Popov v. Rusland,* Appl.nr.: 26853/04. Popov werd veroordeeld voor moord, in hoofdzaak op basis van in het vooronderzoek afgelegde, later niet volledig bevestigde dan wel ingetrokken, via een Osloconfrontatie verkregen herkenningsverklaringen van vier minderjarige getuigen. De vier jongens identificeerden hem als degene die ze eerder op de dag van de moord in een park hadden zien vechten met het latere slachtoffer. Het probleem lag in deze zaak niet in de beperking van het ondervragingsrecht of het recht op tegenspraak, maar in de weigering door de rechter bepaalde andere getuigen, die naar Popov stelde, hem een alibi konden verschaffen, op te roepen dan wel te ondervragen. Het eerlijk-proces-recht werd wegens die weigering (en niet op basis van het bewijsgebruik), geschonden geacht. Daarin is overigens een onderlinge wisselwerking tussen deze deelrechten te zien: uiteindelijk moet de weigering de door Popov voorgestelde inbreng van ontlastend bewijs mede worden betrokken op de getuigenverklaringen die wél tot bewijs zijn gebezigd. Waren de getuigen niet minderjarig, hun latere verklaringen niet inconsistent, was er minder tijd verstreken tussen het eerste moment dat zij hun verklaringen aflegden en de zitting, hadden zij verklaard Popov goed te kennen en hem daarom te hebben herkend, dan was de noodzaak andere getuigen op te roepen en te ondervragen minder acuut geweest.

209 Ibidem.

210 Het recht op deskundigen(bewijs) wordt niet begrepen onder het autonome getuigenbegrip als bedoeld in art. 6 lid 3 onder d EVRM, maar wordt geacht te zijn vervat onder het algemene recht op interne openbaarheid in de zin van het eerste lid van de bepaling.

4) Het impliciete recht op interne openbaarheid, het principe van gelijkheid van wapenen

Het overkoepelend informatierecht echter, en daarmee ook de ruimste manifestatie daarvan in art. 6 EVRM, volgt uit het in het eerste lid van de bepaling (eerlijkheidsnotie) vervatte beginsel van gelijkheid van wapenen.

Dit recht geldt voor getuigenbewijs, doch ook voor procesinformatie die niet onder het (weliswaar brede, autonome) getuigenbegrip valt. Het gaat dan niet alleen om deskundigenbewijs en stukken, maar ook om informatie waarvan de aard en inhoud onbekend is en die aldus niet kan worden benoemd in termen van getuigen of stukken.

De ten aanzien van getuigeninformatie geldende, leidende beginselen van onmiddellijkheid, mondelinge overdracht en tegensprekelijkheid[211] kunnen worden geacht eveneens van toepassing te zijn in verband met dit bredere recht op interne openbaarheid. Bij procesinformatie die naar de aard daarvan zich niet leent voor realisering van die leidende beginselen – bij stukken is de middellijkheid vaak gegeven – brengen die idealen mee dat gestreefd moet worden naar de inbreng van die informatie in de meest oorspronkelijke vorm, terwijl de verdachte in de gelegenheid moet worden gesteld zich over de inhoud uit te laten.

Tevens kan de volgende analogie met het getuigenrecht worden gemaakt: het onderscheid in sterkte van het recht op getuigen à charge en à décharge kan worden doorgetrokken naar andere soorten procesinformatie. Waar het derhalve gaat om belastende informatie die door de vervolgende autoriteit wordt ingebracht en daadwerkelijk als bewijs kan of zal worden gebruikt, geldt eveneens dat de tegensprekelijkheidseis in werking treedt en een versterkende werking heeft op het informatierecht. Waar die informatie vervolgens ook ten grondslag wordt gelegd aan een bewezenverklaring is bovendien het gebruik daarvan onderhevig aan de werking van het recht op een eerlijk bewijsgebruik. De nadere eisen die aan dat gebruik worden gesteld, worden daarmee tevens geactiveerd. Dat komt neer op een cumulatie van eisen ten aanzien van die informatie, zodat art. 6 EVRM per saldo meer voorwaarden stelt ten aanzien van belastende informatie, ongeacht de vorm van die informatie.

5) Het geconsolideerde informatierecht, toegespitst op verschillende procesvragen

Ten slotte moet worden gewezen op een laatste verschil tussen het specifieke recht op getuigen in het derde lid van art. 6 EVRM en het overkoepelend

211 Zie ook T&C SV, Inl. Opm. Aant. 5, waar deze principes, als 'structuurbeginselen' geduid, worden geplaatst onder de dezelfde categorie als de onafhankelijkheid, onpartijdigheid en onbevoordeeldheid van de rechter, de interne en externe openbaarheid, de compleetheid van het onderzoek ter terechtzitting en de kenbaarheid en de gefixeerdheid van de beschuldiging: deze liggen 'in hoge mate verankerd in de wettelijke regeling. Tegelijkertijd bezitten zij een meerwaarde, waar zij onverbrekelijk zijn verbonden met een meer transcendente notie van vereisten waaraan een aannemelijk strafproces behoort te voldoen. Zie in dit verband ook art. 6 EVRM en art. 14 IVBPR'. Ibidem.

informatierecht in het eerste lid. Dat verschil betreft de eerder genoemde gedifferentieerde gelding van het informatierecht voor zover het gaat om verschillende typen procesvragen.

De terminologie van het derde lid onder (d) is eenduidig gericht op de bewijsvraag: de benoeming van getuigen als 'belastend' of 'ontlastend' speelt direct in op de tenlastelegging. In het geval dat het EHRM ook op dit punt dit deelrecht autonoom leest zodat het ook van toepassing is in verband met getuigen die niet kunnen verklaren omtrent de tenlastelegging, maar wel beschikken over relevante informatie ten aanzien van andere (proces)vragen – in het bijzonder die ten aanzien van (implicaties voor het bewijsgebruik) van normschending in het vooronderzoek – geldt het volgende. Het recht moet dan zo worden begrepen dat het recht geeft op het oproepen en ondervragen van getuigen die het standpunt van de verdediging kunnen ondersteunen, onderscheidenlijk die dat standpunt tegenspreken, ook wat betreft vragen omtrent de wijze waarop bewijs is verkregen, met het oog op eventuele normschending in dat verband.

6) Het belang van het geconsolideerde informatierecht bij de toetsing van de eerlijkheid van het bewijsgebruik

Het belang van de informatierechtsverwezenlijking in de context van de toetsing van de eerlijkheid van het gebruik van via normschending verkregen bewijs is onmiskenbaar groot. Die toetsing kan gewoonweg, zonder deugdelijke informatierechtsverwezenlijking, niet op een acceptabele wijze worden uitgevoerd. Zeker geldt dat bij bijzondere opsporingsonderzoeken, die gedurende lange periodes heimelijk worden uitgevoerd en zich (althans wat betreft delen daarvan) gemakkelijk laten afschermen bij het eindonderzoek. Een deugdelijke interne openbaarheid, de transparantie van de bijzondere opsporing in het eindonderzoek is daarmee even cruciaal als de eis van probiteit zelf. Die probiteit en de kwaliteit van de toetsing van de eerlijkheid van het bewijsgebruik staan of vallen met de ter zake geboden transparantie. Het EHRM benadrukt ook duidelijk de verwezenlijking van informatierechten, ook in de context van de toetsing van de eerlijkheid van het bewijsgebruik. Myjer spreekt van 'het grote belang dat in Straatsburg wordt gehecht aan transparantie van de kant van politie en justitie'.[212] Waar die toetsing als gevolg van een gebrekkige informatievoorziening in het geheel niet kan worden uitgevoerd, kan de eerlijkheid van het proces reeds op die basis – zonder dat een inhoudelijk oordeel wordt gegeven over de beweerde onrechtmatigheid – zijn aangetast.[213] Waar de informatievoorziening niet geheel heeft ontbroken, maar

212 E. Myjer, Van een Straatsburgs einde aan twee supermegazaken vol afspraken met getuigen, NJB, 27 februari 2004, nr. 9, p. 432-433.

213 Zie in dat verband wederom *Edwards and Lewis v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra,* noot 38 en EHRM 24 juni 2003, *Dowsett v. Het Verenigd Koninkrijk,* Reports of Judgments and Decisions 2003-VII. In het eerste geval gaven de feiten en omstandigheden van het onder-

toch ondeugdelijk moet worden geacht omdat de verdachte niet in staat is geweest in voldoende mate op te komen tegen een door hem gewraakt optreden in het opsporingsonderzoek, zal, indien zodanige in principe herstelbare normovertredingen in het opsporingsonderzoek niet op deugdelijke wijze zijn hersteld, het proces uiteindelijk toch als oneerlijk moet worden gekwalificeerd.

2.5.5 Het recht op een gemotiveerde uitspraak

Eveneens van belang bij de toetsing van de eerlijkheid van het bewijsgebruik in art. 6 EVRM is het deelrecht op een gemotiveerde uitspraak.[214] Het doel van de motiveringsplicht in art. 6 EVRM is gelegen in het volgende: rechterlijke uitspraken dienen gemotiveerd te zijn, zodat de belangen dragende partijen geïnformeerd zijn over de basis van de beslissing, het publiek in een democratische samenleving de redenen kent voor rechterlijke uitspraken (externe openbaarheid), en de verdachte in een strafzaak zijn appelrecht kan uitoefenen.[215]

Nationale gerechten genieten wel ruime discretie ten aanzien van de inhoud en de structuur van hun uitspraken: '(t)he Court's task is to consider whether the method adopted in this respect has led in a given case to results which are compatible with the Convention'.[216] In *Van der Hurk v. Nederland* stelde het Hof dat:

> '(a)rticle 6 para. 1 obliges courts to give reasons for their decisions, but cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument. Nor is the European Court called upon to examine whether arguments are adequately met.'[217]

---

zoek sterke indicaties dat er sprake was geweest van de inzet van infiltranten. Daarover werd echter zo weinig informatie gegeven dat zelfs het Hof niet kon toetsen of daarbij spprake was geweest van ontoelaatbare uitlokking. Art. 6 EVRM werd daarom op basis van de gebrekkige openbaarheid geschonden geacht. Datzelfde geldt voor Dowsett, die enerzijds niet en anderzijds te laat in het geding op de hoogte werd gesteld van informatie aangaande de vormgeving van het onderzoek.

214 De motiveringsplicht in art. 6 EVRM is niet beperkt tot de einduitspraak, maar kan ook betrekking hebben op andere (tussen)uitspraken en oordelen. Zie onder andere: EHRM 26 juli 2007, *Markoulaki v. Griekenland (No.1)*, Appl.nr.: 44858/04, waarin het Hof art. 6 lid 1 EVRM geschonden achtte omdat door Markoulaki bij de aanklager en de nationale gerechten ingediende appelverzoeken – door beide instanties – zijn verworpen door middel van korte, handgeschreven briefjes.

215 R. Clayton/H. Tomlinson, a.w., p. 104-105, met verwijzing naar: EHRM 16 december 1992, *Hadjianastassiou v. Griekenland*, A, 252. In *Hadjianastassiou* leidde het geheel van de feiten en omstandigheden tot de vaststelling van een schending van art. 6 lid 1 jo lid 3 onder sub (b) EVRM. In die *casus* was de motivering in eerste aanleg zodanig gebrekkig dat bij het appelberoep die uitspraak niet adequaat kon worden gewraakt. Dat bleef een gebrek, ook nadat meer informatie over de redenen voor de uitspraak waren verschaft, daar het appelberoep reeds was gedaan en de mogelijkheid niet bestond nadere grieven – op basis van de nieuwe informatie – toe te voegen.

216 *Hadjianastassiou v. Griekenland*, *supra*, noot 209, § 33.

217 EHRM 19 april 1994, *Van der Hurk v. Nederland*, Appl.nr.: 16034/90, § 61.

Er behoeft niet op elk aangevoerd argument te worden ingegaan, noch gaat het Hof in op de beoordeling van de kwaliteit van een respons op een verweer. In gevallen waarin de kwaliteit van de motivering wordt gewraakt, beperkt de toetsing zich tot een *'general assessment'*. De nationale discretie bereikt echter een grens in het geval van aangelegenheden die '*decisive*' kunnen zijn voor de uitkomst van de zaak. Dergelijke punten dienen wél specifiek en uitdrukkelijk te worden besproken in de uitspraak.

In hoger beroep kan de appelrechter in principe volstaan met de bevestiging van de motivering van de eerdere rechterlijke beslissing. In *García Ruiz v. Spanje* stelde het Hof het volgende vast:

> 'In the light of the foregoing considerations, the Court notes that the applicant had the benefit of adversarial proceedings. At the various stages of those proceedings he was able to submit the arguments he considered relevant to his case. The factual and legal reasons for the first-instance decision dismissing his claim were set out at length. In the judgment at the appeal stage the Audiencia Provincial endorsed the statement of the facts and the legal reasoning set out in the judgment at first instance in so far as they did not conflict with its own findings. The applicant may not therefore validly argue that this judgment lacked reasons, even though in the present case a more substantial statement of reasons might have been desirable'.[218]

In *Ruiz Torija v. Spanje*, ging het Hof nader in op de wijze waarop de kwaliteit van de motivering dient te worden beoordeeld.

> 'The Court reiterates that Article 6 para. 1 obliges the courts to give reasons for their judgments, but cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument (...). The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision. It is moreover necessary to take into account, inter alia, the diversity of the submissions that a litigant may bring before the courts and the differences existing in the Contracting States with regard to statutory provisions, customary rules, legal opinion and the presentation and drafting of judgments. That is why the question whether a court has failed to fulfil the obligation to state reasons, deriving from Article 6 of the Convention, can only be determined in the light of the circumstances of the case'.[219]

In deze (civiele) zaak ging het om het ontbreken, in eerste en in tweede aanleg, van een respons op een verweer dat de actie van de verzoeker zou zijn verjaard, in het nationale recht een preliminair verweer. De overheid meende dat uit het zwijgen van het gerecht in eerste aanleg over dit verweer, impliciet een afwijzing kon worden afgeleid. Evenwel had het verweer '*decisive*' kunnen

---

218 EHRM 21 januari 1999, *García Ruiz v. Spanje*, Appl.nr.: 30544/96, § 29. Zie ook: Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 25 mei 2004, *Cornelis v. Nederland*, Reports of Judgments and Decisions 2004-V, §: '(i)n dismissing an appeal an appellate court may, in principle, simply endorse the reasons for the lower court's decision'.

219 EHRM 9 december 1994, *Ruiz Torija v. Spanje*, A, 303-A, § 29.

zijn, waardoor het stilzwijgen van *beide* gerechten een schending van de motiveringsplicht onder art. 6 EVRM opleverde. Ten aanzien van het argument van de overheid dat 'the submission based on limitation was so clearly unfounded that it was unnecessary for the appeal court to refer to it' overwoog het Hof: (t)he fact that the first-instance court allowed evidence to be adduced in support of this submission suggests the contrary'. Daaruit kan de conclusie worden getrokken dat waar de rechter wel onderzoek heeft gedaan op een bepaald punt, de uitspraak een beslissing ter zake dient te bevatten.[220]

Duidelijk zal zijn welk een groot belang het deelrecht op motivering van de uitspraak heeft bij de toetsing van de eerlijkheid van het bewijsgebruik. Ook bij deze vorm van toetsing wordt immers ervan uitgegaan dat de rechter zijn beslissing (tot gebruik van (mogelijk) via normschending verkregen bewijs)

220 Zie voor een recentere uiteenzetting van het Hof ten aanzien van de verdragsrechtelijke motiveringsplichten, EHRM 27 september 2001, *Hirvisaari v. Finland*, Appl.nr. 49684/99, §§ 30-32: '(t)he Court reiterates that, according to its established case-law reflecting a principle linked to the proper administration of justice, judgments of courts and tribunals should adequately state the reasons on which they are based. The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision and must be determined in the light of the circumstances of the case. Although Article 6 § 1 obliges courts to give reasons for their decisions, it cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument. Thus, in dismissing an appeal, an appellate court may, in principle, simply endorse the reasons for the lower court's decision (...). A lower court or authority in turn must give such reasons as to enable the parties to make effective use of any existing right of appeal. (...) In the present case, the Court observes that the first part of the reasons given by the Pension Board merely referred to the relevant provisions of law, indicating the general conditions under which an employee is entitled to receive pension. In the second part of the reasoning it was mentioned that the applicant's mental state had deteriorated during the autumn of 1997, the symptoms of his illness, however, being considered mild. On these grounds the Pension Board found the applicant partly capable of working as from 1 June 1997. While this brevity of the reasoning would not necessarily as such be incompatible with Article 6, in the circumstances of the present case the decision of the Board failed to satisfy the requirements of a fair trial. In view of the fact that the applicant had earlier received a full invalidity pension, the reference to his deteriorating state of health in a decision confirming his right to only a partial pension must have left the applicant with a certain sensation of confusion. In these circumstances the reasoning cannot be regarded as adequate. (...) Nor was the inadequacy of the Board's reasoning corrected by the Insurance Court which simply endorsed the reasons for the lower body's decision. While such a technique of reasoning by an appellate court is, in principle, acceptable, in the circumstances of the present case it failed to satisfy the requirements of a fair trial. As the applicant's main complaint in his appeal had been the inadequacy of the Pension Board's reasoning, the more important was it that the Insurance Court give proper reasons of its own" (...), en met verwijzing naar die laatste uitspraak, EHRM 27 juli 2004, *H.A.L. v. Finland,* Appl. nr.: 38267/97, §§ 48- 50: 'The same considerations are in principle valid also in the present case. What is more, this applicant had substantiated his requests for an extended sickness allowance by adducing various certificates in which his treating doctors attested his incapacity for work. The Social Insurance Commission, whose reasons the Appellate Board for Social Insurance relied on, essentially described the applicable legal provision and noted the evidence adduced by the applicant but provided no reasoning as to why that evidence was considered insufficient'.

dient te motiveren. Een ontbrekende of ondeugdelijke motivering doet aan de kwaliteit van herstel af. Gelet op het ontbreken van zeer concrete of strikte kwaliteitseisen in verband met motivering, moet ervan worden uitgegaan dat het belang van de verdragsrechtelijke motiveringsplicht in het algemeen vooral daarin is gelegen dat de rechter blijk geeft onderzoek te hebben gedaan naar de eerlijkheid van het bewijsgebruik, in het licht van de aard van de normschending waarmee bewijsverkrijging gepaard is gegaan.

2.5.6 Conclusies ten aanzien van de deelrechten

De hierboven uiteengezette deelrechten spelen een belangrijke rol bij de beoordeling van de eerlijkheid van het gebruik van via normschending verkregen bewijs. Het zijn deze rechten die de verdediging dient te kunnen uitoefenen in het kader van herstel van eventuele, door het gebruik van onrechtmatig vekregen bewijs veroorzaakte, eerlijkheidsrisico's. Of herstel is bewerkt wordt – daargelaten de situaties waarin de normschending van dien aard is dat bewijs had moeten worden uitgesloten – vooral gedicteerd door de mate waarin en wijze waarop bovenomschreven procesrechten zijn verwezenlijkt. De verdachte moet in staat zijn gesteld, op geïnformeerde wijze, zijn standpunten over de rechtmatigheid van het onderzoek kenbaar te maken. De rechter op zijn beurt moet ervan blijk geven daarnaar onderzoek te hebben gedaan, hetgeen tot uitdrukking moet komen in zijn uitspraak.

De werking van de art. 6 EVRM procesrechten is bij de toetsing van de eerlijkheid van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs zo bezien niet anders dan bij de algemene toetsing van de eerlijkheid van het bewijsgebruik. Algemeen geldt dat waar indicaties aanwezig zijn dat een veroordeling om inhoudelijke redenen of vanwege een rechtmatigheidsgebrek uitgesloten dient te zijn, de rechter voor het bereiken van zijn oordeel daarover waakzaam moet zijn dat de verdachte zijn procesrechten in voldoende mate kan uitoefenen. Dat komt er op neer dat die procesrechten verscherpt dienen te worden geeffectueerd. De meerwaarde van 's Hofs erkenning van een herstelplicht in verband met het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs is dat daarmee een probiteitsdimensie wordt toegevoegd aan de eerlijkheidsnotie: normschending in het vooronderzoek kan aldus doorwerken naar het eindonderzoek. Dat kan ook met zich meebrengen dat herstel niet mogelijk is en dat bepaald, via normschending verkregen bewijs in het geheel niet kan worden gebruikt. Verplichte bewijsuitsluiting is evenwel maar in uitzonderlijke situaties aan de orde. 's Hof model in verband met onrechtmatig verkregen bewijs is aldus vooral gericht op een eerlijke omgang met via normschending verkregen bewijs, vooral om uit te sluiten dat gebruikt bewijs niet behoort tot een absolute uitsluitingscategorie. In die beschermingsstructuur is aldus het herstelcomponent dominant: de verdragsbescherming ziet vooral op de aanspraak die op basis van art. 6 EVRM kan worden gemaakt de implicaties van normschending

getoetst te krijgen. De kwaliteit van de verdragsbescherming is daarmee in sterke mate afhankelijk van de wijze waarop het hertselkader, dat vooral samengesteld is uit de bovengenoemde deelrechten, werkt.

Uit de aard daarvan wordt in het herstelmodel aldus de rol van de verdediging benadrukt. In dat verband kan als nader knelpunt worden aangegeven dat de adversaire grondslag van art. 6 EVRM mogelijk wederom een bepalende invloed heeft op de keuze voor een dergelijk mechansime, in die zin dat die kueze te herleiden is tot bepaalde veronderstellingen die het Hof ten grondslag legt aan de notie van adversaire procesvoering. Dat een recht bestaat in een bepaalde nationale rechtsorde zegt nog weinig over hoe dat recht feitelijk werkt. De Nederlandse verdediging heeft de (wettelijke) mogelijkheden procesrechten in te zetten in verband met rechtmatigheidstoetsing. *Prima facie* kan dat voeren tot de gevolgtrekking dat het nationale recht verdragsconform is. Dat behoeft echter niet zo te zijn indien een andere voorstelling van zaken bestaat omtrent de wijze waarop een bepaald recht functioneert in een bepaald rechtsorde. Staat de Nederlandse wel even stertk bij het doen van verzoeken tot oproepring getuigen, brengt in Nederland het genieten van rechtsbijstand dezelfde type bijstandverlening met zich mee als die waar het Hof van uit gaat? Zo kan als problematisch worden opgevat – gelet op de sterke oriëntatie van het Nederlands rechtssysteem op het legaliteitsbeginsel, dat nergens in de wet uitdrukkelijk wordt gesteld dat al die bestaande rechten ook beschikbaar dienen te zijn voor de verdediging in het kader van verzet tegen het gebruik van onrechtmatig verkregen. Nu hier sprake is van een mensenrechtelijke grondslag voor een dergelijke inzet van die rechten (alsmede voor de bewijsminimumregel en de motiveringsplicht van de rechter), moet toch als cruciaal worden aangemerkt dat dat helder tot uitdrukking wordt gebracht in de wet.

Belangrijk is voorts dat er ook variatie bestaat in 's Hofs waarderingen van de de verschillende deelrechten in het herstelmodel alsmede van verschillende *typen* beperkingen, terwijl het een en ander steeds afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van de casuspositie. Zo kan een (niet vergaande) beperking van de interne openbaarheid gemakkelijk herstelbaar zijn, terwijl het gegeven dat de verdachte geen rechtsbijstand heeft genoten onherstelbare implicaties voor de eerlijkheid kunnen hebben. Dat brengt mee dat er geen absolute of zelfstandige grens is die bepaalt of de rechten al dan niet in voldoende mate zijn verwezenlijkt: er kunnen geen algemene standaarden worden gegeven voor de wijze waarop en mate waarin procesrechten in elk proces dienen te worden geffectueerd.

Daarmee hangt het volgende samen. Bij de vorming van begrip omtrent 's Hofs kader voor de eerlijkheid van bewijsgebruik, mede bezien vanuit verdragsrechtelijke opsporingsnormen, zijn twee categoriën uitspraken van het Hof relevant. Enerzijds blijkt de werking van dat kader uit uitspraken waarin de eerlijkheid van onrechtmatig vekregen bewijs zelf rechtsreeks aan de orde is gesteld. Het recht op een eerlijk bewijsgebruik is evenwel feitelijk

een systeem is, dat bestaat uit een constellatie van verschillende deelrechten en de eerlijkheidsnotie zelf. Uit de eerlijkheidsnotie vloeit voort dat de deelrechten die de constituerende componenten vormen van het herstelkader óók van toepassing zijn in verband met probiteitsbewaking. Dat brengt de eis tot toetsing en herstel bij het gebruik van onrechtmatig vekregen bewijs met zich mee. Uit die eerlijksheidsnotie vloeien soms ook (bij bepaalde typen normschendingen) ook bewijsuitsluitingsregels voort. Anderzijds zijn aldus ook uitspraken van het Hof, die geen betrekking hebben op eerlijkheid van bewijsgebruik, maar toegespitst zijn op de (algemene) werking van de constituerende componenten van het kader voor eerlijk bewijsgebruik, relevant. Uit de rechtspraak over geconsolideerde informatierechten, over het recht op rechtsbijstand, eventuele (algemeen aan te houden) bewijsminima, het aanwezigheidsrecht, de motiveringsplicht en dergelijke blijken de bij de verwezenlijking van die rechten aan te houden kaders. Van belang is evenwel het volgende. Die tweede categorie rechtspraak is niet zoonder bruikbaar als graadmeter voor de wijze waarop die rechten dienen te worden verweznlijkt in het kader van herstel bij gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs. Dat heeft met het volgende te maken. Bij uitspraken die toegespitst zijn op afzonderlijke deelrechten, kan er van worden uitgegaan dat daarin geen illustraties te vinden zijn van situaties waarin die rechten op ideale wijze zijn verwezenlijkt. Indien het Hof een klacht over de uitoefening, beter, de beperking van een bepaald deelrecht ontvankelijk verklaard, brengt dat ofwel met zich mee dat een vraag aan de orde is over het verdrag die nog niet eerder is beantwoord, ofwel dat het Hof er niet bij voorbaat van overtuigd is dat zich geen schending heeft voorgedaan. Indien de uitkomst is dat een schending wel wordt vastgesteld, betekent dat dat het Hof de omgang met een bepaald recht in een concrete zaak heeeft afgekeurd. Uit een dergelijke uitspraak blijkt dus wel wat niet acceptabel is, doch is daarmee niet noodzakelijkerwijs een standaard gegeven voor wel ideale verwezenlijking. Indien geen schending wordt vastgesteld brengt dat evenwel ook niet met zich mee dat de omgang met het recht in kwestie optimaal is geweest: zo ja, dan was de klacht, nogmaals, niet ontvankelijk verklaard. Die rechtspraak van het Hof omschrijft aldus de verdragsminima. Daarbij komt dat eventuele compensatie van een beperking van een bepaald recht in een concrete zaak, verklaard dient te worden door overige omstandigheden. Dan is wederom geen algemene standaard gegeven voor het beperkte recht zelf.

Deze tweede categorie van rechtspraak is daarom geen goede graadmeter voor de wijze waarop de deelrechten dienen te worden verwezenlijkt in het kader van herstel (bij het gebruik van onrechtmatig vekregen bewijs), omdat zij bij het herstelkader werkzaam dienen te zijn in een compenserende functie en aldus juist scherper dienen te zijn aangezet. In die context gaat het dus om de positieve werking van de deelrechten; er is een inspanningsverplichting voor lidstaten zorg te dragen voor even zoveel herstel als noodzakelijk is om het eerlijkheidsbalans te hervinden. Daarbij kan niet zondermeer worden aangesloten bij de verdragsminima die voortvloeien uit rechtspraak dat toege-

spitst is op de negatieve werking van die bepalingen, namelijk de mate waarin beperkingen op die concrete deelrechten zijn toegestaan. Ter illustratie: uit de rechtspraak ten aanzien van het recht op rechtsbijstand (dat evenals het bewijsmimimumregel, dat ook tot het herstelkader behoort, hier niet afzonderlijk is besproken), blijken regels als dat lidstaten pas bij manifest falen van een raadsman verplicht zijn in te grijpen. In een *casus* waarin de raadsman een en ander heeft verzuimd, doch daarom geen verplichting tot ingrijpen ontstond (zoals in de hiervoor omschreven *Hermi*-zaak), kan een dergelijke uitpsraak niet dienst doen als standaard voor de mate waarin en wijze waarop dat recht dient te kunnen worden uitgeoefend in het kader van herstel. Dat wil zeggen, er kan er niet van worden uitgegaan dat (het genieten van) rechtsbijstand ook *herstellende* werking kan hebben als het niveau daarvan enkel nog (in termen van het recht op rechtsbijstand zelf) (nog net) geen verdragsschending oplevert.

2.6 BEPERKINGSMECHANISMEN BIJ ART. 6 EVRM

Art. 6 EVRM heeft – ten opzichte van de vrijheidsrechten onder de artikelen 8 t/m 11 EVRM – een bijzondere structuur in die zin dat deze bepaling – behoudens ten aanzien van het recht op een openbare behandeling – geen beperkingsclausule kent. Niet is bij voorbaat voorzien in gronden waarop eventuele beperkingen mogelijk zouden kunnen zijn. De rechtspraak van het EHRM toont wel dat er ruimte voor beperking is, doch wel – zoals dat ook geldt voor de vrijheidsrechten – onder bepaalde voorwaarden en niet voor wat betreft het (overkoepelende) eerlijkheidsdoel. Beperkingen zijn aldus alleen toegestaan van de onderscheiden deelrechten (terwijl dat ook niet geldt voor alle deelrechten) en alleen voor zover uiteindelijk toch een eerlijkheidsbalans wordt bereikt.

De beperkingsvoorwaarden bij art. 6 EVRM deelrechten zijn ook anders dan die gelden voor de vrijheidsrechten, in welk laatste verband beperkingen worden getoetst aan legaliteit, noodzakelijkheid en legitimiteit vanuit doelen bezien. Waar het Hof bij beoordelingen beperkingen van art. 6 EVRM deelrechten vergelijkbare criteria bezigt,[221] hanteert het Hof bovendien in verband met beperkingen van art. 6 EVRM deelrechten een '*overall*' eerlijkheidstoetsing: als gezegd, indien een bepaalde balans van eerlijkheid door beperking van een deelrecht verstoord raakt, blijft de algemene eerlijkheid onaangetast, indien via andere weg compensatie plaatsvindt. Het eerlijkheidsdoel is dominant; ook bevat art. 6 EVRM bepaalde aboslute normen, ten aanzien waarvan geen discretionaire afwijking mogelijk is, daarbuiten staat niet vast hoe dat doel dient te worden bereikt, in de zin dat geen algemene standaarden bestaan voor

221 Zie in dat verband, o.a.,: *Viola. v. Italië*, *supra*, noot 196 en *O' Halloran v. Francis v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra,* noot 52.

de mate waarin verschillende deelrechten bij elke strafvervolging dienen te worden verwezenlijkt.[222]

2.6.1 Toetsing bij expliciete en impliciete rechten

Beperking van de eerlijkheid in algemene zin is niet mogelijk, beperking van sommige deelrechten wel, zolang maar herstel wordt toepepast en een eerlijkheidsbalans wordt herwonnen. Deelrechten in art. 6 EVRM waarvan geen afwijking mogelijk is betreffen wederom uitzonderingen. Vraag is dan of er categorale onderscheidingen bestaan binnen de deelrechten die wel vatbaar zijn voor beperking, voor wat betreft de mate waarin en wijze waarop beperkingen mogelijk zijn. Verschillende (hierboven reeds genoemde) onderscheidingen bestaan in de context van de deelrechten in art. 6 EVRM. Sommige deelrechten hebben een meer of minder positief dan negatief karakter; naast de uitdrukkelijke rechten, erkent het Hof verschillende – in de eerlijkheidsnotie in te lezen – impliciete rechten. Die twee onderscheidingen vallen niet samen: sommige impliciete rechten hebben een negatief (verbods)karakter (zwijgrecht), andere zijn meer positief van aard (aanwezigheidsrecht). Uitdrukkelijke rechten vallen eveneens in beide categorieën: het recht op tijd en faciliteiten ziet op een veel meer positieve verplichting dan de eis van rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

Gesteld is reeds dat uit de aard van een positieve verplichting volgt dat daarbij meer ruimte bestaat voor nationale discretie. Vraag is dan of een structureel verschil valt te ontwaren tussen de wijze waarop *expliciete* en *impliciete* deelrechten kunnen worden beperkt (en hersteld). Zo ja, dan zou dat corresponderen met de striktheid waarmee het Hof (beperkingen) van de onderscheiden typen rechten toetst.

---

222 Een categorale differentiatie is te vinden in de mate van voorziene bescherming in verband met strafvervolgingen en procedures die vallen onder het civiele 'hoofd' van art. 6 EVRM. 'Given de overriding necessity of ensuring the rights of the accused, it is natural that the Strasbourg organs examine criminal cases more strictly and closely than in civil cases. They have expressly recognised a 'greater latitude' of discretion of Member States in regulating the terms and conditions for a fair hearing in civil cases'. Y. Arai-Takahashi, a.w., p. 48. Zie ook: EHRM 27 oktober 1993, *Dombo Beheer BV v. Nederland*, Appl.nr.: 27677/02, § 32: '(...) the requirements inherent in the concept of a 'fair hearing' are not necessarily the same in cases concerning the determination of civil rights and obligations as they are in cases concerning the determination of a criminal charge (...). (T)he Contracting States have a greater latitude when dealing with civil cases concerning civil rights and obligations than they have when dealing when dealing with criminal cases', ofwel, bij de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen, hebben nationale overheden, over het algemeen, een ruimere *margin of appreciation* dan bij strafvervolgingen. Zie ook: M. Kuijer, a.w., p. 49.

Die vraag lijkt zondermeer in het negatieve te kunnen worden beantwoord. Uit de rechtspraak blijkt niet van een dergelijk onderscheid.[223] Meermalen zijn hier impliciete rechten als het zwijgrecht en het recht niet op ontoelaatbare wijze te worden uitgelokt genoemd als zeer sterke rechten, in de context waarvan het Hof weinig tot geen discretionaire invulling toelaat.[224] Ook het (impliciete) recht op een eerlijk bewijsgebruik kan als absoluut worden aangemerkt: enerzijds verplicht dat recht in sommige situaties tot uitsluting, in andere gevallen is herstel noodzakelijk. Daaraan doet niet af dat binnen het kader van herstel wél ruimte bestaat voor variabele verwezenlijking (van nadere, bij het herstelkader behorende expliciete én impliciete rechten.[225]

Voor zover nadere – naast het hierboven gemaakt ondercheid in positief of negatief karakter – onderscheidingen kunnen worden gemaakt tussen meer of minder stritke toetsing (en daarmee, ruimte voor beperking) van de verschillende deelrechten, bestaan dergelijke differentiaties aldus veelal op het niveau van elk deelrecht zelf. Elk deelrecht heeft een eigen karakter en doel, eventuele beperkingen dienen aan de hand daarvan te worden beoordeeld. Afwegingen in verband met beperkingen kunnen ook niet in *abstracto* te worden uitgevoerd: of beperkingen acceptabel zijn is ook in sterke mate afhankelijk van casuïstiek, alsmede de inrichting van het nationale recht van de desbetreffende lidstaat.

Voor alle deelrechten gelden wel algemene beperkingsmechanismen. Allen worden door het Hof in art. 6 EVRM ingelezen. Oftewel, de tekst van art. 6 EVRM voorziet zelf niet in een rechtsgrond voor die mechanismen. Inhoudelijke criteria die algemeen worden ingezet, zijn hierboven reeds genomend. beperkingen van verschillende deelrechten dienen proportioneel zijn en verbonden

---

223 Zie J.G.C. Schokkenbroek, a.w., p. 46-53, die stelt dat naast het recht op toegang (een impliciet recht), marginaal getoetst wordt bij het recht op rechtsbijstand (een uitdrukkelijk recht, dat in wezen meer als een positieve verplichting kan worden gelezen) en het recht op een eerlijk bewijsgebruik (wederom impliciet). Alle andere deelrechten worden volgens hem integraal getoetst, J.G.C. Schokkenbroek, a.w. p. 53. Onderscheid dient overigens te worden gemaakt tussen de mogelijkheden die het Hof erkent in verband met beperking van rechten en de doctrine van '*inherent limitations*'. Zie daarover P.van Dijk/F. van Hoof/A. van Rijn/L. Zwaak, (Red.), a.w., p. 343: '(a)coording to the theory of 'inherent limitations', restrictions on certain Convention rights are considered as not ammounting to 'interference' on the ground that they are 'ingrained'in the scope of these rights. (…) An analysis of the case law demonstrates that the Court's recognition of 'implied limitations'is confined to specific contexts (rather than in a general manner). In de context van art. 6 EVRM past het hof de doctrine van 'inherent limitations' toe bij het recht op toegang. Ibidem.

224 Nogmaals dient te worden gewezen recente rechtspraak van het Hof, waarin het absolute karakter van het zwijgrecht (ten opzichte van het nemo tenetur-beginsel) lijkt te zijn afgezwakt. Zie daarover nader, hofdstuk 5, paragraaf 5.3.

225 Categorale verzwakking van impliciete rechten zou bovendien onwenselijk zijn. Extensieve interpretaties van art. 6 EVRM worden door het Hof met name gerealiseerd via de toevoeging van impliciete rechten. Voor zover het Hof met dergelijke extensies voorziet in bescherming waar de verdragstekst geen uitdrukkelijke rechtsgrond biedt. Vaak is dat noodzakelijk vanwege ontwikkelingen in strafvorderlijke systemen (zoals door de ontwikkeling van de bijzondere) opsporing, die nopen tot nadere, vaak cruciale, normen.

te zijn aan een legitieme doel. Vaak wordt ook het *'very essence'* criterium gebezigd: beperkingen van rechten zijn toegestaan, voor zover de kern van het recht niet wordt aangetast. Nadere algemene inhoudelijke criteria bestaan niet, voor zover andere inhoudelijke criteria worden toegepast, zijn die gekoppeld aan het specifieke deelrecht in kwestie.[226]

Buiten de voornoemde algemene criteria, bestaan wel verschillende andere beperkingsmechanismen, die niet zozeer een inhoudelijk karakter hebben, maar volgen uit de algemene structuur van art. 6 EVRM. Te denken valt in dat verband aan verschillende algemene relativeringsmechanismen, zoals de hierboven genomende, door het Hof toegepaste, varianten van rechtsverwerking. Toepassing daarvan komt er immers op neer dat een bepaald deelrecht (of een aspect van het eerlijkheidsdoel) niet is verwezenlijkt, maar dat die beperking aaanvaardbaar wordt geacht, gelet op eigen keuzes of verzuimen van de verdediging in verband met proceshouding of bepaalde noodzakelijke inspanningen. In de context van het recht op een eerlijk bewijsgebruik in verband met onrechtmatig verkregen bewijs, past het Hof ook verschillende, bij het fenomeen van rechtmatigheidstoetsing algemeen erkende relativeringsmechanismen toe. Dergelijke excepties, die ook in de nationale rechtspraak worden toegepast, worden herleid tot de rechtspraak van de *Supreme Court* ten aanzien van de *exclusionary rule*.[227] Bal spreekt in verband met de Amerikaanse excepties over *'(…) standing, good faith, independent source en inevitable discovery(…)'* en ziet een 'pendant' daarvoor in de nationale rechtspraak '(…) in de doctrines van de relativiteit (de Schutznormleer), de goede trouw, afwezigheid of doorbreken van causaliteit'.[228] Die relativeringen komen respec-

226 Voor zover ervan uit kan worden gegaan dat het Hof in de actuele rechtspraak beperkingen op het zwijgrecht toestaat, gelden bij dat deelrecht de volgende criteria: '(in order to determine whether the essence of the applicants' right to remain silent and privilege against self-incrimination was infringed, the Court will focus on the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence, the existence of any relevant safeguards in the procedure, and the use to which any material so obtained was put'. *O'Halloran en Francis v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot, 52, §55. In die uitspraak blijkt ook de ernst en/of aard van het delict als nader criterium te kunnen fungeren: de daarin toegepaste directe dwang werd mede proportioneel geacht vanwege de noden van van handhaving van het verkeersstrafrecht. Zie ook in dat laatste verband ook de uitspraken van het Hof in *Jalloh v. Duitsland*, *supra*, noot 41 en *Gäfgen v. Duitsland*, *supra*, noot 49. In het eerste geval, waarin een schending van het nemo tenetur-beginsel is aangenomen, wees het hof op de geringe ernst van het delict. In *Gäfgen* stond het Hof het Hof toe dat niet alle 'vruchten' van via wrede en onmenselijke behandeling (door bedreiging met marteling bij politieverhoor) verkregen bewijs werd uitgesloten. Die zaak betrof een zeer ernstig delict (ontvoering en moord van een minderjarige, terwijl de bedreiging is geuit op een moment dat het slachtoffer niet was gevonden).

227 M.C. Groenhuijsen/G. Knigge (red.), Afronding en verantwoording, Eindrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Kluwer, Deventer, 2004, p. 365-366. P. Bal, 'Uitsluiting van de uitsluitingsregel in de Verenigde Staten: de zaak Hudson v. Michigan', DD 2007, 17, p. 269.

228 P. Bal, a.w., Ibidem.

tievelijk op het volgende neer. Bewijsuitsluiting kan achterwege indien (1) de geschonden norm niet strekt tot bescherming van de verdachte; (2) de opsporingsambtenaar bij de onrechtmatige handeling ter goede trouw handelde; (3) geen causale relatie bestaat tussen de onrechtmatige handeling en het verkregen bewijs en (4) het bewijs is (of kon) via andere, wél rechtmatige weg worden verkregen (de leer van alternatieve causaliteit).[229] Dergelijke relativeringen (en (nadere) variaties daarvan), die allen zeer specifiek zien op het fenomeen van bewijsuitsluiting (dan wel doorwerking van normschending in algemene zin) en de toepassing daarvan in de Straatsburgse rechtspraak worden nader in de volgende hoofdstukken besproken. Hieronder wordt ingegaan op een aantal nadere beperkingsmechanismen, die het Hof algemeen toepast bij alle art. 6 EVRM deelrechten.[230]

2.6.2 Beperking van rechten

De vraag naar de mogelijkheden voor de beperkingen van art. 6 EVRM-rechten moet worden onderscheiden van de vraag naar de toepasselijkheid van art. 6 EVRM. Art. 6 EVRM is niet van toepassing wanneer de procedure waarvan de eerlijkheid gewraakt wordt niet valt onder één van de door de verdragsbepaling beschermde hoofden, en wanneer de bescherming van een bepaald deelrecht wordt geacht niet van toepassing te zijn (mede omdat de bescherming nog niet is ingegaan of moet worden geacht te zijn beëindigd).

Beperking van rechten is aan de orde wanneer de verdachte in principe wel aanspraak maakt op de verwezenlijking van een bepaald recht, maar de uitoefening van dat recht botst met een ander belang. In dat geval moet een

229 M.C. Groenhuijsen/G. Knigge (red.), Afronding en verantwoording, Eindrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Kluwer, Deventer, 2004, p. 365-366. Zie nader in verband met Nederlandse excepties op de uitsluitingsregel: A.M. van Woensel, Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, DD 2004, afl. 2, 10, p. 121-123, 135-137 en 154-161. Zie algemeen over (o.a.) in de Nederlandse én Amerikaanse rechtspraak toegepaste excepties: M.C.D. Embregts, *Uitsluitsel over bewijsuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatige verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, Diss. Universiteit van Tilburg, Deventer, Kluwer, 2003.

230 Den Hartog bespreekt eveneens de hier genoemde (algemene) beperkingsmechanismen (waaronder ook het concept van rechtsverwerking, waaraan zij ook een beperkende werking toebedeelt). Zij brengt daarbij de volgende ordening aan: (1) beperking door reparatie (in appel), A. den Hartog, a.w., p. 144-145; (2) beperking door compensatie (door de uitoefening van andere deelrechten), ibidem, p. 149-151; (3) beperkingen die samenhangen met het positieve karakter van sommige deelrechten, ibidem, p. 151-153 alsmede (4) door aanname van afstand van recht, a.w., p. 156-177. Zij voegt daaraan ook een nadere beperkingsmechanisme toe, namelijk dat waarbij beperkingen kunnen worden geacht teniet te zijn gedaan doordat een lidstaat reeds compensatie heeft geboden in verband met de inbreuk, a.w., p. 153-156.

afweging van belangen plaatsvinden. Den Hartog maakt binnen de context van mogelijke belangentegenstellingen twee onderscheidingen.

In de eerste plaats gaat het om belangentegenstellingen die (al dan niet expliciet) in het verdrag zijn geregeld. Expliciete regelingen van beperkingsmogelijkheden op basis van andere belangen dan die van de verdachte zijn in het verdrag te vinden in het recht op openbare behandeling in art. 6 lid 1 EVRM en in art. 15 EVRM. In die laatste bepaling wordt art. 6 EVRM niet genoemd als niet-derogabele verdragsrecht. Een andere regeling is te vinden in art. 17 EVRM, waarbij in het algemeen misbruik van procesrechten wordt verboden.[231]

In de tweede plaats gaat het om impliciete beperkingsmogelijkheden, die aan de orde zijn wanneer twee te respecteren belangen van de verdachte onderling botsen, of een belang van de verdachte niet strookt met dat van een ander. Ofwel, in de terminologie van Den Hartog: *een conflict* van belangen respectievelijk een collisie van belangen.[232]

In het strafproces kunnen veel verschillende soorten belangen tegenover die van de verdachte worden gesteld. In het algemeen zal een effectieve criminaliteitsbestrijding altijd concurreren met de rechten van de vervolgde burger. De in de beperkingsclausules van de vrijheidsrechten onder de artikelen 8 t/m 11 EVRM opgenomen doelen waarvoor beperkingen van de rechten legitiem kunnen worden geacht, zullen ook een rol spelen bij de beoordeling van beperkingen op art. 6 EVRM rechten. In zelfde zin zal de proportionaliteit van het handelen van de overheid een factor van belang kunnen zijn. Dergelijke criteria worden, als gezegd, ook uitdrukkelijk aangehaald bij de beoordeling van verschillende deelrechten. Zo kunnen in de context van art. 6 EVRM bijzondere beleidsgronden of -belangen zoals de bestrijding van ernstige, georganiseerde criminaliteit, ertoe leiden dat bepaalde beperkingen in dat licht proportioneel kunnen worden geacht.

Andere belangen die een rol kunnen spelen zijn die van derden. Welbekend is de toevoeging in het *Doorson* arrest[233] van het belang van getuigen niet op een openbare terechtzitting te verschijnen bij het afleggen van een verklaring, zelfs om volledig anoniem te blijven. In dezelfde zin aanvaardt het Hof dat bepaalde (algemene) belangen die niet tot die van andere personen te herleiden zijn, aanleiding kunnen geven tot beperkingen van art. 6 EVRM deelrechten. Dat geldt in de context van de interne openbaarheid en het recht op oproeping en ondervraging van getuigen, in welke verbanden beperkingen te billijken zijn ten behoeve van opsporingsbelangen (zoals het niet bekend

231 A. den Hartog, a.w., p. 129-130.

232 Ibidem, p. 130-144.

233 EHRM 26 maart 1996, *Doorson v. Nederland,* Reports 1996-II. Het Hof stelt zich evenwel niet steeds extensief op waar het gaat om de toekenning van rechten aan slachtoffers. Zie in dat verband EHRM 12 februari 2004, *Perez v. Frankrijk,* (GC), Reports of Judgements and Decisions, 2004-I, § 70.

worden van de concrete details van bepaalde opsporingsmethoden) en het belang van de nationale veiligheid.[234]

Steeds geldt dat, wanneer een door art. 6 EVRM erkend recht in een procedure niet volledig is verwezenlijkt, de eerlijkheid van een procedure als geheel niet behoeft te zijn aangetast. Het tekort in de naleving van een deelrecht kan acceptabel worden geacht, maar alleen in het geval dat uiteindelijk – na weging van alle omstandigheden, dat wil zeggen de procedure als geheel – de balans in de eerlijkheid is hersteld. Naarmate andere belangen van de verdachte een sterkere werking krijgen in de context van eerlijk-proces-rechten, zal de afweging vaker in het nadeel van de verdachte uitvallen.

2.6.2.1 Herstel van eerlijkheidsgebreken: correctie in hoger aanleg

Een eerlijkheidsgebrek kan ook, voor zover aan een verdachte rechtsmiddelen open staan, door een hogere of andere rechter worden gerepareerd. Deze herstelmogelijkheid kan niet zo worden opgevat dat het niet noodzakelijk is dat bepaalde eerlijkheidseisen in eerste (of lagere) aanleg niet worden verwezenlijkt, met het oog op eventuele correctie in appel of cassatie. In *De Cubber v. België* was een gebrek vastgesteld ten aanzien van de '*impartiality*' van het eerste aanleg gerecht. Volgens de overheid behoefde dat niet te betekenen dat art. 6 EVRM geschonden was, nu dat probleem zich in hoger beroep niet wederom had voorgedaan, hetgeen zou betekenen dat de beperking in art. 6 EVRM verband zou zijn gecorrigeerd. Het Hof kon die zienswijze niet delen:

> 'The thrust of the plea summarised above is that the proceedings before the Oudenaarde court fell outside the ambit of Article 6 para. 1. At first sight, this plea contains an element of paradox. Article 6 para. 1 concerns primarily courts of first instance; it does not require the existence of courts of further instance. It is true that its fundamental guarantees, including impartiality, must also be provided by any courts of appeal or courts of cassation which a Contracting State may have chosen to set up (…). However, even when this is the case it does not follow that the lower courts do not have to provide the required guarantees. Such a result would be at variance with the intention underlying the creation of several levels of courts, namely to reinforce the protection afforded to litigants'.[235]

Het verdrag laat evenwel tamelijk veel ruimte om eerdere gebreken in hoger beroep te herstellen. Later is het criterium uit *De Cubber* dan ook wel omgekeerd gebruikt, juist om aan te geven dat gebreken in eerdere aanleg wél hersteld kunnen worden in appel. In *Kyprianou v. Cyprus* stelde het Hof dat: 'it is possible for a higher tribunal, in certain circumstances, to make reparation

234 Zie daaromtrent de hiervoor in noot 60 aangehaalde rechtspraak alsmede EHRM 10 februari 2004, *Carnduff v. Het Verenigd Koninkrijk,* Appl.nr.: 18905/02.

235 EHRM 26 oktober 1984, *De Cubber v. België,* A, 86, § 33.

for an initial violation of the Convention (...)'.[236] Hoewel hier echter de mogelijkheid voor correctie door een hogere rechter als vertrekpunt werd genomen, was ook in dit geval feitelijk geen herstel:

> 'However, in the present case, the Court observes that the Supreme Court agreed with the approach of the first instance court, i.e. that the latter could itself try a case of criminal contempt committed in its face, and rejected the applicant's complaints which are now before this Court. There was no retrial of the case by the Supreme Court. As a court of appeal, the Supreme Court did not have full competence to deal de novo with the case, but could only review the first instance judgement for possible legal or manifest factual errors. It did not carry out an ab initio, independent determination of the criminal charge against the applicant for contempt of the Assize Court. Furthermore, the Supreme Court found that it could not interfere with the judgment of the Assize Court, accepting that that court had a margin of appreciation in imposing a sentence on the applicant. Indeed, although the Supreme Court had the power to quash the impugned decision on the ground that the composition of the Assize Court had not been such as to guarantee its impartiality, it declined to do so. (...) The Court also notes that the appeal did not have a suspensive effect on the judgment of the Assize Court. In this connection, it observes that the applicant's conviction and sentence became effective under domestic criminal procedure on the same day as the delivery of the judgment by the Assize Court, i.e. on 14 February 2001. The applicant filed his appeal the next day, on 15 February 2001, whilst he was serving the five-day sentence of imprisonment. The decision on appeal was delivered on 2 April 2001, long after the sentence had been served'.[237]

Onder die omstandigheden was het Hof niet overtuigd dat de beperking teniet was gedaan. Herstel in cassatie is, omdat daarbij geen sprake is van integrale (feitelijke) herziening, beperkter mogelijk. Merkwaardig is wel dat wanneer de *Supreme Court* wél tot vernietiging was overgegaan, dus inhoudelijk anders had geoordeeld, de zaak anders had gelegen. Van belang is aldus voor het EHRM of correctie daadwerkelijk heeft plaatsgevonden, en niet welke (type) rechter de correctie aanbrengt. Daarom speelde in *Kyprianou* het gegeven dat de opgelegde gevangenisstraf reeds was geëxecuteerd alvorens de *Supreme Court* tot herstel over kon gaan, ook een rol van belang. Een eerlijkheidsgebrek kan niet meer worden hersteld nadat bepaalde schade manifest is geworden.

De *mate* waarin herstel door een hogere rechter kan worden aangebracht is ook afhankelijk van de aard van de desbetreffende beperking. In *Lorsé v. Nederland*,[238] waar erover werd geklaagd dat de officier van justitie in eerste aanleg informatie over een infiltratietraject had achtergehouden, werd, omdat

236 EHRM 27 januari 2004, *Kyprianou v. Cyprus,* Appl.nr.: 73797/01, § 43.
237 Ibidem, §§ 44-45.
238 EHRM 27 januari 2004, *Lorsé v. Nederland,* Appl.nr.: 44484/98.

appelbehandelingen in Nederland integraal zijn, die beperking van het recht op informatie gecorrigeerd geacht:

> '(t)he applicant further complained about the fact that Public Prosecutor (...) before the Regional Court deliberately withheld information concerning the use of infiltrators. In this respect the Court recalls that the question whether a trial is in conformity with the requirements of Article 6 of the Convention must be considered on the basis of an examination of the proceedings as a whole, including the decisions of appellate courts (...) and that the possibility exists that a higher or the highest tribunal may, in some circumstances, make reparation for an initial violation of one of the Convention's provisions (...).The Court observes that in the Netherlands appeals in criminal cases are by way of a complete rehearing and considers that, in so far as the attitude of the public prosecutor during the trial at first instance should be considered an omission, it was cured on appeal'.[239]

De aard van het 'gebrek' is, als gezegd, van invloed. In *De Cubber* en in *Kyprianou*, en ook in *De Haan v. Nederland*, ging het steeds om een vermeend ontbreken van onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van de rechter. In *Dowsett* werd geklaagd over beperkingen van het recht op interne openbaarheid, die uiteindelijk (in ieder geval ten dele) vóór de appelzitting werden opgeheven. Toch kon de appelrechter de beperking niet te niet doen:

> '(t)he Court reiterates the importance that material relevant to the defence be placed before the trial judge for his ruling on questions of disclosure at the time when it can serve most effectively to protect the rights of the defence. In this respect the instant case can be distinguished from Edwards (…), where the appeal proceedings were adequate to remedy the defects at first instance since by that stage the defence had received most of the missing information and the Court of Appeal was able to consider the impact of the new material on the safety of the conviction in the light of detailed and informed argument from the defence (…)'.[240]

2.6.2.2 Correctie door compensatie via de uitoefening van andere deelrechten

Veruit het belangrijkste herstelmechanisme bij beperking van eerlijk-procesrechten is dat waarbij een beperking via andere weg wordt gecompenseerd. Dit algemeen herstelmechanisme is hierboven reeds genoemd, gesteld is daarbij ook dat deelrechten van art. 6 EVRM niets (steeds) als communicerende vaten kunnen werken: een deelrecht kan niet ingewisseld worden voor (extra) uitoefening van een ander deelrecht, wanneer dat laatste inhoudelijk niet correspondeerd met de aangebrachte beperking.[241]

---

239 Ibidem.
240 *Dowsett v. Het Verenigd Koninkrijk, supra*, noot 213, §§ 44-52. 50.
241 Zie ook: A. den Hartog, a.w., p. 127 e.v.

2.6.3 Beperkingen en een eventuele legaliteiteis

Tot slot dient te worden ingegaan op de (mogelijke) werking van een impliciete legaliteitseis in de context van art. 6 EVRM. Dat voert wederom tot de bijzondere vormgeving van deze bepaling. De bepaling kent geen uitdrukkelijke legaliteits-, doelbindings- of proportionaliteitseis, zoals die eisen wel worden gesteld bij beperkingen van de vrijheidsrechten onder art. 8 t/m 11 EVRM. Eerder is evenwel aangestipt dat het Hof bij beoordelingen van beperkingen van art. 6 EVRM deelrechten wel gebruik maakt van vergelijkbare criteria: voor zover de *very essence* van een deelrecht wordt aangetast. Hoe dergelijke standaarden worden ingezet is afhankelijk van het specifieke deelrecht dat aan de orde is.

Voor wat betreft een eventuele legaliteitseis, wordt in de verdragsrechtspraak vooral niet gerept over eisen in verband met wettelijke regeling van noch de deelrechten zelf, noch beperkingen daarop. Bij art. 6 EVRM-beoordelingen wordt bezien of beperkingen *in concreto* acceptabel waren en niet of beperkingen berustten op een voldoende deugdelijke wettelijke grondslag. De bepaling is dan ook niet tot de wetgever, maar vooral tot de rechter gericht. Zulks, nogmaals, in lijn met de *common law* oorsprong van het recht, die uitgaat van de noodzaak tot rechterlijke toetsing achteraf, juist bij ontbreken van een strikte legaliteitstraditie.

Een legaliteitseis valt echter mogelijk wel te construeren binnen de conetxt van art. 6 EVRM. Een eerste mogelijkheid is te vinden in een gevoegde lezing van het verdrags- en nationale recht, namelijk dat art. 1 WvSv wettelijke regeling eist van alle strafvorderlijke, mensenrechten rakende materie en dat daarom art. 6 EVRM, via art. 1 WvSv dwingt tot wettelijke regeling van de al datgene dat onder het eerlijk-proces-recht valt. Subtieler is een constructie via art. 1 EVRM. Art. 1 EVRM eist dat het nationale recht zo is ingericht, dat de naleving van de verdragstermen daarin wordt gewaarborgd. Vanuit dat perspectief zou voortdurende naleving van art. 6 EVRM alleen dan in voldoende mate kunnen worden gewaarborgd indien beperkingen daarop steeds zijn voorzien bij wet. De legaliteitseis vloeit dan voort uit een conjunctie van art. 6 en art. 1 EVRM. Concreter is een derde modaliteit, namelijk wanneer een legaliteitseis in art. 6 EVRM zelf zou kunnen worden gelezen.

Aanknopingspunten bestaan wel voor een dergelijke constructie in de verdragsrechtspraak. In *Frizen v. Rusland* beoordeelde het Hof de verenigbaarheid van ontneming van wederrechtelijk verkregen vermogen van een derde met art. 1 Protocol 1 EVRM, waarin het eigendomsrecht wordt beschermd. De derden-ontneming werd daarmee in strijd bevonden, daar de Russische wet niet voorziet in een wettelijke grondslag daarvoor. Art. 1 Protocol 1 EVRM kent een legaliteitseis, dus was de strijdigheid met deze bepaling reeds gegeven. Het Hof merkte evenwel (ten overvloede) op dat zelfs al zou er geen uitdrukkelijke legaliteiteis zijn opgenomen bij art. 1 Protocol 1 EVRM, die eis toch van toepassing zou zijn, want: '(t)he rule of law, one of the fundamental principles

of a democratic society, is inherent in all the Articles of the Convention'.[242] Dat kan bezwaarlijk anders worden gelezen dan dat het legaliteitseis toch ook van toepassing moet zijn in de context van art. 6 EVRM. In *Coëme e.a. v. België* was het Hof nog specifieker: het principe dat strafvorderlijke regelingen bij wet dienen te zijn geregeld kan worden aangemerkt als een algemene rechtsprincipe, dat ook van toepassing is in de context van art. 6 EVRM.[243] In *Viola v. Italië*,[244] hechtte het Hof bijzonder belang aan het gegeven dat de toepassing van videoconferentie uitgebreid is geregeld in het Italiaanse Wetboek van Strafvordering, en achtte art. 6 EVRM mede om die reden niet geschonden. In *Paljic v. Duitsland*, werd er uitdrukkelijk over geklaagd dat nieuwe, met eerdere rechtspraak inconsistente en derhalve onvoorzienbare ontvankelijkheidscriteria voor hoger beroep waren toegepast. Het Hof passeerde volledig de vraag of art. 6 EVRM wel legaliteitseisen stelt, en toetste of aan de voorzienbaarheidseis was voldaan. Daarbij gebruikte het Hof de volgende constructie: in geding was of de niet-ontvankelijk verklaring van het appelberoep van Paljic al dan niet berustte op bestendige rechtspraak. Die vraag is volgens het hof van belang bij de vaststelling of de niet-ontvankelijk verklaring neerkomt op een disproportionele beperking van het recht op toegang tot een rechter, in het bijzonder doordat de procedure voor Paljic onvoorzienbaar zou zijn. Ofwel, de legaliteitseis is ingelezen in de proportionaliteitseis bij het recht op toegang.

Nadere indicaties dat het Hof in de context van art. 6 EVRM in ieder geval belang hecht aan de kwaliteit van (wettelijke) regeling, maar vooral ook of die *in concreto* is nageleefd, zijn te vinden in 's Hof's beoordeling van de eerlijkheid van het gebruik van (eventueel) onrechtmatig verkregen bewijs. Het bestaan van een (heldere) regel in het nationale recht heeft namelijk invloed op de beoordeling van de niet-naleving van die regel.[245] Dat geldt indien de niet-naleving samenvalt met de niet-naleving van een verdragsrecht, maar ook wanneer een verzuim ten aanzien van het nationale recht juist niet samenvalt met een verzuim ten opzichte van het verdrag.

---

242 EHRM 24 maart 2005, *Frizen v. Rusland,* Appl.nr.: 58254/00, § 33.

243 Zie in dat verband ook EHRM 22 juni 2000, *Coëme e.a. v. België,* Reports of Judgements and Decisions, 2000-VII, waarin het Hof bepaalde dat het principe dat strafvorderlijke regelingen bij wet dienen te zijn geregeld kan worden aangemerkt als een algemene rechtsprincipe, dat ook van toepassing is in de context van art. 6 EVRM.

244 *Viola. v. Italië, supra*, noot 196.

245 Een dergelijke redenering is ook te zien in de eerder genoemde uitspraak in *Ruiz Torija v. Spanje,* waarin het Hof in de te maken afweging ten aanzien van de aan te houden motiveringseisen, uitdrukkelijk belang hechtte aan de regeling van die materie in het nationale recht: '(i)t is moreover necessary to take into account, inter alia, the diversity of the submissions that a litigant may bring before the courts and the differences existing in the Contracting States with regard to statutory provisions, customary rules, legal opinion and the presentation and drafting of judgments. That is why the question whether a court has failed to fulfil the obligation to state reasons, deriving from Article 6 of the Convention, can only be determined in the light of the circumstances of the case'. *Ruiz Torija v. Spanje, supra,* noot 219, § 29.

Voor dat laatste dienen zich een aantal verklaringen aan. Ofwel een verzuim ten aanzien van het nationale recht valt wel binnen de sfeer van verdragsbescherming, al komt dit niet helder tot uitdrukking in de rechtspraak (in die zin dat niet duidelijk wordt uit welk (nieuw) (deel)recht de bescherming dan voortvloeit). Dan wordt een nieuwe verdragssfeer benoemd (of een reeds bestaande verruimd, op een andere wijze uitgelegd, dan wel wordt de aanwezigheid daarvan *in concreto* gewoonweg niet uitgedrukt) en valt de schending van het nationale recht toch samen met een schending van een eis van het verdrag, al dan niet te vinden in art. 6 EVRM.

In het andere geval moet ervan worden uitgegaan dat ook bewijs dat via schending van (alleen) het nationale recht is verkregen, ook tot eerlijkheidsprobelmatiek kan leiden. Daarmee zou dan ook indirect uit art. 6 EVRM voortvloeien dat opsporingsonderzoek in overeenstemming met het nationale recht – ongeacht wat de strekking daarvan is – moet worden uitgevoerd. Althans, dat legaliteitsprincipe zou daardoor worden benadrukt. Bewijsgebruik dat voortvloeit uit niet-naleving van het nationale recht is dan eveneens precair, omdat daarmee in strijd met het legaliteitsbeginsel is gehandeld. Zo die laatste lezing juist zou zijn, zou dat recht doen aan de flexibiliteit die noodzakelijk kan zijn bij de intepretatie van art. 6 EVRM uit oogpuntvan de heterogene context waarin deze bepaling werkzaam dient te zijn. In ieder geval zou de incorporatie van een dergelijke legaliteitseis in art. 6 EVRM aansluiten bij het nationale recht.

In de rechtspraak van het Hof is aanwijzing te vinden dat beide bovenbedoelde verklaringen juist kunnen zijn: beide situaties zijn waar te nemen en komen voor. Daarop wordt in de volgende hoofdstukken uitgebreid ingegaan.

2.6.4 Conclusies ten aanzien van beperkingsmogelijkheden bij art. 6 EVRM

Gesteld is reeds dat de in dit hoofdstuk uiteengezette deelrechten van art. 6 EVRM een bijzondere relevantie hebben in het kader van de toetsing van de eerlijkheid van het gebruik van via normschending verkregen bewijs. De algemene uitgangspunten die gelden ten opzichte van beperkingen in verband met het eerlijk-proces-recht spelen eveneens een grote rol bij die toetsing. Zoals hierna zal blijken, vertegenwoordigen hersteleisen immers een belangrijk onderdeel van het recht op een eerlijk bewijsgebruik.

De toetsing van de eerlijkheid van het gebruik van via normschending verkregen bewijs wordt noodzakelijk doordien er sprake is geweest van normschending (ten opzichte van het verdrag en/of ten opzichte van het nationale recht), in het vooronderzoek: beoordeeld moet worden of die normschending kan doorwerken in de eerlijkheid van de strafvervolging, voor zover daarbij sprake is van bewijsgebruik. Bij doorwerking, moet de daardoor veroorzaakte eerlijkheidsimbalans – voor zover mogelijk – worden hersteld.

Herstel vindt plaats via analoge toepassing van de reguliere procesrechten van de verdachte in de context van de beoordeling van de eerlijkheid van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs.

In de volgende hoofdstukken wordt uitgebreid ingegaan op de werking van het recht op een eerlijk bewijsgebruik in de context van normschendingen die vallen onder art. 8 resepectievelijk art. 6 EVRM. Daarbij dienen de volgende, hierboven besproken, punten te worden meegenomen. Beperkingsmogelijkheden van afzonderlijke deelrechten van art. 6 EVRM zijn talrijk door de onderlinge wisselwerking tussen de rechten en hun gezamenlijke wisselwerking met het eerlijkheidsdoel. Onderscheid moet daarbij wel steeds worden gemaakt tussen beperkingen die de essentie van het eerlijkheidsdoel aantasten en beperkingen die dat niet doen: in het eerste geval is herstel niet mogelijk. In de gecompliceerde verhouding waarin de deelrechten van art. 6 EVRM tot elkaar staan, kent het Hof betekenis toe aan (derden)belangen die tegenover de belangen (en rechten) van de verdachte staan. Toepassing van rechtsverwerking kort de sterkte van de werking van procesrechten nader in.

2.7 CONCLUSIES

Art. 6 EVRM is in het verdragsverband een unieke bepaling, met een geheel eigen substantieve inhoud. Het eerlijk-proces-recht is afhankelijk van de onderliggende structuur van het proces dat het recht beheerst, de inhoud van de eisen die in het recht worden gesteld zijn vatbaar voor veranderingen in die onderliggende structuur. De invulling van het eerlijk-proces-recht wordt sterk beïnvloed door strafvorderlijke ontwikkelingen. Bezien zal worden, in de volgende hoofdstukken, in hoeverre het eerlijk-proces-recht voldoende rekbaar is in verband met het bieden van bescherming ten opzichte van de bijzondere opsporing.

De interpretatie van de bepaling is even afhankelijk van de keuze die wordt gemaakt in de processtructuur (meer of minder inquisitoir of accusatoir), die wordt geacht aan het recht ten grondslag te liggen en 's Hof's eigen invulling daarvan. Het EHRM kiest voor een adversaire interpretatie van het eerlijk-proces-recht, maar maakt niet zeer concreet duidelijk wat daarmee wordt bedoeld. Die uitdrukkelijke keuze van het EHRM én de historische binding van het eerlijk-proces-recht met de *common law* notie van *due process* lijken te wijzen op een (meer) *common law* invulling. Het Hof geeft evenwel niet aan of daarmee (bewust) een voorkeur wil uitpsreken voor een dergelijk stelsel, mede doordat het Hof soms zelf voor een andere (meer bij inquisitoire procesvoering behorende) lijn kiest. Zo het Hof wel (meer) neigt naar *common law* typen procesvoering , is voorts ook niet duidelijk welke vormgeving het Hof daarbij op het oog heeft. Belangrijk is in dat verband dat een *common law* (of door het Hof autonoom op te stellen) procesconcept niet steeds te rijmen zal zijn met (alternatieve) beschermingsconstructies in het nationale recht, die vertrek-

ken vanuit andere uitgangspunten. Noodzakelijk is dat het Hof meer helderheid verschaft omtrent de invulling van het eerlijk-proces-recht vanuit het gekozen (adversaire) perspectief. Ook dient het Hof aan te geven welke procesdoelen worden geacht aan de bepaling ten grondslag te zijn gelegd en welke verhouding daartussen bestaat. Aan art. 6 EVRM ten grondslag gelegde veronderstellingen (in verband met adversaire procesvoering) hebben invloed op de uitwerking van art. 6 EVRM, derhalve ook voor wat betreft het recht op een eerlijk bewijsgebruik en de constituerende componenten daarvan. Waar benadrukking van de rol van de verdediging niet in lijn is met de eigen procescultuur – en de geëiste bescherming zodoende niet wordt verwezenlijkt – dient ofwel de positie van de verdediging te worden gewijzigd (de procesrechten dienen dan sterker te worden aangezet), ofwel dient een transformatie van het model plaats te vinden naar een voor de Nederlandse rechtsorde meer effectieve vorm. Te denken valt in dat verband aan benadrukking van juist *rechterlijke* verplichtingen in dit verband.De problematiek van de veranderende, onderliggende procescontext stijgt boven het verband van de bijzondere opsporing uit. Op verschillende wijzen immers wordt de constructie van het eerlijk-proces-recht onder druk gezet door strafvorderlijke ontwikkelingen. De capaciteiten van art. 6 EVRM steeds mee te bewegen met strafvorderlijke ontwikkelingen kunnen evenwel oneindig zijn. Ergens is een grens bereikt, waarna de bescherming niet mee kan groeien met ingrijpende veranderingen. Tot dusver is de bepaling flexibel gebleken, waar moet worden vastgesteld dat door het Hof ingevoerde beschermingsconstructies – in een bepaalde rechtsorde – niet effectief (kunnen) werken, moet worden nagedacht over aanpassing van het verdrag zelf.

Verschillende deelrechten van art. 6 EVRM zijn relevant in het kader van de, in de volgende hoofdstukken te bespreken, eis van de eerlijkheid van het bewijsgebruik. Ten opzichte van deze deelrechten is geconstateerd dat zij, in het bijzonder waar zij deel uitmaken van het in dat verband werkzame herstelkader, vertrekken vanuit een adversaire dispositie, maar dat in de verdragsrechtspraak niet blijkt van bijzondere strikte eisen. Althans, de rechtspraak ter zake is georiënteerd op minima, standaarden voor optimale verwezenlijking blijken daar niet uit. De beperkingsmogelijkheden die in het verband van de afzonderlijke deelrechten van art. 6 EVRM mogelijk zijn, zijn daarentegen ruim. Beperkingen worden nader genuanceerd door de inzet van rechtsverwerkingsconcepten. Nu het juist de procesrechten en de daarop bestaande beperkingsmogelijkheden zijn die moeten zorgen voor het noodzakelijke herstel van het eerlijkheidsbalans, moeten bij voorbaat de zwakheid van die rechten en de sterkte van de beperkingsmogelijkheden als zorgelijk worden gezien.

Tot slot moet worden benadrukt dat, ondanks dat het Hof op verschillende wijzen beperkingsmechanismen inzet ten opzichte van deelrechten zelf, beperking van het overkoepelende eerlijkheidsideaal niet mogelijk is. Dat ideaal moet daarom als absoluut worden opgevat.

3 Toetsing, herstel en uitsluiting in art. 6 EVRM, rechtmatigheidstoetsing in het nationale recht

> 'The form which the English law of evidence has assumed, is perhaps the most striking proof of the manner in which the ideas and principles of the common law have dominated the whole of the English legal system. The most characteristic rules of this branch of law – the rules which exclude certain types of testimony – are due, as Thayer has pointed out, to the existence of the jury, and have been evolved by the judges, partly to prevent the jury from being mis-led by the testimony produced, and partly to keep them to the issue defined by the pleadings of the parties. But, though those rules lose much of their point when applied by tribunals which do not work with a jury, yet they are applied by these tribunals'(...).[1]

3.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is een beeld geschetst van de algemene werking van art. 6 EVRM. Ingegaan is op een aantal relevante interpretatieve uitgangspunten en met deze bepaling samenhangende bijzonderheden, alsmede op de bijzondere beperkingsmechanismen die het EHRM hanteert bij deze bepaling. Voorts is een overzicht gegeven van de verschillende deelrechten die een rol spelen bij herstel van eerlijkheidsverlies bij het gebruik van risicovolle bewijsmiddelen, in het bijzonder in verband met (mogelijk) onrechtmatig verkregen bewijs.

In algemene zin is gebleken dat art. 6 EVRM, mede vanwege de unieke aard en vormgeving van de bepaling, in de verdragsrechtspraak zeer flexibel is, en ook moet zijn, gelet op de zeer brede en gevarieerde context waarin het bescherming moet bieden. De reikwijdte van de bepaling is door het Hof ook vergaand opgerekt, om tegemoet te kunnen komen aan variaties en ontwikkelingen in strafvorderlijke systemen. Voor de bijzondere opsporing is met name van belang dat het Hof de werkingssfeer van deze bepaling heeft verruimd, zodat deze ook bescherming biedt *in* het vooronderzoek, ook in de vorm van bij het opsporingsonderzoek aan te houden normen. De voor de bijzondere opsporing pertinente normen die in dit onderzoek (in hoofdstuk 5) nader in

1 P. Murphy, Evidence, proof, and facts. A Book of Sources, Oxford University Press, 2003, p. 35.

beschouwing zullen worden genomen, zijn (mede) via deze constructie in art. 6 EVRM ingelezen.

Dit hoofdstuk is toegespitst op het recht op een eerlijk bewijsgebruik, het tweede voor de bijzondere opsporing belangrijke kader in het verdrag. Dat recht van de verdachte op deugdelijke toetsing en verwerking van de implicaties van normschending wordt hier opgevat als een zelfstandig recht, dat uit verschillende elementen bestaat. Zij dicteert dat: (1) bepaald bewijs alleen onder voorwaarden (via de uitoefening van de in het vorige hoofdstuk besproken deelrechten te verwezenlijken herstel) kan worden gebruikt, (2) bepaald bewijs in het geheel niet wordt gebruikt en (3) dat de rechter in ieder geval voldoende onderzoek doet om te kunnen vaststellen hoe het met via normschending verkregen bewijs dient om te gaan.[2]

Dit hoofdstuk heeft aldus betrekking op het tweede niveau van normering in art. 6 EVRM, ofwel op de verdragseisen ten aanzien van retroactieve rechterlijke toetsing van de probiteit van het vooronderzoek, bij het eindonderzoek. Beoogd wordt dat verdragsrechtelijke mechanisme te vergelijken met die welke in het nationale recht werkzaam zijn in hetzelfde verband. Daarbij wordt enerzijds voortgebouwd op het beeld dat in het vorige hoofdstuk is neergelegd omtrent de algemene werking van art. 6 EVRM. Anderzijds worden in dit hoofdstuk drie (van de vier) aandachtspunten nader betrokken die in het inleidend hoofdstuk zijn gesignaleerd in verband met het kader voor de beoordeling van de eerlijkheid van het bewijsgebruik.

Die aandachtspunten kunnen als volgt worden geresumeerd. Een eerste punt betreft de vormgeving van het recht op een eerlijk bewijsgebruik. Die vormgeving – de keuze om probiteit via de eerlijkheid van het bewijsgebruik te toetsen – maakt dat het handhavingsmechanisme een sterk bewijsrechtelijke oriëntatie heeft. Dat op zich maakt de verdragsnormering problematisch. In de eerste plaats is het bewijsrecht een uitermate complexe terrein dat op zeer heterogene wijze wordt ingevuld in nationale rechtsordes. Bewijsrecht is bovendien niet alleen onlosmakelijk verbonden met de eigen kenmerken van en overige procedurele mechanismen in een nationaal systeem, maar is, meer dan het geval is bij andere normsystemen, ook zeer verweven met feitelijke aspecten. De bewijsrechtelijke opmaak maakt ook dat de vergelijking van de verdragseisen met het nationale mechanisme voor *rechtmatigheidstoetsing*, die

2 Niet wordt hier het standpunt ingenomen dat art. 6 EVRM de eis bevat dat de rechter steeds verplicht is tot toetsing van de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek over te gaan. Uit de aard van het door het Hof gekozen (indirecte) beschermingsstructuur ten aanzien van het opsporingsonderzoek volgt dat een toetsings- en verwerkingsplicht voor de rechter pas ontstaat in geval van een indicatie van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs. Gelet op het door het Hof aangehouden adversaire insteek, waarbij partijen in ieder geval in bepaalde mate verantwoordelijk worden gehouden voor de activering van eigen rechten, kan ervan worden uitgegaan dat wanneer de verdediging in het geheel niet ageert tegen bewijsverkrijging of –gebruik, de rechter op basis van het verdrag niet verplicht zal zijn zelfstandig die materie aan te snijden.

niet vanuit het bewijsrecht is vormgegeven, bemoeilijkt wordt doordat het hier gaat om ongelijksoortige entiteiten.

In de tweede plaats toont 's Hofs rechtspraak dat het eerlijk-proces-recht mede vanuit een probiteitsgrondslag dient te worden gelezen. De eerlijkheidseis brengt met zich mee dat processen op zo een wijze zijn ingericht dat de kans op inhoudelijk juiste uitkomsten optimaal is, maar ook dat bij het bereiken van die uitkomsten bepaalde normen worden nageleefd, ook in het vooronderzoek. Aan de verdachte komen dus eerlijk-proces-rechten toe, ook indien de uitoefening daarvan niet bevorderlijk is voor de waarheidsvinding, maar haar zelfs frustreert. In verband met het recht op een eerlijk bewijsgebruik betekent dat de verdachte er *mensenrechtelijke* aanspraak op heeft dat hij zich kan verzetten tegen het gebruik van bepaald bewijs, niet alleen vanwege inhoudelijke bezwaren daartegen, maar ook vanwege de wijze van verkrijging daarvan. Open blijft als aandachtspunt *hoe* sterk het probiteitsconcept werkt in de verdragsrechtspraak en of zij tot een verschil in aanpak kan en moet leiden in de nationale rechtsorde.

Het derde aandachtspunt hangt samen met de voorgaande. Het door het Hof gekozen probiteitsbewakingsmechanisme berust, voor wat betreft de vormgeving daarvan, op een relatieve keuze. Dat ligt niet alleen in de keuze voor een bewijsrechtelijke oriëntatie, maar ook in het gegeven dat het hier gaat om een retroactief, rechterlijk correctiemodel, een model dat zich in Nederland – mede vanwege de bijzondere kenmerken van de nationale strafvordering – reeds als zwak heeft bewezen. Het verdragsrechtelijke toetsingssysteem lijkt bij voorbaat meer te passen in een *common law* rechtsorde, met name in die zin dat zij lijkt voort te bouwen op bepaalde veronderstellingen over de verhouding tussen wetgever en rechter (en daarmee de rechterlijke taakopvatting), en het adversaire karakter van het strafproces. De vraag is welke problematiek in het algemeen is verbonden aan een dergelijke keuze, maar vooral ook of dat model wel geschikt is om effectief te fungeren in de Nederlandse rechtsorde.[3]

Deze aandachtspunten worden in dit hoofdstuk niet op één centrale plaats besproken, maar worden, daar waar zij relevant zijn, meegenomen als onderliggende problematiek. Beoogd wordt in de conclusies bij dit hoofdstuk tot een resolutie van die aandachtspunten te komen.

---

3 Het vierde, in het inleidend hoofdstuk genoemde aandachtspunt betreft de relativiteit (en daarmee merites) van 's Hofs keuzes in verband met (de waardering van) verdragsrechtelijke opsporingsnormen (in artikelen 3, 8, en 6 EVRM). Die keuzes worden in de volgende hoofdstukken uitgebreid besproken.

3.1.2 Opzet

In dit hoofdstuk worden de grondslagen en werking van het recht op een eerlijk bewijsgebruik in art. 6 EVRM en het nationale mechanisme voor de toetsing van de rechtmatigheid van het vooronderzoek in beschouwing genomen en met elkaar vergeleken. Eerst wordt ingegaan op het concept van rechtmatigheidstoetsing en doorwerking van normschending in het nationale recht en de uitwerking daarvan in de wet (paragraaf 3.2). Daarop wordt het verdragsrechtelijke mechanisme, ofwel het recht op een eerlijk bewijsgebruik, besproken (paragraaf 3.3.). De bespreking van de twee systemen wordt afgesloten met een aantal conclusies (paragraaf 3.4.). Aan één bijzondere relativeringsmechanisme dat door de nationale én de Straatsburgse rechter wordt gebruikt bij de beoordeling van de gevolgen die dienen te worden gekoppeld aan defecten in het opsporingsonderzoek – namelijk de schutznormleertoepassing – komt een bijzondere betekenis toe. Wegens het belang van de werking van dit mechanisme wordt in dit hoofdstuk afzonderlijk aandacht besteed aan de werking van dat fenomeen in het nationale recht en in de verdragsrechtspraak.[4] Bezien wordt in hoeverre er sprake is van een afwijkende toepassing van de leer in het nationale recht en in het verdragsverband. Ook dit onderdeel wordt afgesloten met een (afzonderlijke) conclusie (paragraaf 3.5.).

3.2 Rechtmatigheidstoetsing in het nationale recht

3.2.1 Het rechtmatigheidsconcept in de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden

In het inleidend hoofdstuk is gesteld dat bij het ontwerp van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden ten onrechte niet is getoetst aan art. 6 EVRM, niettegenstaande dat verdragsconformiteit een belangrijk doel was bij de opstelling van de wettelijke regeling. Door het uitblijven van toetsing aan art. 6 EVRM is niet alleen voorbij gegaan aan raakvlakken tussen verschillende bijzondere opsporingstoepassingen en opsporingsnormen in art. 6 EVRM. Ook is niet onderkend dat het eerlijk-proces-recht eisen stelt in verband met de omgang met via normschending verkregen bewijs.

Aangestipt is eveneens dat het niet betrekken van art. 6 EVRM in de vormgeving van de wettelijke regeling niet bij voorbaat tot de conclusie kan leiden dat het nationale recht niet verdragsconform is. In de eerste plaats zou die conclusie al onjuist zijn omdat art. 6 EVRM – in principe – geen legaliteitseis stelt. Processen dienen eerlijk te zijn, maar die algemene eis, noch de consti-

4 In hoofdstukken 4 en 5 worden ook andere, door het EHRM en de nationale rechter toegepaste relativeringsmechanismen besproken, steeds waar zij een rol spelen in de daar te bespreken rechtspraak.

tuerende elementen van een eerlijk proces, behoeven in de wet te zijn geregeld.[5] Een schending van het eerlijk-proces-recht zal, anders dan bij het privacyrecht, nimmer worden gebaseerd op de gebrekkigheid van een wettelijke regeling. Dat een bepaalde materie niet (of niet op een bepaalde wijze) is geregeld in het nationale recht brengt niet noodzakelijkerwijs met zich mee dat art. 6 EVRM in het concrete geval niet is nageleefd. Zeer wel is het mogelijk dat de rechter desalniettemien voorziet in voldoende bescherming.

Niet valt echter te miskennen dat de inrichting van het wettelijk systeem – vooral in een op legaliteit gerichte rechtsorde als die van Nederland – wel bepalend is voor de wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan de verdragsverplichtingen. Een gebrekkige wettelijke regeling is zeker niet bevorderlijk voor een verdragsconforme bijzondere opsporing.

In de tweede plaats, en in belangrijkere zin, zou de conclusie dat de wettelijke regeling niet verenigbaar *kan* zijn met art. 6 EVRM omdat aan die bepaling niet is getoetst, onjuist zijn omdat daarmee niet vaststaat dat het nationale recht niet voorziet in de geëiste bescherming. Eerder is ook al aangestipt dat, ondanks dat de wetgever de relevantie van art. 6 EVRM voor de bijzondere opsporing niet heeft onderkend, toch bepaalde regelingen zijn getroffen die in ieder geval ten dele beantwoorden aan verschillende eerlijk-proces-eisen. Daarnaast valt de bijzondere opsporing onder de algemene regeling van de strafvordering. Voor zover die algemene regeling reeds voorziet in mechanismen die art. 6 EVRM eisen (lijken) te weerspiegelen, zijn die ook van toepassing op de bijzondere opsporing. Feit is dat het nationale recht dus wel in belangrijke mate voorziet in regelingen waarvan niet op voorhand kan worden gesteld dat zij niet voldoen aan eerlijk-proces-recht eisen.

Open blijft dan wel de vraag of die regelingen inhoudelijk wel voldoende samenvallen met de verdragseisen, in die zin dat de verdragsminima worden behaald. Gesignaleerd is reeds dat één belangrijk verschil reeds als problematisch kan worden aangemerkt, namelijk dat voor zover bij de hier bedoelde onderdelen van het nationale recht, het verband met art. 6 EVRM niet wordt erkend, de mensenrechtelijke status daarvan niet tot uitdrukking komt.

1) Probiteit in de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden

Wat opsporingsnormen in art. 6 EVRM als het zwijgrecht en de participatienorm betreft, varianten daarvan behoren inderdaad tot de inboedel van de nationale strafvordering. Het zwijgrecht wordt simpelweg, sinds de invoering van het wetboek,[6] algemeen, ook in het vooronderzoek, erkend. Niets in de wettelijke

5 Zie evenwel, hiervoor, hoofdstuk 2, paragraaf 2.6.3.

6 Hetgeen niet wil zeggen dat het hier daarbij gaat om een zeer strikte norm, waarvan de waarde steeds onverdeeld wordt bejubeld. Het zwijgrecht is in Nederland lange tijd genuanceerd door de tijdelijke opheffing van de cautieplicht, bij Wet van 22 mei 1937, Stb. 202. De cautieplicht werd weer in 1974, ditmaal met een uitbreiding tot het onderzoek ter zitting ingevoerd, bij Wet van 26 oktober 1973, Stb. 509.

regeling *sluit uit* dat de door het Hof voorgestane bescherming – dus ook waarbij het gaat om een onwetende verdachte – niet door deze nationale variant wordt gedekt. Met de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden is bij de verschillende (infiltratie)bevoegdheden het zogeheten Tallon-criterium opgenomen, inhoudende dat verdachten bij zo een actie niet kunnen worden gebracht tot andere handelingen dan die waarop hun opzet reeds was gericht. Daarmee bevat het nationale recht ook een variant van de verdragsrechtelijke participatienorm.

Wat betreft de in dit hoofdstuk te bespreken eisen ten aanzien van eerlijk bewijsgebruik, ook in dat verband kan worden vastgesteld dat het nationale recht mechanismen bevat die op voorhand kunnen worden aangewezen als weerspiegeling van de componenten van het verdragsrechtelijke kader. De nationale rechter is op basis van art. 359a WvSv verplicht, bij voldoende adstructie daarvan, verweren in verband met vormverzuimen in het vooronderzoek niet dan gemotiveerd te verwerpen. Zulks veronderstelt dat hij in enige mate ook verplicht is tot het doen van onderzoek naar normschendingen in die fase. Voorts belemmert niets in de algemene regeling van strafvordering de verdediging bij het inzetten van zijn algemene procesrechten in verband met art. 359a WvSv verweren: hij kan in dat verband getuigen (doen) oproepen en ondervragen, heeft recht op interne openbaarheid ten aanzien van het opsporingsonderzoek, hij geniet rechtsbijstand. De rechter is daarenboven, op basis van art. 359a WvSv, bevoegd – doch niet verplicht – aan door hem geconstateerde vormverzuimen rechtsgevolgen te verbinden, waaronder bewijsuitsluiting. Hij is ook weer in algemene zin – dus ook bij bijzondere opsporingsbewijs – gebonden aan de (algemene) wettelijke bewijsminima.

2) Beheersbaarheid en controleerbaarheid als onderliggende doelstelling

Daarenboven kan niet worden veronachtzaamd dat een belangrijke doel van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden was om, naast legaliteits- en integriteitsherstel te bewerken, de beheersbaarheid, waaronder de controleerbaarheid, van de bijzondere opsporing te verbeteren. De transparantie van de bijzondere opsporing diende te worden verbeterd en geheime opsporingstrajecten te worden verbannen,[7] met het oog op beter toezicht op de bijzondere

7 'In de praktijk werd bij de opsporing van de georganiseerde criminaliteit vaak uitgegaan van twee verschillende onderzoeksfasen: een geheime CID-fase – ook wel de pro-actieve fase genoemd – en een ter terechtzitting te toetsen tactische fase. In beide fasen werden bijzondere opsporingsmethoden gebruikt, maar in de geheime fase zou het daarbij nog niet gaan om opsporing van een strafbaar feit maar om de verbetering van de informatiepositie. Daarom zou deze fase ook geheim kunnen blijven. Een tweede onderscheid dat in de praktijk werd aangelegd was dat tussen getuigen die in beginsel op de terechtzitting moesten kunnen worden gehoord en personen, wier verklaring niet voor het bewijs of de beoordeling van de zaak noodzakelijk was. Vooral ten aanzien van deze laatste categorie behoefde veelal niets in een proces-verbaal te worden neergelegd. Deze werkwijze bood politie en openbaar ministerie enerzijds de mogelijkheid om informanten, opsporingsambte-

opsporing, tijdens de toepassing daarvan én ook daarna. De Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden mag dan geen geïntegreerde, (op het bewijsrecht georiënteerde) regeling in verband met probiteitsbewaking bevatten, aspecten en onderliggende doelstellingen van de regeling strekken wel tot een probiteitsverbetering.

Dat is in het volgende gelegen. Enerzijds creëert de wet een wettelijke grondslag voor de uitoefening van de bijzondere opsporingsmethoden en andere grondslagen voor het doen van strafvorderlijk onderzoek, te weten in de pro-actieve en verkennende fase. Anderzijds beoogt de wettelijke regeling secure randvoorwaarden te scheppen, om de deugdelijke (rechtmatige) uitvoering te bevorderen. Zulks berustte op de erkenning dat de bijzondere opsporing noopt tot bijzonder toezicht, en dat gezag en toezicht daarover in de periode vóór de wettelijke regeling, ontoereikend moest worden geacht.

Bij de opstelling van de wettelijke regeling bestond dus wel een goed beeld van de bij de bijzondere opsporing betrokken problematiek. (1) Zij noopt tot een wettelijke regeling, (2) wegens de heimelijke toepassing daarvan noopt zij ook tot een goede regeling van de interne openbaarheid en (3) mede vanwege de heimelijkheid maar vooral ook vanwege de diffuusheid van de verhouding tot het mensenrechtelijk kader moet zij als bijzonder verzuimgevoelig worden aangemerkt. Dat laatste brengt weer met zich dat een gedegen toezichtsysteem op z'n plaats is.[8]

---

naren en opsporingstechnieken af te schermen, teneinde bedreiging of ontdekking te voorkomen. Anderzijds leidde deze werkwijze tot een praktijk waarin vaak belangrijk onderzoek met behulp van ingrijpende opsporingsbevoegdheden ongecontroleerd kon plaatsvinden. Het bestaan van dergelijke geheime trajecten is één van de belangrijkste oorzaken geweest van bepaalde misstanden in de opsporing'. Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, Kamerstukken II, vergaderjaar 1996–1997, 25 403, nr. 3, (verder: Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden), p. 17.

8 Buruma brengt ook die laatste terreinen in verband met de bijzondere opsporing. Zie: Y. Buruma, aant. 7 op art. 126g-126gg (suppl. 121, april 2001), in: Melai/Groenhuijsen e.a. Hij ziet de bevordering van de kwaliteit van bewijs als nadere doelstelling van de wettelijke regeling: '(u)iteraard kan de vraag worden gesteld of naast de in de Memorie van Toelichting genoemde grondrechtenbescherming en integriteit van de opsporing nog andere doelstellingen van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden kunnen worden geformuleerd. Verdedigbaar is in het bijzonder dat het stellen en naleven van procedurevoorschriften de kwaliteit van de onderzoeksmethode kan vergroten en daarmee de betrouwbaarheid van de resultaten. Voorbeelden daarvan zijn bijvoorbeeld de regulering van infiltratie en van inkijkoperatie. Deze methoden kunnen in de vorm van getuigenverklaringen rechtstreeks bewijsmateriaal opleveren, waarvan de kwaliteit beïnvloed wordt door de mate van vrijmoedigheid waarmee de getuige kan spreken: als deze erop vertrouwen kan wetmatig te hebben gehandeld, zal zijn getuigenis waardevoller worden. Voor veel methoden speelt dit facet echter minder: de inhoud van een video-opname verandert niet al naar gelang de opname is gemaakt op grond van art. 126g of zonder wettelijke basis'. Ibidem. In het in de context van de bijzondere opsporing belangrijk arrest van de Hoge Raad (HR 19 december 1995, NJ 1996, 249, m. nt. Sch., Zwolsman) stonden de vragen naar de legaliteit,

Daarom was een belangrijke doelstelling van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden 'de controle op de hantering van opsporingsmethoden te vergroten'.[9] Hoofdzakelijk werd bij die vergroting gedacht aan het door het openbaar ministerie uit te oefenen toezicht: '(é)én van de redenen waarom de opsporing heeft kunnen ontsporen, is dat het openbaar ministerie onvoldoende toezicht heeft uitgeoefend op deze methoden'.[10] Met de wettelijke regeling werd daarom beoogd '(...) er op verschillende wijzen (...) (aan) bij (te dragen) dat het openbaar ministerie deze verantwoordelijkheid kan waarmaken'.[11] Dat zou in de eerste plaats worden verwezenlijkt doordien de bijzondere opsporing binnen de formele kaders van het opsporingsonderzoek is gebracht '(...) zodat er geen misverstand over kan bestaan dat het openbaar ministerie hiervoor verantwoordelijk is'.[12] In de tweede plaats is daarmee ook de verbaliseringsplicht ingeschakeld, ook ten aanzien van het pro-actief onderzoek, '(...) zodat ook dit deel van het onderzoek in beginsel openbaar en toetsbaar wordt'.[13] Met nadere 'procedurele voorschriften' werd eveneens beoogd het gezag van het openbaar ministerie ten aanzien van de bijzondere opsporing te vergroten: de bijzondere opsporingsbevoegdheden mogen alleen op bevel van de officier van justitie worden toegepast.[14] Hij is leider van het onderzoek en beslist over de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden. Toezicht over de bijzondere opsporing is daarmee primair in handen gelegd van het openbaar ministerie, daarmee ook de bewaking van de verdragsconformiteit van de toepassing daarvan. Te dien einde zal de officier van justitie de belangen van toepassing afwegen – let wel – tegen 'het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer'.[15] 'Een grote mate van rechtsbescherming' is voorts gelegen in de eis van voorafgaande machtiging door de rechter-commissaris bij de 'ingrijpende bevoegdheden van de telefoontap en het opnemen van vertrouwelijke communcatie'.[16] Bij andere 'ingrijpende' opsporingsbevoegdheden zoals de infiltratie, (die ten dele beheerst worden door opsporingsnormen in art. 6 EVRM), werd evenwel gekozen voor het systeem van intern toezicht, dat wel, wegens de ingrijpendheid daarvan (waaronder ook het afbreukrisico), niet op regionaal maar op centraal niveau

---

de interne openbaarheid en de rechterlijke toetsing van defecten in het opsporingsonderzoek alle drie centraal.

9 Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, p. 14.
10 Ibidem.
11 Ibidem.
12 Ibidem.
13 Ibidem.
14 Ibidem.
15 Ibidem, p. 15.
16 Ibidem.

dient te worden uitgevoerd.[17] Om dat te bereiken was een wettelijke regeling niet noodzakelijk: die vorm van toezicht is immers via de lijn van de interne gezagsverhoudingen binnen het openbaar ministerie te verwezenlijken, vooral onder sturing van het College van Procureurs-Generaal.[18]

Voorts is er ook aandacht besteed aan de noodzaak voor gedegen retroactieve toetsing door de zittingsrechter: '(t)enslotte wordt voorgesteld ook de mogelijkheden van de rechter om de bijzondere opsporingsbevoegdheden ter terechtzitting te toetsen, te vergroten'.[19] Die verbetering zou moeten worden verwezenlijkt via de kwaliteitsverhoging van de interne openbaarheid: '(d)e verbaliseringsplicht strekt er primair toe hem daartoe in staat te stellen'.[20] Niet alleen brengt de wettelijke regeling de bijzondere opsporing onder de verbaliseringsplicht, de informatievoorziening omtrent het opsporingsonderzoek is bovendien nader gewaarborgd door de invoering van art. 126aa WvSv, op basis van in het kader van bijzonder opsporing opgemaakte processen-verbaal dienen te worden gevoegd aan het procesdossier.

Onmiskenbaar werd dus ook gestreefd naar verbetering van de rechterlijke toetsingsfunctie:

> '(e)en belangrijk uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat in beginsel alle gebruikte opsporingsbevoegdheden in het openbaar moeten kunnen worden verantwoord. Daarom moet het openbaar ministerie ingevolge het al genoemde artikel 126aa, vierde lid, mededeling doen van alle in de zaak gebruikte opsporingsbevoegdheden en moeten de processen-verbaal van de opsporingsambtenaren een waarheidsgetrouw en volledig beeld geven van wat ter opsporing in een concrete zaak is verricht. De ratio daarvan is de rechter in staat te stellen de vragen te beantwoorden, die op grond van de artikelen 348 en 350 bij de totstandkoming van zijn oordeel in de zaak aan de orde dienen te komen. Ook krijgt zo de verdediging de gelegenheid de waarde van het verzamelde bewijsmateriaal aan de orde te stellen met inbegrip van de rechtmatigheid van de wijze waarop die verzameling plaatsvond'.[21]

---

17 Ibidem. 'Voor zover een afweging terzake noodzakelijk is, zal de behandelend officier van justitie dus door tussenkomst van zijn hoofdofficier zijn voornemen om van deze bevoegdheid gebruik te maken ter toetsing moeten voorleggen aan het College van Procureurs-Generaal. Dit college zal zich terzake laten adviseren door de Centrale Toetsingscommissie (CTC). Op deze wijze kan voor een aantal ingrijpende opsporingsbevoegdheden een landelijk beleid worden ontwikkeld en daadwerkelijk invulling worden gegeven aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit'. Ibidem. 'Bij opsporingsbevoegdheden die risico's met zich meebrengen voor het politiepersoneel in de vorm van fysieke of psychische bedreigingen, dan wel van corruptie of blootstelling aan het criminele milieu, is tevens de betrokkenheid van de korpsbeheerder nodig', te bereiken via het regionale driehoeksoverleg'. Ibidem, p.16.

18 Ibidem, p. 15. Het gaat hier overigens om een werkwijze die als sinds 1995 wordt gevolgd. Ibidem.

19 Ibidem, p. 16.

20 Ibidem.

21 Ibidem, p. 17-18.

Dat brengt evenwel geen (recht op) integrale informatievoorziening met zich mee:

> '(n)iet alle processen-verbaal behoeven echter in het dossier te worden gevoegd; alleen die stukken die van belang zijn voor de zaak, zowel in belastende als in ontlastende zin. Informatie die niet van belang is voor de zaak behoeft niet in het dossier te worden gevoegd'.[22]

Anderzijds werd ook niet een volle recht van de verdachte op infomatievoorziening in verband met rechtmatigheidskwesties erkend: '(d)e verdachte heeft het recht de waarde van het verzamelde materiaal ter discussie te stellen, maar dat recht is niet absoluut en de reikwijdte daarvan staat niet uitsluitend ter beoordeling van de verdediging', hetgeen ook '(...) geldt ook met betrekking tot het recht op ondervraging van getuigen dat in artikel 6, derde lid, onder d, EVRM wordt gegarandeerd'.[23]

Beperking van informatierechten zijn al algemeen – dus ook buiten de context van de bijzondere opsporing – mogelijk, aldus de Memorie van Toelichting.[24] Erkend wordt dat dat problematisch kan zijn voor de verdediging: '(g)elet op deze beperkingen op volledige openbaarheid kan het voor de verdediging moeilijk zijn gemotiveerd de rechtmatigheid van de verkrijging van het bewijs ter discussie te stellen'.[25] Desondanks leidt dat niet tot de conclusie dat nadere verbetering van de positie van de verdachte aan de orde is: '(i)nvoering van de onderhavige regeling leidt tot het verschaffen van meer informatie over de ten behoeve van de opsporing uitgevoerde activiteiten,

---

22 Ibidem, p. 16, met verwijzing op dat punt naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad. Zie evenwel in dat verband ook de regeling in art. 126aa lid 2 WvSv: 'Rekening moet worden gehouden met het gegeven dat de voorgestelde opsporingsbevoegdheden, vooral als zij worden ingezet ten behoeve van het onderzoek naar de georganiseerde criminaliteit, nogal eens informatie zullen opleveren die uiteindelijk niet van belang is voor de zaak. In dat geval acht ik het wel van belang dat uit het dossier blijkt dat deze bevoegdheden zijn gebruikt. Daarom stel ik voor in artikel 126aa, vierde lid, te bepalen dat de officier van justitie in de processtukken elke toepassing van een bijzondere opsporingsbevoegdheid vermeldt. Dit vergroot de mogelijkheden van de rechter ter terechtzitting om indien nodig de rechtmatigheid van de hantering van deze bevoegdheden te toetsen. Bovendien kan ook de verdediging hiervan kennisnemen'. Ibidem.

23 Ibidem, p. 17.

24 Zie voor een overzicht van beperkingsmogelijkheden, ibidem, p. 18.

25 Ibidem. Dat geldt vooral ook omdat de Hoge Raad ervan uit gaat '(…) dat het in het algemeen op de weg van de verdediging ligt 'feiten en omstandigheden te stellen op grond waarvan zij van mening is dat vraagtekens zijn te plaatsen bij de rechtmatigheid van de opsporing en kan zij niet volstaan met enkel te stellen dat aan de rechtmatigheid daarvan dient te of kan worden getwijfeld' (…). 'Onder omstandigheden moet worden aanvaard dat van de verdediging niet meer kan worden gevergd dan dat zij slechts in meer algemene bewoordingen wijst op mogelijke gebreken die haars inziens aan een opsporingsonderzoek kleven en kan het op de weg van het openbaar ministerie en/of de opsporingsautoriteiten liggen nader mededeling te doen van feiten en omstandigheden die een verantwoord oordeel van de rechter mogelijk maken'. Ibidem, p. 18-19.

waardoor ook meer mogelijkheden ontstaan voor een actieve verdediging om de rechtmatigheid daarvan aan de orde te stellen'. Dat wordt als méér dan voldoende opgevat: '(t)en gevolge van deze veranderde situatie zijn de bestaande beperkingen die op de interne openbaarheid kunnen worden aangebracht niet meer toereikend. In het bijzonder de regeling voor het horen van getuigen kan tot problemen leiden'. Die laatste gedachte leidde er juist weer toe dat met de Wet Bijzondere Osporingsbevoegdheden een nieuwe afschermingsmogelijkheid is ingevoerd, in (vooral) art. 187d WvSv, om té vergaande informatievoorziening tegen te gaan:

> '(b)eoogd is te waarborgen dat de rechtmatigheid van de opsporingshandelingen in alle gevallen door de rechter kan worden getoetst. Dit onderzoek moet echter op zodanige wijze kunnen worden uitgevoerd, dat daarmee geen schade wordt toegebracht aan reële en zwaarwegende opsporingsbelangen. De rechten van de verdediging dienen evenwel zo min mogelijk te worden bekort: het gaat hier in het bijzonder om het recht om bij de ondervraging van de getuige aanwezig te zijn en deze zelf vragen te (doen) stellen. Op deze wijze kan, indien een zwaarwegend opsporingsbelang dit vordert, de zittingsrechter het onderzoek naar bepaalde feitelijke vragen opdragen aan de rechter-commissaris. De zittingsrechter zal de regeling niet zonder meer toepassen op vragen die het bewijs betreffen. Deze vragen dienen in beginsel immers altijd volledig ter zitting aan de orde te kunnen komen; het in het dossier aanwezige materiaal waaruit kan blijken dat de verdachte het strafbare feit heeft begaan, dient volledig getoetst te kunnen worden. De enige uitzondering die daarop is gemaakt, betreft de verklaring van een bedreigde getuige: die hoeft niet ter terechtzitting te verschijnen. De zittingsrechter is echter ook in dat geval vrij in zijn waardering van de bevindingen van de rechter-commissaris'.

Met de wettelijke regeling van de bijzondere opsporing werd aldus duidelijk gestreefd naar verbetering van toezicht op de naleving van de nieuwe wettelijke eisen. Daarbij werd ook gedacht aan toesting door de rechter bij het onderzoek ter terechtzitting. De versterking van die toezichtsmodaliteit is vooral vormgegeven in termen van een beoogde verbetering ban interne openbaarheid. Dat heeft evenwel niet geleid tot absolute – of zelfs ondubbelzinnig sterke – informatierechten voor de verdachte in het kader van rechtmatigheidstoetsing. Buiten de context van de interne openbaarheid, is voor wat betreft het scheppen van mogelijkheden aan verdedigingszijde in verband met rechtmatigheidstoetsing, niet gedacht.

3) Hybride handhavingsmodel, beperkte erkenning van probiteitsdoel

In het inleidend hoofdstuk is onderscheid gemaakt tussen verschillende typen modellen die kunnen worden ingezet ter bewaking, handhaving van de probiteit van het vooronderzoek. Gekozen kan worden voor een op legaliteit georiënteerde systeem, waarin de opsporing primair beheerst wordt door strikte wettelijke voorstructurering. Dat model is vooral gericht op voorkoming

(en/of onmiddellijk herstel) van normschending. Te dien einde zal in een dergelijk model simultaan toezicht zijn benadrukt. Als er al sprake is van retroactieve rechterlijke toetsing bij het eindonderzoek, zal dat ook worden beheerst door een strikte wettelijke regeling, zoals dat mogelijk is in een stelsel van wettelijke nietigheden. Een tweede model zal juist gericht zijn op rechterlijke normvorming. De wet behoeft dan niet meer dan een algemeen kader te geven, de rechter kan zelf bepalen wanneer van normschending sprake is en welke gevolgen hij al dan niet daaraan zou willen verbinden. Een tussenmodel voorziet in de toekenning van procesrechten aan de verdachte in de fase van het vooronderzoek, opdat hij actief kan participeren in probiteitsbewaking.

In termen van de drie hypothetische modellen lijkt het systeem dat ten grondslag is gelegd aan de bijzondere opsporing het meest op het eerste model. De regeling voorziet vooral in een wettelijke grondslag voor de bijzondere opsporingsbevoegdheden zelf, de reikwijdte daarvan, de voorwaarden waaronder zij mogen worden toegepast. Dat is niet merkwaardig: het is juist dat systeem dat de meeste gelijkenis toont met het (klassieke) kader voor strafvordering dat in 1926 in het Wetboek van Strafvordering is gelegd. Bij constatering van een probleem is de reactie van de Nederlandse wetgever kennelijk intuïtief op wettelijke regeling gericht.

De vraag is evenwel of een vooral op (de legaliteit van) de opsporingskant toegespitste regeling als voldoende kan worden aangemerkt. Buiten een op interne openbaarheid georiënteerde – doch door de invoering van een afschermingsgrondslag meteen weer genuanceerde – verbetering van toezichtsmogelijkheden, zijn nergens in de regeling concrete voorzieningen getroffen in verband met rechterlijk toezicht op niet-naleving van normen, ook niet bij die welke het meest essentieel zijn geacht. Gekozen is voor deugdelijke wettelijke voorstructurering, maar die (op legaliteit gestoelde) gedachtegang is niet afgemaakt met voorziening in onvrijblijvende kaders voor de rechter in geval van niet-naleving van wettelijke eisen. Gekozen is aldus voor (voortzetting van) een tamelijk ambigu model, waarin de wet wel normen geeft, maar de rechter geen dwingende, geconcretiseerde opdracht heeft noch toezicht te houden op naleving daarvan, noch gevolgen te verbinden aan normschending. Dat model steunt op strikte legaliteitsdenken, voor wat betreft de wettelijke regeling van opsporingsnormen, maar is anderzijds, als het aankomt op handhaving daarvan, georiënteerd op (vrijblijvende) rechterlijke correctie. De mate waarin corrigerend wordt opgetreden is dan afhankelijk van de bereidwilligheid van de rechter.

Die keuze van de wetgever is merkwaardig, juist gelet op intrinsieke complexiteit van de bijzondere opsporing en het bij de wettelijke regeling uitdrukkelijke nagestreefde doel van verbetering van controle daarop. In ander opzicht is de keuze begrijpelijk, daar de wetgever ervan uit is gegaan dat een ter zake doende mechanisme reeds bestaat in het nationale recht, met name in de vorm van art. 359a WvSv. Dat mechansime is onverkort van toepassing op de bijzondere opsporing; vergelijking van de verdragseisen met het natio-

nale recht moet derhalve rondom die bepaling worden uitgevoerd. Voor zover die reeds bestaande nationale regeling beantwoord aan de verdragsrechtelijke eisen in verband met probiteitsbewaking en doorwerking van normschending, is de keuze geen bijzondere regeling te treffen in verband met de bijzondere opsporing, niet problematisch.

Uitgangspunt is hier evenwel dat dit in het nationaal recht vervatte hybide model, te weten de combinatie van strikte wettelijke voorstructurering van normen zonder (strikte) wettelijke dictaten aangaande aan schending te verbinden gevolgen, gekoppeld aan een vrijblijvend rechterlijk correctiemechanisme (art. 359a WvSv), zich reeds als zwak heeft bewezen. Welke wending de – breedvoerige – discussies omtrent rechtsmatigheidstoetsing ook nemen, een consensus aangaande de werking van art. 359a WvSv is dat via dit systeem door de rechter met name geen (vergaande) gevolgen worden aan vormmverzuimen, die vooral via art. 359a WvSv worden weggerelativeerd.

Die constatering is in verband met bijzondere opsporing buitengewoon precair. De wetgever kon er wel van uitgaan dat een wettelijke regeling bestaat met betrekking tot probiteitsbewaking in het vooronderzoek, maar heeft de rechter in de context van de vaak nog diffuse, bijzondere opsporingsnormen geen aanknopingspunten geboden zodat de rechter onderscheid kan maken tussen de relatieve betekenis van normen. Met name is in de wettelijke regeling niet tot uitdrukking gekomen dat bepaalde bijzondere opsporingsbevoegdheden opsporingsnormen in art. 6 EVRM raken. In dezelfde zin is niet erkend – en ook niet in de regeling verwerkt – dat controle op het opsporingsonderzoek (en het laten doorwerken van gevolgen daarvan) ook berust op een uit art. 6 EVRM voortvloeiende verplichtingen.[26]

De bijzondere opsoring en haar verhouding tot mensenrechten belast de rechter met een meer omvangrijke en meer ingewikkelde correctieve taak, terwijl die taak zelf berust op mensenrechtelijke grondslag. Eventuele tekortschieten van art. 359a WvSv en het 'rechtmatigheids(toetsings)systeem' waarbinnen deze bepaling dient te functioneren – het hybride model – wordt in dat licht des te nijpender. Vastsgesteld dient derhalve te worden in hoeverre het nationaal model beantwoord aan de verdragseisen; voorallereerst vergt dat een begrip van dat model en de context waarin het dient te functioneren.

26 Nogmaals: in de context van de verbetering van de controleerbaarheid zijn wel raakvlakken met de mensenrechtelijke sfeer benoemd, doch alleen in de beperkte context van de interne openbaarheid.

3.2.2 Kerntaken van de strafrechter en de ruimte voor rechtmatigheidstoetsing in het nationale recht

3.2.2.1 Kerntaken van de strafrechter, materiële waarheidsvinding

Bezien vanuit de structuur van het rechterlijk beslissingsmodel is de rechterlijke kerntaak bij een strafprocedure de beoordeling van de inhoudelijke merites van de tegen de verdachte ingebrachte zaak. Dat houdt bij een veroordeling in dat de rechter erop moet toezien dat de wettelijke bewijsminima zijn gehaald, de tenlastelegging volledig gedragen wordt door bewijsmiddelen, en zijn overtuiging gedragen wordt door het bewijs en hetgeen in de procedurele communicatie tussen partijen daaromtrent is gebleken. Tot de beoordeling van de inhoudelijke merites behoort ook het onderzoek naar de strafbaarheid van hetgeen waar is bevonden – de bewezenverklaring – de dader en de straf die aan hem dient te worden opgelegd. Die taken zijn in het rechterlijk beslissingsmodel neergelegd in de materiële hoofdvragen.

De materiële waarheid omtrent het tenlasteglegde feit is in het strafproces echter niet het enige waarover de rechter zich een oordeel moet vormen. Zijn beslissingsschema kent immers ook formele voorvragen, die geen betrekking hebben op de inhoudelijke aspecten van de zaak. Die voorvragen zijn toegespitst op de deugdelijkheid van (de vormgeving van) de vervolging en de berechting in het licht van geheel andere soorten overwegingen. Zij zijn vooral op de procedurele positie of rechten van de verdachte gericht:[27] is hij wel op de juiste wijze ingelicht over zijn vervolging en de daarbij aan hem toekomende rechten, vindt de vervolging plaats bij de rechter die aan hem toekomt, zijn er belemmeringen ten aanzien van het vervolgingsrecht of is er aanleiding om te wachten met het eindonderzoek? Negatieve beantwoording van de formele voorvragen duidt op een procesbelemmerend gebrek, dat hersteld moet worden alvorens de vervolging opnieuw kan worden ingesteld.

De wetgever heeft in het beslissingsmodel *niet* voorzien in ruimte voor een vraag ten aanzien van de rechtmatigheid van het strafvorderlijk onderzoek.[28] In het beslissingsmodel wordt de rechter aldus ook niet geïnstrueerd zich een oordeel te vormen over de rechtmatigheid van het vooronderzoek en eventuele gevolgen die normschending zou moeten hebben op zijn einduit-

---

27 Ook bij de hoofdvragen van het beslissingsmodel zijn verbindingen naar eerlijkheidseisen te ontwaren: het achterhalen van de materiële waarheid en de juiste waardering van de verwijtbaarheid en de wederrechtelijkheid van een gedraging raken het schuld- en materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel, en hebben daardoor eveneens raakvlakken met eerlijkheideisen in het verdrag: de onschuldpresumptie en het recht niet veroordeeld te worden dan op basis van tevoren, helder aangeduide, strafbaarstellingen.

28 Daaraan doet niet af dat de in art. 359a WvSv voorziene rechtsgevolgen doorwerken via de vragen van het beslissingsmodel (via de ontvankelijkheids-, bewijs-, en straftoemetingsvraag): in het rechterlijk beslissingsmodel zelf is geen ruimte gecreëerd voor een op de rechtmatigheid van het (voor)onderzoek toegespitste einduitspraak.

spraak. Het ontbreken van een dergelijke vraag in het beslissingsmodel geeft aan dat de wetgever deze vorm van toetsing niet opvat als een rechterlijke kerntaak.

Daarmee ontbreekt in het nationale recht een duidelijke rechtsgrond voor een sterke rechtmatigheidstoetsing en doorwerking van normschending. Zo wel dan zou de rechtmatigheid van het vooronderzoek zijn aangewezen als kernvraag in het strafproces. In een scenario, waarin meer belang zou worden toegedicht aan het concept, had art. 359a WvSv – de tekst waarvan de ruimte wel laat voor een actieve toetsings- en doorwerkingspraktijk[29] – mogelijk kunnen gedijen. De werking van art. 359a WvSv blijft evenwel zwak.

Voor de hand ligt de verklaring te zoeken in iets in het systeem, dat zich tegen een sterke werking van art. 359a WvSv heeft verzet, daaraan voorafgaat en nog altijd belemmerend werkt. Het concept van rechtmatigheidstoetsing en doorwerking van normschending heeft wel bestaansrecht in het nationale recht; dat blijkt reeds uit de invoering van art. 359a WvSv. Die enkele invoering brengt evenwel niet met zich mee dat daarmee een belangrijke rechterlijke taak is benoemd in die bepaling: uitgaande van het systeem overigens – dus buiten art. 359a WvSv – speelt toetsing en eventuele doorwerking van normschending in het strafproces juist een ondergeschikte rol.

Voor dat perspectief is steun te vinden. Die steun is met name gegrond in de opvatting dat rechtmatigheidstoetsing en doorwerking van normschending onverzoenbaar zijn met de werkelijke hoofdtaak van de rechter. Buruma neemt in zijn oratie het standpunt in dat de aandacht van de strafrechter voor onrechtmatige opsporing niet de kern van de strafrechtelijke beoordeling raakt, omdat een dergelijke beoordeling nimmer de daad of de dader betreft en de rechter afleidt van zijn eigenlijke taak, namelijk de beoordeling van de inhoudelijke merites van de aan de verdachte verweten gedraging.[30] Rechtmatigheidstoetsing in de vorm van bewijsuitsluiting, acht de 'functionalistisch ingestel-

29 Zie over de (naar aanleiding van de voorstellen van de Commissie-Herijking Wetboek van Strafvordering tot stand gebrachte) vormgeving van het toetsings- en doorwerkingsconcept in art. 359a WvSv door de wetgever en wenken van deze laatste in verband met de verdere invulling van deze bepaling door de rechter, A.M. van Woensel, Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, afdeling Strafrecht, Nederlandse sectie, Brugge 21 en 22 november 2003, gepubliceerd in: DD 2004, afl. 2, 10, p. 127-129. Met betrekking tot (de discussie ten aanzien van) de rechtsgrond en vormgeving van het concept van doorwerking van normschending, in het bijzonder in de vorm van bewijsuitsluiting, is in het hiernavolgende uitgebreid aangesloten bij voornoemde bijdrage van Van Woensel (incluis haar verwijzingen naar andere auteurs in dit verband), alsmede de daarin door haar gehanteerde ordening van het vraagstuk.

30 Y. Buruma, De aandacht van de strafrechter, Oratie Nijmegen, Deventer 1996, p. 9, 10 en 46. Aangehaald in: D. Garé, Rechtsbescherming en waarheidsvinding: vorm en inhoud hangen samen, DD 27, 1997, af. 4, p. 335 en 343.

de'[31] Enschede 'ondoelmatig: ze heeft geen effect op het in het voor- en hoofdonderzoek zich ontwikkelend proces van oordeelsvorming, doch slechts op de motivering van de beslissing'.[32] Melai verzet zich niet tegen de rechtmatigheidstoetsing *an sich*, maar twijfelt over het vermogen van de strafrechter, gelet op zijn taak in verband met materiële waarheidsvinding, deze toetsing uit te voeren. De variant van bewijsuitsluiting acht hij ook 'bijzonder ongelukkig', daar de rechter wel kennis neemt van de inhoud van het bewijs:

> 'bij die stand van zaken (...) – ook bij de meest vlekkeloze instelling – (kan) niemand waarborgen dat die van zijn bewustzijn deel uitmakende wetenschap zich toch niet langs oncontroleerbare psychische en intellectuele banen zal doen gelden bij de bepaling van waarderingsoordelen op grond van de overige bewijsmiddelen'.[33]

Hij pleit daarom voor '*pre-trial*' procedure, waarin de verdachte reeds in het vooronderzoek zou kunnen opkomen tegen de inbreng van zijns inziens onrechtmatig verkregen en daardoor ontoelaatbaar te achten bewijs.[34]

Elders nuanceert Buruma zijn standpunt, en erkent bepaalde merites van rechtmatigheidstoetsing. De eerste taak van de strafrechter blijft de materiële waarheidsvinding en de verwezenlijking van het materiële strafrecht. 'Uiterlijk' sinds de invoering van art. 359a WvSv behoort ook de controle over het vooronderzoek evenwel ook tot zijn taken.[35] Die taken acht Buruma niet volledig onverzoenbaar. Waar de rechtmatigheidstoetsing noodzakelijk is *in het licht van de materiële waarheidsvinding*, zijn daartegen minder bezwaren te formuleren. In de rechtspraak ziet hij dan ook een – door hem positief gewaardeerde[36] – onderscheid in de omgang met vormverzuimen in het vooronderzoek:

> '(z)odra onregelmatigheden het zicht van de rechter beletten op de vraag of de verdachte het heeft gedaan, mag de strafrechter keihard sanctioneren. Zodra de onregelmatigheden echter op zich losstaan van de vraag of de verdachte het heeft

---

31 J.F. Nijboer, Onrechtmatige bewijsvergaring en uitsluiting van aldus verkregen bewijsmateriaal in strafzaken, In: H.J.R. Kaptein, (Red.) Onrechtmatig verkregen bewijs, Aers Aequi Libri, Nijmegen, 2000, p. 72.

32 Ch. J. Enschede, Bewijzen in het strafrecht, RM Themis, 1966, p. 517. Aangehaald in: A.M. van Woensel, a.w., p. 124. Corstens haalt eveneens dit standpunt van Enschede aan: G.J.M. Corstens, Het Nederlands Strafprocesrecht, Kluwer, Deventer, 2008, Zesde druk, p. 707.

33 A.L. Melai, Fouillering en onrechtmatig verkregen bewijs. In: Praesidium Libertatis, 1975, p. 161 e.v., aangehaald in: A. Krikke, Bewijsuitsluiting in strafzaken, In: Bij deze stand van zaken, Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai, Gouda Quint, 1983, Arnhem, p. 293.

34 Ibidem. Een dergelijke voorziening zou alleen het geopperde bezwaar kunnen wegnemen als die procedure wordt uitgevoerd door een andere rechter dan die het eindonderzoek voor zijn rekening zal nemen.

35 Y. Buruma, Onrechtmatige opsporing, DD 32 (2002), afl. 2, p. 207.

36 Ibidem, p. 208.

> gedaan, is een veel genuanceerdere benadering geïndiceerd. (...) 'Testing the evidence' is belangrijker dan 'policing the police'.[37]

Het toedelen van de taak van rechtmatigheidstoetsing aan de rechter, die hem toch niet 'zichtbaar uitoefent (doordat hij vaak reden vindt art. 359a Sv niet toe te passen)',[38] werkt volgens Buruma juist in de hand dat de controle over het vooronderzoek gebrekkig blijft. Als de rechter niet effectief toezicht houdt, moet een andere autoriteit met die taak worden belast. Dat zou in zijn visie het openbaar ministerie of de korpsleiding moeten zijn. Die taakverdeling dient echter duidelijk te zijn. Waar hij niet meent dat er aanleiding is voor zorg dat het openbaar ministerie of de politie hun taken in dit verband niet ter hand nemen is '(i)n het systeem echter die controle niet helder neergelegd, mede omdat men ervan uitgaat dat de rechter dat soort controles uitvoert. Dat gebrek aan helderheid kan er vandaag aan bijdragen dat er te verkrampt wordt opgetreden door politie en openbaar ministerie, en morgen dat er met regels de hand wordt gelicht'.[39] Daarom is wel 'hernieuwde concentratie' noodzakelijk in verband met de vraag hoe openbaar ministerie en politie kunnen worden gestimuleerd in hun toezichtsrol. Vaststaat volgens hem immers wel, dat de rechter 'in dit verband terugtredende bewegingen maakt'.[40]

Een eerste verklaring voor het ontbreken van de rechtmatigheidstoetsing als kernvraag in het rechterlijk beslissingsmodel ligt dan in de intrinsieke onverenigbaarheid daarvan met de rechterlijke kerntaak in verband met waarheidsvinding. Waar de rechtmatigheidstoetsing noodzakelijk is voor de gedegen waarheidsvinding, verstoort die toetsing de hoofdtaak niet, faciliteert deze zelfs, en is daarom (meer) aanvaardbaar. Waar de rechtmatigheidstoetsing aan de waarheidsvinding niet bijdraagt, frustreert zij de uitvoering van de eigenlijke taak van de rechter of weegt niet tegen waarheidsvinding op. Dat het strafvorderlijk vooronderzoek rechtmatig dient te worden uitgevoerd, wordt niet betwist, maar doorwerking van onrechtmatigheid in het strafproces wordt onverenigbaar geacht met het primaire doel daarvan. De voorkeur gaat in dat verband uit naar probiteitsbewakingsopties die de waarheidsvinding

37 Ibidem, p. 207. Hetzelfde onderscheid trekt Buruma door bij beoordelingen inzake de interne openbaarheid, ofwel het recht op getuigen, waar hij spreekt van een 'rechtmatigheidsgetuige'. Y. Buruma, De rechtmatigheidsgetuige, DD nr. 9, nov. 2000 p. 859-874. Waar de verklaring van een getuige niet de bewijsvraag kan betreffen, is in die optiek minder aanleiding zijn oproeping en/of ondervraging essentieel te achten dan bij een 'bewijsgetuige'. Zie ook over de 'rechtmatigheidsgetuige', P.D.J. van Zeben, Het desgevraagd horen van getuigen in strafzaken, Trema, maart 2005, nr. 3, p. 93-107.

38 Y. Buruma, Onrechtmatige opsporing, DD 32 (2002), afl. 2, p. 208.

39 Ibidem.

40 Ibidem.

niet verstoren.[41] Rechtmatigheidstoetsing behoort in die visie niet tot het wezen of doel van het strafproces, dat gedomineerd wordt door het doel van waarheidsvinding.

3.2.2.2 Rechtmatigheidtoetsing en doorwerking van normschending in het nationale recht

Wordt echter het nationale recht inderdaad zozeer gedomineerd door het doel van de materiële waarheidsvinding, dat er geen (zelfstandige) ruimte is voor de rechtmatigheidstoetsing? Die vraag dient, sinds de invoering van art. 359a WvSv in het Wetboek van Strafvordering negatief te worden beantwoord. Er is aldus wel ruimte, de pertinente vraag is of er *voldoende* ruimte is, vooral bezien vanuit verdragsrechtelijke eisen in dit verband.

Voorallereerst dient te worden vastgesteld dat in het nationale recht geen enkele indicatie bestaat voor verzet tegen probiteit in zichzelf. In het wetboek van 1926 is echter gekozen voor een andere vormgeving van systemen ter bevordering van probiteit in het vooronderzoek dan retroactieve rechterlijke toetsing. De probiteitsgedachte is evenwel pregnant aanwezig in het systeem van strafvordering. Gewezen is reeds op de van waarheidsvinding losstaande basis voor de formele voorvragen in het rechterlijk beslissingsmodel. Daarmee is in het model de notie dat iets anders dan 'de waarheid' invloed zou kunnen hebben op de uitkomst van de strafprocedure, wel verwerkt. Elders in de strafvordering zijn daarenboven tal van regelingen te vinden die betrekking hebben op rechtmatigheid in het vooronderzoek, namelijk in de wettelijke omschrijving van strafvorderlijke bevoegdheden, waaronder ook de voorwaarden waaronder zij mogen worden toegepast. Al die strafvorderlijke regels '(...) geven enerzijds bevoegdheden aan de overheid ter opheldering van strafbare feiten, opdat in het strafproces het materiële strafrecht tot gelding kan komen, anderzijds normeren zij het optreden van diezelfde overheid ter bescherming van de burger',[42] aldus Van Woensel. Zij maakt een handzame onderverdeling in verschillende aandachtspunten die een rol spelen in discussie omtrent rechtmatigheidstoetsing en doorwerking – in de bijzondere variant van bewijs-

41 Zie over 'alternatieve sancties' bij onrechtmatig optreden in het vooronderzoek: H.J.R. Kaptein, Over de zin van onrechtmatige verkregen bewijs. Materieelrechtelijk verantwoorde gevolgen van strafvorderlijke vormverzuimen, In: H.J.R. Kaptein (Red.), Onrechtmatig verkregen bewijs, Aers Aequi Libri, Nijmegen 2000, p. 42-47. Kaptein noemt in dat verband de mogelijkheid dat opsporingsambtenaren door veroordeelden civielrechtelijk worden gedaagd voor onrechtmatig optreden en de opties van ambtelijke, disciplinaire en strafrechtelijke acties 'in eigen kring'. Ten aanzien van geen van die vormen als acceptabel alternatief voor de verwerking van onrechtmatigheden door de strafrechtelijk bij het eindonderzoek is hij onverdeeld positief. Civiele acties zijn qua bewijslastverdeling moeizaam voor de verdachte en, onder andere, '*duur, omslachtig en tijdrovend*'. Wat de handhaving in eigen kring betreft: *'(t)uchtrecht is in het algemeen niet meer dan juridische folklore en justitie zal vervolging van eigen mensen niet al te opportuun achten'*, Ibidem, p. 44-45.

42 A.M. van Woensel, a.w. p. 146.

uitsluiting – in de literatuur. Die discussie wordt volgens haar gevoerd in termen vasn (1) de wenselijkheid van het concept; (2) de eventuele grondslag daarvoor en (3) de betekenis van het systeem romdom art. 256 lid 2 WvSv in dit verband.[43] Het wenselijkheidsaspect valt bij haar *grosso modo* samen met pragmatische bezwaren zoals hierboven genoemd, die te maken hebben met de overtuiging dat de probiteitstaak en taak tot waarheidsvinding onverzoenbaar zijn in handen van één en dezelfde rechter.[44] Bezwaren vanuit deze onwenselijkheidsgedachte denkende tegenstanders zijn aldus niet zozeer gericht tegen de notie van toetsing en doorwerking, doch op de onhoudbaarheid van de uitvoerbaarheid van deze taak door de strafrechter. Onmiskenbaar moet in een dergelijke visie mede bepalend zijn dat een beperkt gewicht of belang wordt toegedicht aan het de notie dat normschending in het vooronderzoek dient te worden getoetst en dient door te werken; asbolute principiële tegenstand tegen het concept zelf is in deze gedachtengang evenwel niet te lezen.

Met name zou de onwenselijkheidsgedachte, voor zover die inderdaad vooral gebaseerd is op zorgen omtrent uitvoerbaarheid, kunnen worden tegengesproken door aanwijzing van een solide theoretische basis voor rechtmatigheidstoetsing en doorwerking van normschending in het nationale recht, ofwel, in termen van Van Woensel, een eventuele rechtsgrond daarvoor.[45] De discussie daarover is volgens haar met name gevoerd in termen van de betekenis van art. 1 WvSv.[46] Strafvordering heeft alleen plaats op de wijze bij de wet voorzien, hetgeen niet alleen wil zeggen dat de formele wetgever de strafvordering deugdelijk dient te regelen, maar ook dat die regeling wordt nageleefd. Dat legaliteitsdictaat betreft het geheel van strafvordering en dus ook de regeling van het vooronderzoek. Daarin kan een opdracht tot rechtmatigheidstoetsing en doorwerking wordt ingelezen.

Voorstanders van de rechtmatigheidstoetsing[47] baseren zich op art. 1 WvSv

---

43 Ibidem, p. 125.

44 Ibidem.

45 Zie ook A.M. van Woensel, a.w., p. 149: '(d)e argumenten die tegen bewijsuitsluiting worden aangevoerd – en die eveneens tegen niet-ontvankelijkheid zouden kunnen worden ingebracht – zijn vanuit theoretisch oogpunt niet erg overtuigend. Dat geldt in de eerste plaats het argument van de waarheidsvinding, een belangrijk doel van strafvordering'.

46 Ibidem, p. 146: '(o)ver het algemeen wordt in de literatuur de sanctionering van onrechtmatige bewijsvergaring gerond op de idee van de rechtsstaat, die de overheid ook zelf bindt aan het recht. Voor wat strafvordering betreft vindt dit onder andere uitdrukking in het legaliteitsbeginsel van art. 1 Sv, inhoudende dat strafvordering alleen plaatsvindt op bij wet voorziene wije'. Zie voor haar inventarisatie van auteurs in dit verband, ibidem, p. 126-127 en p. 146-149.

47 In de discussie ten aanzien van de rechtmatigheidstoetsing (dat zich in het algemeen toespitste op de daarbinnen als species op te vatten vraagstuk van (de beoordeling van de noodzaak voor) bewijsuitsluiting) worden de standpunten van Enschedé en Peters gezien als twee polen, waartussen vele tussenposities – minder zwart/wit – werden ingenomen. Zie ook: A.M. van Woensel, a.w. p. 124 en de door haar genoemde auteurs die tussenliggende standpunten hebben ingenomen, ibidem, p. 125, noot 20. Zie ook haar nadere verwijzing naar '(...) argumenten die in de literatuur voor bewijsuitsluiting worden aangevoerd, en

als rechtsgrond daarvoor.[48] Van Woensel haalt De Jong aan, waar hij betoogt dat het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel '(...) een verband (legt) tussen het Wetboek van Strafvordering en de grondwettelijke waarborgen van de individuele vrijheid van de burger: die vrijheid mag in het kader van de strafvordering niet verdergaand worden beperkt dan de wet toelaat'.[49] Strafvordering is daarbij niet een gesloten systeem, ofwel, de waarborgen zijn ruimer dan de wet en kunnen ruim worden gelezen in het voordeel van de burger, ondermeer door de extensiverende werking van de beginselen van een behoorlijke procesorde.[50] In de koppeling van de rechtmatigheidstoetsing aan art. 1 WvSv ziet Van Woensel de rechtstaatgedachte, 'die de overheid ook zelf bindt aan het recht',[51] ten grondslag gelegd. 'Rechtsstatelijke beginselen leggen de rechter de taak op een behoorlijke en legitieme procesvoering te bewaken (...)', en '(i)n het licht van art. 1 Sv heeft bewijsuitsluiting sterke papieren'.[52] Cleiren en Mevis leest zij aldus: '(d)e overheid dient binnen het kader van de genormeerde bevoegdheden te opereren, juist omdat zij die bevoegdheden in een

---

die ook als doeleinden kunnen worden aangemerkt (...)', (ibidem, p. 148), te weten die met betrekking tot 'reparatie', 'demonstratie', 'preventie' en 'normering' (ibidem, p. 148-149) alsmede overige door haar in dit verband genoemde auteurs (ibidem, p. 148, noot 99). Nijboer ziet bij de 'leerling van Peters', Myjer, de meest extreme positie in dit verband: hij de trok de lijn van Peters nog verder door de stellen dat '(...) alle indirecte resultaten van onrechtmatig strafvorderlijk onderzoek (...) ook van het bewijs (dienen) te worden uitgesloten'. J. Nijboer, a.w., p. 72, met verwijzing naar: B.E.P. Myjer, De verdachte in het geding – onrechtmatige verkregen bewijs, DD, 1974, p. 358. Corstens noemt Enschedé 'prominent tegenstander', G.J.M. Corstens, a.w., p. 671, noot 334. Nijboer verwijst ook naar Heijder's nuancering van het 'alles of niets' karakter (zie: J. Nijboer, a.w., p. 73) van de tegen over elkaar staande standpunten, in verband met zijn bespreking van de civielrechtelijke georiënteerde Schutznormleer in het strafprocesrecht. (Zie: A. Heijder, De wederrechtelijkheid is betrekkelijk (enkele kanttekeningen bij nietigheden en onrechtmatig verkregen bewijs), In: Beginselen, opstellen over strafrecht aangeboden aan G.E. Mulder, Arnhem, Gouda Quint, 1981, p. 89-105. Zie voor overzichten van de discussie ten aanzien van bewijsuitsluiting in het algemeen: J.W. Fokkens, De exclusionary rule in het Nederlands strafproces, in: Beginselen, 1981, p. 59-61; E. Myjer, Dient de wetgever beperkingen te stellen ten aanzien van door de rechter in strafzaken te hanteren bewijsmiddelen? Preadvies, Handelingen 1982 der Nederlandse Juristen Vereniging, deel I, en recenter: A.M. van Woensel, a.w. en M.C.D. Embregts, Uitsluitsel over bewijsuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatige verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht, Dissertatie Universiteit van Tilburg, Deventer, Kluwer, 2003.

48 Zie A.M. van Woensel, a.w., p. 146: '(o)ver het algemeen wordt in de literatuur de sanctionering van onrechtmatige bewijsvergaring gerond op de idee van de rechtsstaat, die de overheid ook zelf bindt aan het recht. Voor wat strafvordering betreft vindt dit onder andere uitdrukking in het legaliteitsbeginsel van art. 1 Sv, inhoudende dat strafvordering alleen plaatsvindt op bij wet voorziene wije'.

49 D.H. de Jong, Bewijsuitsluiting kent meer dan een rechtsgrond, In: Liber Amicorum Th. V. W. Van Veen, Arnhem, Gouda Quint, 1985, p. 108- 110, aangehaald in A.M. van Woensel, a.w., p. 127.

50 A.M. van Woensel a.w., p. 126-127.

51 Ibidem, p. 146.

52 Ibidem.

publiekrechtelijke hoedanigheid hanteert, terwijl het de taak van de rechter is de aanspraak van de burger op naleving van de aan de overheid gestelde normen te realiseren'.[53] Ook Melai zag volgens haar:

> '(...) de grondslag van de bewijsuitsluiting in art. 1 Sv: verscherpt toezicht op de bewijsvergaring staat ten dienste van 'de handhaving van een strikte procedure'; het formele systeem van het strafproces 'ontleent zijn waarde aan het besef dat bij de uitoefening van strafprocesrechtelijke bevoegdheden (in het bijzonder van dwang) fundamentele rechten en vrijheden in het geding zijn, die hun erkenning of eerbiediging juist moeten vinden in de vereiste en na te leven striktheid van het justitiële optreden. In de afwijzing van inbreuken op die striktheid doen zich de betrokken rechten gelden'.[54]

Nijboer ziet die lijn ook in de rechtspraak van de Hoge Raad. Hij stelt dat de kern van de argumentatie van de Hoge Raad in het Tweede Bloedproefarrest (waarin de bewijsuitsluitingsregel voor het eerst werd aangenomen) '(...) geënt is op het legaliteitbeginsel'.[55] Die argumentatie acht hij niet 'legistisch', maar

---

53 Ibidem, p. 146-147, met verwijzing naar: C.P.M. Cleiren/P.A.M. Mevis, Het dubbelzijdige karakter van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden, In: C.P.M. Cleiren e.a. (Red.), Voor risico van de overheid, Deventer Gouda Quint 1996, p. 187-205. Dezelfde benadering ziet Van Woensel bij: G. Van Leijen, Sanctionering van vormverzuimen en de betekenis van vormvoorschriften in het strafproces, Recht en Kritiek, 1994, 231-237; P.A.M. Mevis, De rechtsgevolgen van onrechtmatigheden in het vooronderzoek, In: Dynamisch strafrecht, Corstens-bundel, Arnhem, Gouda Quint, p. 257-258; T. Blom, De meest passende sanctie: de Hoge Raad en onrechtmatige verkregen bewijs, DD 2002, p. 1053-1054; M.S. Groenhuijsen, Het niet realiseren van gegronde materieelrechtelijke aangelegenheden in het strafprocesrecht, In: E.S.G.N.A.I. van de Griend en B.W.N. de Waard (Red.) Rechtsvinding, Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel ** van de Asser-serie (Asser-Vranken), 1996, p. 12-19. A.M. van Woensel, a.w., p. 147. Zie in vergelijkbare zin over art. 1 WvSv: J.B.H.M. Simmelink, De rechtsstaatgedachte achter art. 1 WvSv, Gedachten over de betekenis van art. 1 Sv voor het handelen van de overheid in de opsporingsfase, Arnhem, Gouda Quint BV, 1987; J.L.M. Boek/J.F. Nijboer, Vigilat ut requiescant, De politie en geheime daadwerkelijke handhaving van de (rechts?)orde in strafzaken. Recht en Kritiek, 1987, p. 342-354. Zie ook: J.F. Nijboer, Onrechtmatige bewijsvergaring en uitsluiting van aldus verkregen bewijsmateriaal in strafzaken, In: H.J.R. Kaptein, (Red.) Onrechtmatige verkregen bewijs, Aers Aequi Libri, Nijmegen, 2000, p. 75, die ten aanzien van deze vorm van onrechtmatigheid toevoegt dat daarmee wordt erkend '(...) dat art. 1 WvSv wat betreft te gebruiken opsporingstechniek – of methodieken naar positief recht, een limiterende functie heeft'.

54 A.L. Melai, in zijn noot bij Hof Amsterdam 4 mei 1979, NJ 1980, zoals weergegeven door A.M. van Woensel, a.w. p. 127, met nadere verwijzing naar: A.L. Melai, Nogmaals: humane spanningen in het strafrecht, In: Handhaving van de rechtsorde, A. Mulder-bundel, Zwolle, Tjeenk Willink, 1988, p. 132-133. Van Woensel haalt in dit verband ook M.S. Groenhuijsen en M.C.D. Embregts aan, in, respectievelijk: M.S. Groenhuijsen, Het niet realiseren van gegronde materieelrechtelijke aanspraken in het strafprocesrecht, In: E.S.G.N.A.I. van der Griend en B.W.N. de Waard (Red.) Rechtsvinding. Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel ** van de Asser-serie (Asser-Vranken), 1996, p. 12-19 en M.C.D. Embregts, a.w., p. 230 e.v. Zie voor deze laatste verwijzingen: A.M. van Woensel, a.w. p. 147, noot 94 en noot 96.

55 J.F. Nijboer, a.w., p. 71.

> '(…) eerder constitutioneel (...): de wet regelt en beperkt de mogelijkheden voor de overheid om op het door fundamentele rechten en vrijheden beschermde terrein van de burger te komen. De wetgever markeert aldus een constitutionele grens (tussen overheid en burger in casu) en het is vervolgens aan de – onafhankelijke – rechter om deze grens te bewaken'.[56]

In deze visie is in het nationale systeem geen verzet tegen rechtmatigheidstoetsing en doorwerking van normschending. Het legaliteitsbeginsel dwingt juist daartoe. Voorstanders van deze visie vertrekken vanuit het perspectief, dat het legaliteitsbeginsel dwingt tot rechtmatigheid en rechtmatigheidtoetsing, *omdat* het legaliteitsbeginsel gestalte geeft aan de verbinding tussen het strafprocesrecht en grondrechten. De constitutionele rechtsbescherming van de burger, die hem het recht geeft op rechtmatig handelen bij het strafproces, zien zij daarmee verwerkt *binnen* het systeem van strafvordering.

3.2.2.3 Contra-indicaties in het wettelijk systeem

Theoretische tegenstand tegen het bestaan van een basis voor rechtmatigheidstoetsing en doorwerking van normschending in het nationele recht is, in opmerkelijke zin, eveneens vanuit het legaliteitsbeginsel te construeren, namelijk vanuit de gedachtegang dat de wetgever op ondubbelzinnige wijze heeft aangegeven dat de strafrechter zich juist van een dergelijke activiteit dient te onthouden. Die tegenstand is gelegen in het derde door Van Woensel genoemde discussilijn, namelijk in de betekenis van het wettelijke systeem rondom art. 256 lid 2 WvSv.

In 1926 was het Wetboek van Strafvordering immers in dat verband helder. In de regeling van het stelsel van nietigheden en in het bepaalde in art. 256 lid 2 WvSv schreef de wet voor in welke gevallen en hoe gevolgen dienden te worden verbonden aan de niet-naleving van wettelijke voorschriften. De wetgever had in dat systeem een selectie gemaakt van de voorschriften waarvan de overtreding invloed zou moeten hebben op het procesgevolg. Een opdracht tot (een vorm van) rechtmatigheidstoetsing (ofwel, toezicht op normnaleving) was dus door de wetgever wel gegeven, maar deze was duidelijk beperkt: het nietigheidsgevolg diende alleen te gekoppeld aan de niet-naleving van een beperkte groep van voorschriften. Deze voorschiften hadden bovendien vooral betrekking hadden op het eindonderzoek. Ofwel, de wetgever had aan vormvoorschriften in het vooronderzoek niet het formele nietigheidsgevolg gekoppeld. Sterker, in art. 256 lid 2 WvSv is (nog altijd) bepaald dat wanneer het onderzoek ter terechtzitting is aangevangen, een verzuim van vormen bij

56 Ibidem, p. 71-72.

het voorbereidend onderzoek niet meer tot nietigheid kan leiden.[57] Zulks betekent in principe een hermetische scheiding van het voor- en eindonderzoek. Hetgeen zich in die voorfase voltrekt, kan op basis van die bepaling geen gevolgen meer hebben in de eindfase.

Een dergelijk stelsel veronachtzaamt de noodzaak van rechtmatigheid niet, maar spreekt een zeer eigen visie uit ten opzichte van de beste manier om dat te bewerkstelligen. Uitgangspunt is dat rechtsbescherming reeds in de wettelijke regeling van strafvorderlijke bevoegdheden is verdisconteerd en dat die regeling ofwel nageleefd zal worden, of dat gevolgen van verzuim door de in het vooronderzoek met toezicht belastte autoriteiten zullen worden hersteld. Van die veronderstelling kan worden uitgegaan, omdat alle moeite is gedaan om het procestraject van begin af aan nauwkeurig te omschrijven. Het oorspronkelijke wetboek wachtte de onrechtmatigheid niet af, maar schreef het rechtmatige traject voor, in de volle verwachting dat er geen discrepantie zou zijn tussen de uitvoering en de wettelijke omschrijving. Dat zich in het vooronderzoek verzuimen konden voordoen werd wel erkend, maar de kaders van het vooronderzoek waren zodanig omlijnd dat eventuele verzuimen voor aanvang van het eindonderzoek zouden kunnen worden hersteld. Dat traditioneel wettelijk systeem is weer sterk verbonden aan de klassieke taakverdeling tussen wetgever en rechter in de nationale rechtsorde: het is de wetgever die keuzes maakt in verband met aan de verdachte toe te kennen rechtsbescherming.

3.2.2.4 Interne of externe grondslag

Paradoxaal lijkt te zijn dat in die traditie het legaliteitsbeginsel als basis fungeert voor bezwaar tegen rechterlijke rechtmatigheidstoetsing. De wet, *in casu* art. 256 lid 2 WvSv zegt duidelijk dat de rechter bij het eindonderzoek zich vooral moet onthouden van toetsing van het vooronderzoek. Van een paradox behoeft evenwel geen sprake te zijn: Van Woensel haalt verschillende auteurs aan die, niettegensstaande art. 256 lid 2 WvSv, ruimte zien voor dergelijke toetsing door de zittingsrechter.[58] Zij noemt Blok en Besier, Van Veen en Melai als voorstanders van de gedachte dat die wettelijke constellatie ruimte laat voor beoordeling van het vooronderzoek door de zittingsrechter.[59]

> 'Volgens Van Veen is echter nooit sprake geweest van een geheel gesloten systeem: verweren die strekten tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie, zoals het verzuim van wettelijk voorgeschreven termijnen, of, bij klachtdelicten, de

57 Die regeling moet in verband met art. 199 lid 1 en art. 256 lid 1 WvSv worden gelezen (bevoegdheid rechter-commissaris respectievelijk raadkamer vóór aanvang van het eindonderzoek geconstateerde vormverzuimen te herstellen), zie: A.M. van Woensel, a.w., p. 125.
58 Ibidem, p. 125-126.
59 Ibidem.

> incorrecte behandeling van een ingediende klacht', konden steeds ter zitting naar voren worden gebacht. De deur is verder open gegaan met de erkenning van de beginselen van een behoorlijke strafvordering, waaraan de zittingsrechter het optreden van het openbaar ministerie in het vooronderzoek kon toetsen. Het was vervolgens voor de Hoge Raad een kleine stap de feitenrechter te verplichten ook in te gaan op klachten over de methode van bewijsvergaring, die uitmondden in de stelling dat het bewijsmateriaal onbruikbaar was, aldus Van Veen. Door Blok en Besier is gesuggereerd dat art. 256 lid 2 Sv van meet af aan controle door de zittingsrechter mogelijk maakte: de bepaling brengt niet mee dat wat orrspronkelijk ten gevolge van een vormverzuim nietig was voor de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting geldig wordt; een defect proces-verbaal wordt dus geen wettig bewijsmiddel, net zo min als een in het vooronderzoek ondeugdelijk beëdigde getuige ter terechtzitting als een deugdelijk beëdigde getuige kan worden beschouwd. Volgens Melai wint die benadering aan kracht door de gedachte dat het bewijsmateriaal in het voorbereidend onderzoek juist wordt vergaard om 'eerst beslissend te functioneren in het onderzoek op de terechtzitting en in de op dat onderzoek berustende uitspraak van de rechter. Bij dat inzicht ligt het principieel voor de hand, dat het bewijsmateriaal in de procesfase waarin het functioneel zijn beslissende rol speelt, ook door de meest belanghebbende partij (de verdachte) in al zijn aspecten moet kunnen worden aangevochten'.[60]

Interessant is het volgende door Van Woensel gemaakte onderscheid tussen standpunten. 'Afhankelijk van de zwakke of sterke werking die men aan art. 256 lid 2 Sv toedichtte, werd de rechtsgrond voor bewijsuitsluiting binnen respectievelijk buiten het wettelijke systeem van strafvordering gezocht'.[61] Degenen die uitgingen van een zwakke werking (waaronder (ook), volgens haar, De Jong)[62] konden de bepaling aldus nuanceren, zodat zij de toepassing van bewijsuitsluiting wegens normschending niet uitsluit.[63]

Bij Krikke ziet zij daarentegen een veel sterkere lezing van 256 lid 2 WvSv.[64] Zozeer zelfs dat hij deze bepaling zag als 'beletsel voor een nationaalrechtelijk fundament voor bewijsuitsluting', aldus Van Woensel.[65]

Krikke is inderdaad duidelijk in die lijn, en ziet in art. 1 WvSv ook weerstand tegen een (buitenwettelijke) bewijsuitsluitingsregel.[66]

---

60 Ibidem, met verwijzing naar respectievelijk: Th.W, van Veen, Over misslagen, vormverzuimen en nietigheden in het strafprocesrecht, RM Themis 1991, p. 215, Blok en Besier, Het Nederlandse strafproces, eerste deel, Haarlem, H.D. Tjeenk Willink, 1925, p. 619-620 en (ook voor wat betreft het ingesloten citaat): A.L. Melai, Noot bij HR 16 december 1975, NJ 1976, 491.

61 A.M. van Woensel, a.w., p. 126.

62 Ibidem, met verwijzing naar: D.H. de Jong, Bewijsuitsluiting kent meer dan één rechtsgrond, In: *Liber Amicorum Th. W. van Veen*, Arnhem, Gouda Quint, 1985, p. 108-110.

63 A.M. van Woensel, a.w., p. 126.

64 Ibidem.

65 Ibidem.

66 Krikke zou aldus waarschijnlijk anders oordelen over de huidge wettelijke regeling in art. 359a WvSv.

> 'De beperking die art. 1 Sv de rechter bij de uitlegging van de inhoud van het strafprocesrecht oplegt, is door Melai aldus omschreven: uit dit voorschrift valt af te leiden dat het de rechter niet is toegestaan andere dan in de wet neergelegde procesrechtelijke regels te aanvaarden, waarin aan justitiële functionarissen, partijen of derden bevoegdheden moeten worden toegekend en – in verband met de tegenkant – verplichtingen worden opgelegd. De beperking geldt ook de vaststelling van de inhoud van de regels die de eigen procestaak van de rechter betreffen. Zij houdt in dat de rechter bij zijn 'rechtsvindende' bezigheid de wet en de grondslagen waarop deze berust niet mag verlaten. Onduidelijkheden moeten worden opgehelderd, lacunes worden gevuld aan de hand van de basisbegrippen waarop de onduidelijke resp. lacuneuze regeling is gebaseerd. De afweging van de uiteenlopende belangen die bij de toekenning resp. de omlijning van de bevoegdheden en de oplegging van verplichtingen in het geding zijn, is uitsluitend aan de wetgever toevertrouwd'.[67]

Krikke verbindt (mede) daaraan als gevolg: '(d)eswege is het de rechter in zijn interpretatieve arbeid niet geoorloofd in het wettelijke stelsel de uitsluitingsregel te lezen'.[68] De aard van de bewijsuitsluitingsregel, door de Hoge Raad voor het eerst 'definitief' erkend in het Tweede Bloedproefarrest,[69] is volgens Krikke een sanctiebepaling houdende nietigheid[70] en moet als zodanig tegen de achtergrond worden gezien van het wettelijk stelsel van nietigheden en de uitgangspunten waarop het stelsel van het voorbereidend onderzoek berust.[71] Art. 256 lid 2 WvSv richt zich volgens hem tot de:

> 'strafrechter ter terechtzitting en verbiedt hem een schending van een voorschrift van voorbereidend onderzoek te sanctioneren met een nietigverklaring. Tot zover is de tekst van art. 256 lid 2 Sv volstrekt duidelijk: de strafrechter ter terechtzitting mag schending van regels van voorbereidend onderzoek niet vernietigen, mag het werk van de onderzoeksautoriteiten dat in strijd met de voorschriften is verricht niet aanmerken als non-existent en deswege ter zijde plaatsen'.[72]

Dat voorschrift moet bovendien – blijkens de wetgeschiedenis – breed worden gelezen, en wel zo dat het tevens een verbod inhoudt ook andere rechtsgevolgen aan vormverzuimen te verbinden dan de nietigverklaring.[73] De regeling moet namelijk worden verstaan dat 'door de aanvang van de terechtzitting verzuim van vormen (...) voor gedekt wordt gehouden'.[74] Art. 256 lid 2WvSv

---

67 A. Krikke, a.w., p. 279, met verwijzing naar: A.L. Melai, Buitenwettelijk recht en het strafgeding, DD 1982, p. 455, en p. 456.
68 A. Krikke, a.w., p. 291.
69 HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470, m.nt. WP.
70 A. Krikke, a.w., p. 276.
71 Ibidem, p. 274, p. 276 en p. 281-286.
72 Ibidem, p. 286.
73 Ibidem.
74 Ibidem, met verwijzing naar: MvT, p. 114, (art. 258).

heeft de strekking dat 'de materiële belangen' niet in gevaar worden gebracht door 'zuiver formele eisen'.[75] Het doel van het strafproces vergt volgens hem dat 'de vormverzuimen, in het voorbereidende onderzoek begaan en voor zover niet reeds hersteld, bij het onderzoek op de terechtzitting voor geldig moeten worden gehouden, met andere woorden moeten worden beschouwd als 'wettig' handelen'.[76] Daarom is het de rechter niet toegestaan tot bewijsuitsluiting over te gaan. Dat deed de rechter toch – ook al in 1983 – hetgeen voor Krikke betekent dat de rechtsgrond voor bewijsuitsluiting buiten het nationale recht moet worden gezocht. Ten aanzien van de precieze plaats van de rechtsgrond voor de bewijsuitsluiting is hij eenduidig: deze is te vinden in het 'onverkort gegarandeerde verdragsrecht' van het eerlijk proces in art. 6 EVRM en de interpretatie daarin in de Europese rechtspraak.[77] In de eis van *'fair hearing'* ligt volgens hem besloten '(…) dat een schending van bepaalde regels van voorbereidend onderzoek (in elk geval vanaf het moment van het intreden van de '*criminal charge*') de *'equality of arms'* van de procespartijen verstoort en derhalve, wil er sprake kunnen zijn van een 'eerlijke' behandeling van de zaak, door de rechter moet worden gecorrigeerd'.[78],[79]

3.2.2.5 Belang van het onderscheid

Het concept van toetsing van de rechtmatigheid van het vooronderzoek bij het eindonderzoek en doorwerking van normschending in het vooronderzoek naar het eindonderzoek heeft wel degelijk een plaats in het nationale recht, ná de invoering van art. 359a WvSv ook in uitdrukkelijke zin. De soliditeit van dat concept – en daarmee ook van (de werking van) art. 359a WvSv – is evenwel perspectiefafhankelijk. Het gegeven dat het belang en de betekenis van het concept aan discussie onderhevig blijft is in zichzelf betekenisvol. Disharmonie in opvattingen over wenselijkheid, rechtsgrond en positionering en betekenis binnen de wettelijke constellatie overigens (met name in verbinding met art. 256 lid 2 WvSv), kan niet bevorderlijk zijn voor een sterkere verdere ontwikkeling van (de inzet van) art. 359a WvSv.

Daargelaten onwenselijkheidsargumenten die veelal te maken hebben met een primaatverlening aan materiële waarheidsvinding als bovengeschikte strafvorderlijke doel, is met name het verschil in standpunten omtrent de vraag of de basis voor het concept van rechtmatigheidstoetsing en doorwerking van normschending een interne of externe grondslag heeft, interessant. Dat ligt in het volgende. Waar het ontstaan en de – weliswaar zwakke – ontwikkeling

75 Ibidem, met verwijzing naar: MvT, p. 114, (art. 257).

76 Ibidem. Krikke geeft aan dat A.J. Blok en L. Ch. Besier, (eerste deel, p. 617 e.v.) ter zake een enigszins andere visie handhaven.

77 Ibidem, p. 292. Zie ook: A.M. van Woensel, a.w., p. 126.

78 Ibidem.

79 In de rechtspraak van de Europese Commissie ziet hij een goedkeuring van de correctiemethode van uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal. Ibidem.

van het toetsing- en doorwerkingsconcept kan worden getypeerd als een interne systeemverandering, zijn ogenschijnlijke tekortkomingen (zoals een geconstateerde terughoudendheid van de rechter) beter te verklaren vanuit (de eigenaardigheden van) het systeem zelf. Mogelijk kan worden volstaan met een weinig actieve, zich in het uitzonderlijke geval voordoende rechterlijke correctie, omdat in het nationale systeem de noodzakelijke rechtsbescherming primair op een andere wijze (door deugdelijke wettelijke voorstructurering) gestalte krijgt. Eventuele terughoudendheid van de rechter behoeft dan niet als een tekortkoming te worden gezien, een meer actieve houding is dan alleen noodzakelijk bij (onverwachte) verschuivingen en/of ontwikkelingen waarop de wetgever niet aanstonds kan reageren. Een explosief groeiend vooronderzoek, de ontwikkeling van meer en meer complexe mensenrechtelijke kaders waaraan getoetst dient te worden, leiden er dan toe dat de rechter (tijdelijk) de primaire normeringstaak op zich moet nemen. Daarbij past ook een actievere correctie in de zin van toetsing en laten doorwerken van vormverzuimen, dat in een dergelijk context dienst doet als selectiemechanisme in verband met aan te houden (nieuw te vormen) normen.[80]

Dergelijke verschuivingen hebben zich ook voorgedaan in het nationale recht: de rechter werd daardoor (tot de wetgever kon voorzien in normering) ook genoodzaakt daarop te reageren. Door het aangaan van mede op de eerbiediging van mensenrechten gerichte internationale juridische betrekkingen werden de rechten van verdachte verder benadrukt in het nationale systeem.

> 'De mensenrechten-verdragen van na de Tweede Wereld Oorlog garanderen aan de verdachte vrijheidsrechten en procesrechten. Door de ratificatie van de verdragen, met name van de Europese Conventie heeft de 'wetgever' de verdragsrechten en de grondslagen waarop zij berusten tot onderdeel gemaakt van het nationale strafprocesrecht'.[81]

Vooral het EVRM, met zijn dwingende status en de rechtspraak van het EHRM, hebben een belangrijke invloed gehad op het nationale strafproces, ook op het terrein van het vooronderzoek. 'In de plaats van de uitgangspunten van de wetgever van 1926 (de toepassing van de strafwet op de werkelijk schuldige en het belang van het onderzoek) zijn getreden de uitgangspunten van het internationale recht (de bescherming van de verdachte in het bijzonder en van de burger in het algemeen'.[82] Die benadrukking van de (verdragsrech-

80 Zie in verband met de rechterlijke omgang met 'moeilijke' strafvorderlijke vragen de disseratie van K. Rozemond, De strafvorderlijke rechtsvinding, (*Diss*. VU Amsterdam), Deventer, Gouda Quint, 1988.

81 A. Krikke, a.w., p. 291-292.

82 Ibidem, p. 292. Zonder dat overigens die uitgangspunten op bevredigende wijze zijn overgenomen, aldus Krikke: '(...) de parlementaire 'behandelaars' van de goedkeuringswet van [het EVRM], mogelijk door zelfgenoegzaamheid, (hebben) de reikwijdte van het verdrag voor het Nederlandse strafprocesrecht volledig onderschat'. Ibidem.

telijke) rechten van de verdachte heeft onmiskenbaar tot meer actieve rechterlijke correctie van de naleving van die rechten in het vooronderzoek geleid.

De ontwikkeling van de bijzondere opsporing zelf had eenzelfde werking: de toepassing van de bijzondere opsporingsmethoden moest nu eenmaal eerst door de rechter worden beoordeeld, zij onthulde bovednien nadere problematiek in verband met mensenrechten. In de praktijk was het eerst alleen de rechter die zorg droeg voor de normering van de bijzondere opsporing (in het licht van grond- en mensenrechten), toen de omvang van de problematiek werd erkend, nam de wetgever de normeringstaak over. Het systeem treedt aldus uiteindelijk autocorrectief op. De rechter omlijnt als eerste de klimaatverandering, de wetgever grijpt in waar dat noodzakelijk blijkt te zijn. Nieuwe inzichten hebben inderdaad geleid tot een hersteloperatie ten aanzien van de bijzondere opsporing. Daargelaten nog de merites van de regeling in het licht van de verdragseisen is het bijzondere vooronderzoek thans, in lijn met de nationale legaliteitstraditie, gedetailleerd geregeld in de wet. Rechten en verplichtingen in die fase zijn wettelijk vastgelegd, aan actieve rechterlijke correctie is thans weer minder behoefte. Dat wordt alleen anders indien zich wederom omvangrijke verschuivingen voordoen, of indien het hervonden balans op ondeugdelijke gronden blijkt te berusten omdat in de huidige wettelijke regeling niet beantwoord aan verdragsrechtelijke eisen, die tot ofwel verdergaande ofwel andere vormen van bescherming nopen. Als dat de interne grondslag en werking is voor rechtmatigheidstoetsing en doorwerking van normschending in het nationale recht, dan voorziet het nationale systeem op een andere wijze in bescherming. Daarmee staat geenszins vast dat een alternatieve mechanisme – dat met name gericht op is tijdelijke rechterlijk correctie, maar met name wettelijke voorstructurerung – ontoereikende rechtsbescherming biedt, ook niet in het licht van een andere vormgeving van de verdragsrechtelijke bescherming. Discrepanties in vormgeving behoeven niet problematisch te zijn: dan is het zaak om de verdragseisen inhoudelijk goed te begrijpen en te transformeren naar een modaliteit die effectief dienst doet in het nationale recht. Hoe dan ook wordt art. 359a WvSv bovendien mede gelezen in het licht ongeschreven rechtsbeginselen en grond- en mensenrechten. Ook al wordt mogelijk – ten onrechte – niet uitgegaan van een externe grondslag die verdergaande of andere bescherming vereist dan die wordt geboden in het nationale recht, een verbinding met de mensenrechtelijke sfeer wordt aldus wel gemaakt.

Anders zou het zijn waarin in het nationale recht eigenlijk geen grondslag is te vinden voor het concept van rechtmatigheidstoetsing en doorwerking van normschending, terwijl zulks, vanwege de externe grondslag daarvoor in het verdragsrecht, wél noodzakelijk is. Oftewel, als het inderdaad alleen het verdrag is die dergelijke eisen stelt, terwijl geen grondslag aanwezig is in het nationale recht, is dat problematischer. Art. 6 EVRM heeft in de visie

van Krikke 'het verbod van art. 256 lid 2 SV doorbroken'.[83] Niet het nationaal systeem zelf noopt tot een rechtmatigheidstoetsing en doorwerking van normschending, maar een van buiten het systeem komende verplichting in die gedachtegang. Als dan vastgesteld wordt dat die verplichting niet goed wordt verwezenlijkt in het nationale recht, kan de verklaring daarvoor zijn dat het nationale systeem zich – om uiteenlopende redenen, zoals een (te zwakke) rechtsbeschermingstraditie en primaatverlening aan het doel van waarheidsvinding – ten onrechte tegen een belangrijke verdragsverplichting verzet. Een verklaring kan ook zijn gelegen in het ontstaan van een te grote ambiguïteit in opvattingen over en de werking van het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel. Daaarvoor zijn indicaties te vinden in de schommelingen tussen een voorkeur voor strikte dan wel meer open wettelijke normering in de loop der tijd, sinds de invoering van het wetboek.[84] Als verhoudingen veranderen tussen wetgever, rechter en uitvoerder, waardoor meer ruimte onstaat voor nadere invulling en uitwerking van de wet door beginselen en grond- en mensenrechten, moet op een gegeven moment een balans, een nieuwe solide identiteit van strafvorderlijke legaliteit worden hervonden. Zulks is bepalend voor de mate waarin rechterlijke correctie wenselijk is. Zo ogenschijnlijk nog uitgegaan wordt van een primaat van de wetgever, terwijl de strafvorderlijke normen daarvoor te open zijn, is een zwakke rechtmatigheidstoetsing en doorwerking van normschending wel bezwaarlijk, en, vanuit de externe (verdragsrechtelijke) grondslag bezien, zondermeer ontoereikend.

Hoe dan ook is van belang om een goed begrip te ontwikkelen van de verdagseisen in dit verband, ook is dat alleen maar om vast te stellen dat de daarin voorgeschreven bescherming in het nationale recht in voldoende mate, doch op andere wijze tot stand wordt gebracht. De analyse van Van Woensel, op basis van haar intepretatie van de verdragsrechtspraak dat art. 6 EVRM '(...) een veel zwakkere basis (biedt) voor de sanctionering van onrechtmatig verkre-

83 Ibidem, p. 292.

84 Gewezen moet worden in dat verband op recente ontwikkelingen in strafvordering, waarbij steeds meer wordt gewerkt lagere strafvorderlijke regelingen (zie in dat verband ook de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, maar ook verschillende wijzigingen van het wetboek in verband met het met het project Strafvordering 2001 samenhangende wetgevingsprogramma. (Zie in verband met het zogeheten 'Strafvordering 2011': Algemeen kader herziening Wetboek van Strafvordering; Brief minister met een overzicht van relevante ontwikkelingen ten aanzien van de herziening, Tweede Kamer, vergaderjaar 2007-2008, 29271, nr. 7), en met meer open normen. In dat laatste verband valt te denken aan de laatste herziening van de regeling van de bijzondere opsporing in verband met terrorismebestrijding en aan voorstellen in de richting van een aparte procedure in verband met schadevergoeding naar aanleiding van strafvorderlijk optreden, die worden gekoppeld aan en wenselijk worden bevonden in het licht van de invoering van zeer open bijzondere opsporingsnormen (in verband met terrorismebestrijding) en die weer wijzen in de richting van een voorkeur voor rechterlijke correctie achteraf.

gen bewijs',[85] dan art. 1 Sv,[86] kan in ieder geval niet zonder uitgebreide beschouwing van de verdragsrechtspraak, worden overgenomen.

Uitgegaan kan in ieder geval worden van de gedateerdheid van de regeling van art. 256 lid 2 WvSv. De bepaling is geschoeid op oude leest en gaat niet uit van het vooronderzoek zoals dat gestalte heeft in het nationale recht. In de oorspronkelijke opmaak van het wetboek veronachtzaamde art. 256 lid 2 WvSv niet de essentiële verbinding die thans bestaat tussen de fase van het vooronderzoek en het eindonderzoek. Het vooronderzoek ontwikkelde zich pas later tot primaire fase van informatievergaring. Met de doorstroom van de in die fase verkregen informatie naar het eindonderzoek werd de geïsoleerde beschouwing van de twee fasen onmogelijk en de 'hermetische' afsluiting daarvan bezwaarlijk. Die doorwerking van voorfase-informatie naar de eindfase maakte de niet naleving van voorschriften in de voorfase relevant. Dat art. 256 lid 2 WvSv nog altijd is opgenomen in het Wetboek van Strafvordering behoeft niet te worden verklaard, die bepaling dient te worden geschrapt**.** Of de tegenstrijdigheid nu wordt opgelost door een beperkte interpretatie van die bepaling zelf, door de interpretatie daarvan binnen de – via art. 1 WvSv te bereiken – grotere context van het aan de tekst van de wet achterliggende sfeer van ongeschreven beginselen of grond- en mensenrechten, of door de gedateerdheid van de bepaling, feitelijk komen alle verklaringen neer op een ontkenning van de tekst ervan.

3.2.3 Resumptie en conclusies

In de oorspronkelijke structuur van het wetboek was geen, althans geen geprononceerde of duidelijke, uitwerking van het concept van rechtmatigheidstoetsing van het vooronderzoek en doorwerking van normschending in het eindonderzoek. Dat kan worden verklaard vanuit de sterke binding van het

85 A.M. van Woensel, a.w., p. 147.

86 Ibidem. In de gedachtegang van Van Woensel is evenwel de volgende nuancering te vinden. In verband met art. 359a WvSv gaat haar voorkeur, volgens haar, in navolging van Embregts, uit naar een 'meer grondrechtelijke benadering'. Ibidem, p. 156, p. 158 en p. 147 (bij dat laatste, met verwijzing naar M.C. D. Embregts, a.w, p. 320 e.v.). Dat moet aldus worden begrepen: hoewel Van Woensel in art. 6 EVRM niet een sterke of voor het nationale recht geschikte (zie in dat laatste verband ook haar verwijzing naar: J.W. Fokkens, Recht in vorm, DD 1993, p. 907-908, Ibidem, p. 148, noot 97), grondslag ziet voor het toetsings- en doorwerkingsconcept, erkent zij wel dat het EHRM '(...) een aantal belangrijke uitspraken (heeft) gedaan (...) '(...) over de inhoudelijke kanten van de bewijsvergaring', zoals het nemo tenetur-beginsel. Ibidem, p. 140. Van Woensel ziet derhalve wel de meerwaarde van het verdrag op het niveau van opsporingsnormen zelf, zij erkent evenwel geen sterke basis in het verdrag voor het toetsings- en doorwerkingsconcept zelf. Van Woensel ziet overigens in de verdragsrechtspraak een andere, door haar beter gewaardeerde omgang met de Schutznormleer bij de toetsing van vormverzuimen in het vooronderzoek, zie: A.M. van Woensel, a.w., p. 145-146.

strafvorderlijk systeem aan het (inquisitoire) waarheidsvindingsdoel, de strikte wettelijke constellatie (met name verwerkt in art. 256 lid 2 WvSv) en de onderontwikkeling van een op dit terrein toegespitst grond- en mensenrechtenconcept.

Veranderingen, enerzijds in de werking en begrip van legaliteitsbeginsel en de taakverdeling tussen wetgever, rechter en uitvoerder en anderzijds in de ontwikkeling van de mensenrechtelijke sfeer, zorgden voor een lacuneuze situatie. Het overheidsoptreden in het vooronderzoek werd niet langer geacht volledig door de wet te zijn omschreven en de door de wet niet omschreven toepassingen bleken vanuit het rechtsbeschermingsperspectief gevoelig te zijn. De rechter werd daardoor genoodzaakt zich te emanciperen van zijn wettelijk voorgeschreven toetsingstaak, en zocht de achter de wetstekst liggende sfeer van ongeschreven beginselen en mensenrechten als toetsingskader op.

Onduidelijk is hoe die ontwikkeling moet worden gewaardeerd: als een van binnen het systeem uit voortvloeiende taak, of door een van buiten opgedrongen noodzaak. Dat verschil is van belang voor de waardering van de terughoudendheid die kan worden gesignaleerd bij de uitvoering van de rechtmatigheidstoetsing door de rechter.

Enerzijds kan het debat ten aanzien van rechtmatigheidstoetsingseisen ten opzichte van het vooronderzoek met de invoering van de Wet Vormverzuimen[87] als finaal door de wetgever beslecht, afgesloten worden geacht. Met die wet is niet alleen het stelsel van nietigheden hoofdzakelijk opgeheven, maar is ook de bepaling van art. 359a WvSv, waarmee is voorzien in een duidelijke rechtsgrond voor de rechtmatigheidstoetsing, ingevoerd. De rechtmatigheidstoetsing van het vooronderzoek heeft thans derhalve wel een uitdrukkelijke plaats gekregen in het wetboek, de rechter heeft de plicht die taak ook uit te voeren, bovendien ook de vrijheid het vooronderzoek te onderwerpen aan een zo integrale rechtmatigheidsbeoordeling als hij wil.

Anderzijds blijft de discussie omtrent de rechtsgrond van de rechtmatigheidstoetsing toch zijn belang behouden, mede vanwege de beperkte wijze waarop de rechter gestalte geeft aan zijn bevoegdheden in art. 359a WvSv. Bepaalde kanttekeningen kunnen daarbij ook worden gezet bij de opzet van de wettelijke regeling van de rechtmatigheidstoetsing en de daaruit blijkende (ernst van de) bedoelingen van de wetgever ter zake. In de eerste plaats is merkwaardig dat met de Wet Vormverzuimen art. 256 lid 2 WvSv niet is verwijderd of aangepast. De tekst van die bepaling strijdt rechtstreeks met die van art. 359a WvSv, de simultane aanwezigheid van de twee bepalingen is daardoor onbegrijpelijk. Moet de handhaving van art. 256 lid 2 WvSv in het wetboek zo worden begrepen dat de wetgever aan de bepaling betekenis blijft toekennen? Blijkt daaruit dat, ondanks de wettelijke regeling van art. 359a WvSv, het uitgangspunt van het wetboek er één is van veronderstelde recht-

87 Wet van 14 september 1995 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering (Wet Vormverzuimen), Staatsblad 1995, 441.

matigheid, tenzij er (bijzonder veel) aanleiding is om tot een andere conclusie te komen? Is de simultane handhaving van beide bepalingen een uiterst verwarrende vorm van wetssytematiek, waarbij de rechter in de tegenstrijdigheid een verborgen boodschap van uiterste terughoudend bij de rechtmatigheidstoetsing moet inlezen? Omvat de verborgen boodschap als wens van de wetgever dat hij nog altijd wil vasthouden aan zijn primaat en dat de rechter daarom alleen in de meest ernstige, meest duidelijke gevallen kan optreden? Waarom heeft de wetgever in dat geval er niet voor gekozen het stelsel van nietigheden aan te houden, zelfs uit te breiden, zodat uit het systeem van de wet duidelijk zou blijken welke kleinere restruimte voor de rechterlijke rechtmatigheidstoetsing overbleef?

Moet dezelfde conclusie – ten aanzien van een zwak bedoelde rechtmatigheidstoetsing – worden gekoppeld aan de keuze van de wetgever om het rechtmatigheidstoetsings- en doorwerkingsconcept niet op te nemen als separate vraag in het rechterlijk beslissingsmodel? Dat concept heeft daarmee nog altijd geen plaats veroverd in het epicentrum van de rechterlijke toetsingsarbeid. Zelfs de status van een formele voorvraag heeft zij niet: zij hangt, als eventuele bijkomstigheid, achter de motiveringseisen in de artikelen 358 en 359 WvSv aan. Dat draagt er niet toe bij dat de rechter zich geroepen voelt de rechtmatigheidstoetsing als kerntaak op te vatten.

In de tweede plaats blijft de discussie over aard en omvang van de rechtmatigheidstoetsing acuut vanwege het uitblijven, ook op basis van art. 359a WvSv, van een zeer actieve toetsing door de rechter. Ook vóór de invoering van art. 359a WvSv toonde de Hoge Raad, ondanks dat hij de taak van rechtmatigheidstoetsing zelf ter hand nam, zich geneigd maar een krappe ruimte te zien voor de koppeling van negatieve rechtsgevolgen aan vormverzuimen. In het Zwolsman arrest[88] is daarvoor uiteindelijk een zeer strikt toetsingskader geïntroduceerd, waarbij met name de 'zwaarste' mogelijkheid in dat verband, de niet-ontvankelijk verklaring van het openbaar ministerie, aan zulke zware eisen is gekoppeld dat deze welhaast onbeschikbaar is geworden. Niet in de laatste plaats wordt de betekenis van art. 359a WvSv aanzienlijk beperkt door de aanhoudende toepassing, door de Nederlandse rechter, van de strafvorderlijke *Schutznorm*leer, naast andere excepties die (de noodzaak tot doorwerking van) normschending relativeren.

88 HR 19 december 1996, NJ 1996, 249. De beperkte houding die de Raad aanhangt ten opzichte van de koppeling van negatieve rechtsgevolgen aan onrechtmatig handelen is bovendien niet beperkt tot de sfeer van art. 359a WvSv en daarmee de vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek. Ook bij vormverzuimen buiten het voorbereidend onderzoek – te denken valt met name aan onrechtmatig handelen in de sfeer van de vervolgingsbeslissing – is de ruimte daarvoor maar zeer krap bemeten. Ondanks een incidentele beweging in de richting van een nieuwe grond voor niet-ontvankelijkheid in dat verband in het Karman arrest (HR 1 juni 1999, NJ 1999, 567), blijft de Hoge Raad ook op dat terrein onverbiddelijk strikt. Zie HR 8 april 2003, NJ 2003, 349.

Na de invoering van art. 359a WvSv, is de activiteit van de rechter niet naar een hoger niveau getild. Sterker nog, de toepassing van art. 359a WvSv is thans aan zoveel voorwaarden gebonden, dat een succesvol beroep daarop, zeker wanneer de verdediging niet de uiterste inspanning vertoont in de vorm van een heldere en overtuigende onderbouwing van daartoe strekkende verweren, zeer moeilijk is.[89] De bepaling fungeert als het ware meer om het verbinden van dergelijke gevolgen te beperken dan te bevorderen. Toetsing via dat strikte kader maakt juist dekking van vormverzuimen achteraf mogelijk: twijfelachtig is dan ook of hier sprake is van een reëel handhavingsmechanisme voor de bevordering van de naleving van strafvorderlijke vormen. De houding van de Hoge Raad ter zake moet worden betreurd: een mogelijkheid om betere naleving van vormen af te dwingen wordt niet daadkrachtig benut.

Zeker neemt de rechtmatigheidstoetsing en doorwerking van normschending in het nationale recht niet de vorm aan van een rechtmatigheidstoetsing van de wetgeving *in abstracto*, ofwel een afwijzing van wel in overeenstemming met het nationale recht uitgevoerde concrete vervolgingen, op basis van de strijdigheid van de daartoe verlof verlenende regelingen met het EVRM. De strafrechter blijft nog altijd zeer terughoudend in het aanbrengen van correcties ter zake. Ook toen bleek van vergaande lacunes in de wettelijke regeling ten aanzien van de niet wettelijke genormeerde bijzondere opsporing, stelde de rechter zich niet bijzonder correctief op. Veelal werd uitgedrukt dat het ontbreken van normering onwenselijk was, maar in het concrete geval werd het optreden in het vooronderzoek veelal acceptabel geacht.

Moet dat worden verklaard uit het voorgaande, namelijk de vormgeving die de wetgever heeft gekozen voor de wettelijke basis voor de rechtmatigheidstoetsing en doorwerking van normschending? Heeft de rechter inderdaad daardoor de boodschap meekregen dat er geen serieus werk behoeft te worden gemaakt van de rechtmatigheidstoetsing en dat de rechtsbescherming van de verdachte in het vooronderzoek nog altijd ondergeschikt moet worden geacht aan het doel van de materiële waarheidsvinding?

De wenselijkheid van juist het terugdringen van de invloeden die vormverzuimen kunnen hebben op geslaagde vervolgingen bleek recenter weer in de toelichting op de wetswijziging waarbij art. 430 (oud) WvSv uit het wetboek werd geschrapt. Tegen deze in de ogen van de wetgever 'betrekkelijk bescheiden correctie ten nadele van de verdachte'[90] kon niet opwegen het voordeel dat zou ontstaan door de opheffing van de bescherming van vrijspraken in cassatie. Daarmee is immers het cassatietoezicht op de toepassing en ontwikke-

89 Zie: HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376, m.nt. YB, waarin de Raad een uiteenzetting doet van zijn algemene uitgangspunten ter zake en HR 21 december 2004, NJ 2005, 172.

90 Wijziging van het Wetboek van Strafvordering strekkende tot het openstellen van beroep in cassatie tegen vrijspraken alsmede het doen van uitspraak door de enkelvoudige kamer bij het niet naleven van de schriftuurverplichting; Memorie van toelichting, Kamerstukken II, vergaderjaar 2001-2002, 28204, nr. 3, p. 2.

ling van het leerstuk van de bewijsuitsluiting open gesteld. De teneur van de toelichting biedt inzicht in een vrees dat een te brede toepassing zal worden gegeven aan het leerstuk, niet alleen in algemene zin, maar ook in de concrete strafzaak.

> 'Verbindt de feitenrechter aan een onrechtmatigheid de consequentie van bewijsuitsluiting en komt hij op grond daarvan tot een vrijspraak, terwijl die bewijsuitsluiting in de ogen van de Hoge Raad ten onrechte heeft plaatsgevonden, dan heeft ons hoogste rechtscollege geen mogelijkheden om de vrijspraak, die een buitengewoon ernstig misdrijf kan betreffen, te redresseren'.[91]

Noch de wetgever, noch de rechter geven dus blijk van voornemens tot een vergaande rechtmatigheidstoetsing. De (beperkte) feitelijke werking van art. 359a WvSv is uiteraard van groot belang bij een vergelijking van het nationale niveau van rechtsbescherming met die welke verplicht wordt gesteld vanuit het verdrag. Waar ondanks het bestaan van wettelijke mogelijkheden tot rechtmatigheidstoetsing en doorwerking van normschending een effectieve handhaving van verdedigingsrechten toch uitblijft, kunnen vraagtekens worden gezet bij de overtuiging ten aanzien van de noodzaak voor toetsings- en doorwerkingsconcept en de acceptatie daarvan in het nationale recht. Waar de noodzakelijke rechtsbescherming in het vooronderzoek ook niet (op voldoende wijze) via een ander mechanisme – de wettelijke regeling zelf – wordt bewerkstelligd, (mede) vanwege het ontbreken van wettelijk gedicteerde gevolgen bij niet-naleving van die regelingen, is er aanleiding om te twijfelen aan de merites van de thans geboden bescherming.

3.3 Toetsing van de eerlijkheid van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs, in het verdrag

3.3.1 Grondslag en vormgeving van het recht op een eerlijk bewijsgebruik

Het EVRM bevat wél de eis dat de probiteit van het vooronderzoek door de zittingsrechter wordt getoetst, en dat de rechter aan bepaalde normschendingen bepaalde gevolgen koppelt. Gesteld is dat de ter zake doende eisen in het verdrag samenvallen met (1) *admissibility* (en *exclusionary*) standaarden ten aanzien van bepaalde typen normschendingen, (2) de eis dat de rechter probiteitskwesties afdoende onderzoekt, en (3) de eis dat bepaalde procesrechten die de verdachte heeft in het kader van zijn verzet tegen de beschuldiging in inhoudelijke zin, ook kunnen worden ingezet in het kader van de toetsing van de eerlijkheid van het bewijsgebruik. Daarbij hoort dat de rechter het bewijsgebruik motiveert en uitgaat van een bewijsminimumregel.

91 Ibidem, p. 1.

Buiten dat mechanisme zijn ook andere grondslagen te vinden in het verdrag die de strekking hebben lidstaten te verplichten in ieder geval te voorzien in een (rechterlijke) reactie op onrechtmatigheden in het vooronderzoek. Dergelijke mechanismen zijn van belang, vooral waar een onrechtmatigheid niet worden gevolgd door bewijsgebruik. In de eerste plaats kan worden genoemd de eis, in art. 13 EVRM, dat effectieve remedies moeten openstaan in nationale rechtsordes bij schending van een verdragsrecht. Ook de verdachte wiens rechten zijn geschonden in het vooronderzoek moet derhalve over een effectief middel beschikken zich daarover te beklagen. Art. 13 EVRM eist niet dat het middel bestaat uit rechterlijke toetsing. Waar een schending gekoppeld kan worden aan een strafvervolging, eist het recht op toegang als bedoeld in art. 6 EVRM wél een rechterlijk middel. Uitgaande van de mogelijkheid die de verdachte steeds heeft – via art. 359a WvSv, maar ook via een beroep bij de civiele rechter – zich bij een rechter te beklagen over mensenrechtenschendingen in het vooronderzoek, is de verenigbaarheid van het nationale recht met het recht op een effectieve remedie en het recht op toegang niet problematisch te achten.[92]

Centraal staat evenwel het mechanisme van rechtmatigheidstoetsing in art. 6 EVRM dat gestalte krijgt via het recht op een eerlijk bewijsgebruik. Dat deelrecht geeft de burger het recht op een toetsing van de eerlijkheid van het bewijsgebruik in het eindonderzoek, gelet op wijze waarop het bewijs is verkregen in het vooronderzoek. In principe geeft het recht op eerlijk bewijsgebruik, doordien daar wel een concrete (tastbare) link tussen voor- en eindonderzoek geëist wordt in de vorm van een uit het eerste voortvloeiend bewijsgebruik, een beperkte bescherming. Rechtmatigheidstoetsing in het verdrag komt, waar het een basis heeft in art. 6 EVRM, daarom neer op de toetsing van de eerlijkheid van het bewijsgebruik. Het effect is echter hetzelfde als de rechtmatigheidstoetsing in het nationale recht: bezien wordt of normschending in het vooronderzoek tot een bepaald gevolg moet leiden in het eindonderzoek. De nationele regeling is evenwel ruimer, in die zin dat ook buiten bewijsgebruik, andere gevolgen kunnen worden verbonden aan normschending.

Alvorens nader op het recht op een eerlijk bewijsgebruik wordt ingegaan, dient vooraf te worden opgemerkt dat niet onverdeeld wordt erkend dat in art. 6 EVRM eisen bestaan ten aanzien van toetsing en doorwerking van normschending in het vooronderzoek. Zo ziet Prakken in het eerlijk-proces-recht niet de eis van rechtmatigheidstoetsing:

> '(h)oewel bij inbreuk op grondrechten door onrechtmatig toegepaste dwangmiddelen al gauw aan schending van het EVRM gedacht kan worden, is een probleem dat het EHRM altijd heeft geweigerd de 'exclusionary rule' tot verdragsrecht te

92 Dat is door het EHRM ook bevestigd. Zie: Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 25 november 2005, *Aalmoes e.a. v. Nederland*, Appl.nr.: 16269/02.

> bestempelen, hoewel artikel 6, lid 2, waarin het beginsel van de presumptio innocentiae is vastgelegd, daartoe wel een duidelijk aanknopingspunt biedt. De beoordeling van het bewijs, ook van de rechtmatigheid ervan, is echter door het EHRM altijd aangemerkt als een kwestie die alleen de nationale rechter aangaat. Het EHRM houdt zich, zo lijkt het, binnen het kader van artikel 6 EVRM niet bezig met de sancties door de nationale rechter te verbinden aan schendingen van de nationale wet, ook niet wanneer de schending van die nationale wet tevens een verdragsrecht betreft. En nog veel minder wanneer de rechtmatigheid van het bewijs het gevolg is van schending van nationale regels van strafvordering die niet speciaal een verdragsrecht beschermen'.[93]

Het enige raakvlak tussen het verdrag en de onrechtmatige bewijsvergaring is volgens haar daarin te vinden dat onrechtmatig verkregen bewijs '(...) vaak een kwestie (is) van onrechtmatig toegepaste dwang- of opsporingsmiddelen', die 'doorgaans een inbreuk op privacyrechten van degene tegen wie ze zijn toegepast (opleveren)': de verdragsrechtelijke bescherming voor het vooronderzoek ligt, aldus Prakken, dan ook eerder in artikel 8 dan in artikel 6 EVRM.[94]

Toch ziet zij vervolgens in een 'geïntegreerde interpretatie van artikel 6 en 8 EVRM' wel een basis voor rechtmatigheidstoetsing in het verdrag, en wel in de vorm van de volgende paradox:

> '(...) het EHRM erkent, anders dan de Hoge Raad, de 'exclusionary rule' niet als norm in het strafproces (artikel 6 EVRM), maar eist in gevallen waarin de onrechtmatigheid van het bewijs in een strafzaak bestaat uit schending van een in artikel 8 EVRM erkend grondrecht (wat bij onrechtmatige dwangmiddelen meestal het geval is) een verdergaande rechtsbescherming dan de Hoge Raad, en het eist die rechtsbescherming bovendien onder omstandigheden (...) in het kader van de strafzaak.'[95]

Buruma erkent wel het bestaan van de rechtmatigheidstoetsingseis in art. 6 EVRM. Daar krijgt de toetsingseis volgens hem wel op andere wijze gestalte dan in het nationale recht: het gaat in art. 6 EVRM niet '(...) om de vraag of verdachte in een belang is geschaad', (zoals de vraagstelling luidt in het nationale recht) 'maar om de vraag of met de overtreden norm de eerlijkheid van het proces van verdachte was aangetast'.[96] Embregts ziet daarin een onwenselijke en niet noodzakelijke herinterpretatie van de relativiteitseis.[97] Voor het zoeken van een rechtsgrond voor de rechtmatigheidstoetsing in art. 6

93 T. Prakken, De strafprocessuele schutznormleer gerelativeerd, NJB 1999, nr. 6, p. 246.
94 Ibidem.
95 Ibidem, p. 249.
96 Y. Buruma, Onrechtmatige opsporing, DD 2002, p. 201, aangehaald door Embregts in: M.C.D. Embregts, aant. 5.9 op art. 359a (suppl. 119, december 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a.
97 M.C.D. Embregts, aant. 5.9 op art. 359a (suppl. 119, december 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

EVRM is voorts maar een beperkte noodzaak in haar visie, namelijk alleen waar het nationale recht voor bepaalde soorten verzuimen geen bescherming biedt.[98] Simmelink analyseert de rechtspraak van het EHRM aldus: '(d)eze benadering brengt mede dat het Hof geen algemene uitspraken doet over de toelating van bewijsmiddelen in het algemeen, ook niet als bewijsmiddelen naar nationale maatstaven wellicht als onrechtmatig verkregen moeten worden aangemerkt'[99] en komt tot de conclusie dat: '(d)e belangrijkste constatering (...) thans evenwel is dat art. 6 EVRM geen argumenten aandraagt die sturend zijn voor de vormgeving van het wettelijke bewijsrecht in strikte zin. De in dit verband te maken afwegingen en keuzes zijn vooralsnog overgelaten aan de nationale wetgever'.[100] Baaijens van Geloven daarentegen, stelt dat '(h)et Europees Hof (...) de consequentie van onrechtmatige bewijsverkrijging (...) niet altijd aan de nationale rechter over (laat)'.[101]

De meningen zijn in dit verband, kortom, verdeeld. Hier wordt ervan uitgegaan dat art. 6 EVRM wél een rechtmatigheidstoetsingseis omvat en dat die eis te vinden is in de bovengenoemde in de bepaling werkzame mechanismen. De verklaring van andersluidende visies daarop moet zijn dat de verdragsrechtspraak ter zake tamelijk jong is, en op zeer subtiele wijze tot ontwikkeling is gekomen. Aan de zichtbaarheid van die ontwikkeling draagt inderdaad niet bij dat het EHRM – nog altijd – aan elke bewijsrechtelijke beoordeling in deze zin de standaardformulering doet voorafgaan dat art. 6 EVRM in principe geen regels omtrent de toelaatbaarheid van bewijs bevat. De inmiddels omvangrijke rechtspraak warain het Hof in dit verband actief toetst, spreekt die terughoudendheid evenwel tegen.

3.3.2 De betekenis van het door het EHRM aangehouden adversaire uitgangspunt bij art. 6 EVRM

Alvorens tot een uiteenzetting van die verdragsrechtelijke mechanismen wordt overgegaan, dient in te worden gegaan op de aan de verdragsrechtelijke rechtmatigheidstoetsing te verbinden doelen. Die bepalen immers, zoals geldt voor alle verdragsrechten, de strekking van de door die rechten geboden bescherming.

Het ontbreken van de eis van rechtmatigheidstoetsing van het vooronderzoek in het nationale recht is mede gekoppeld aan het inquisitoire karakter van het vooronderzoek. Aan een inquisitoire procesopmaak zijn twee, onder-

98 M.C.D. Embregts, aant. 5.9 op art. 359a (suppl. 119, december 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

99 Eerste Interimrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, p. 412, met verwijzing naar EHRM 12 juli 1998, A, 140.

100 Ibidem, p. 413.

101 M.C. Groenhuijsen/G. Knigge (red.), Afronding en verantwoording, Eindrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Kluwer, Deventer, 2004, p. 350.

ling samenhangende aspecten verbonden, namelijk dat de verdachte daarin niet als drager van rechten wordt gezien, maar als object van onderzoek, en dat als procesdoel moet worden aangenomen de materiële waarheidsvinding. Vanuit dat perspectief kan de volgende redenering worden opgebouwd, namelijk dat nu de waarheidsvinding dominant is als procesdoel, de uitkomst van een strafvervolging niet kan worden beïnvloed door onrechtmatigheden in het vooronderzoek (maar ook niet in het eindonderzoek) wanneer de waarheidsvinding duidelijk een bepaalde uitkomst dicteert. Waar de hoedanigheid van de verdachte verandert, in die zin dat hij als drager van (meer) rechten wordt erkend, brengt dat verandering in de wijze waarop niet-naleving van normen, die mede strekken tot zijn bescherming, dienen te worden gewaardeerd. In hoeverre domineert echter in het verdrag het doel van waarheidsvinding ten opzichte van het belang van probiteit in verband met de rechten van de verdachte?

Gesteld is dat het probiteitsdoel duidelijk figureert in de verdragsrechtspraak, doch dat onduidelijk is in welke verhouding zij staat tot het doel of belang van waarheidsvinding. Interessant is dan te bezien waaraan het probiteitsdoel kan worden gekoppeld in art. 6 EVRM. Waarom moet eerlijkheid mede in die zin worden gelezen dat bij strafvervolging bepaalde normen worden nageleefd? Heeft dat te maken met de adversaire insteek die het Hof bij art. 6 EVRM kiest?

In het tweede hoofstuk is kort aangestipt dat *'legitimate dispute resolution'* behoort tot de *'incidents of adversarialism'*. Brengt dat concept met zich mee dat een grotere invloed kan worden toegekend aan normschending in het onderzoek omdat *dispute resolution* niet legitiem zal zijn wanneer de wijze waarop de uitkomst van het geding is bereikt onbevredigend is? Kan die invloed zo groot zijn dat de waarheidsvinding daardoor ter zijde kan worden gesteld? Daarvan lijkt geen sprake te zijn. Zo wordt de keuze voor een adversaire procesopmaak in de Verenigde Staten niet gezocht in een hogere waardering van een concept als *legitimate dispute resolution*, maar in een *andere waardering* van de beste manier waarlangs de materiële waarheidsvinding kan worden gediend:

> '(d)e traditionele Amerikaanse opvatting luidt dat de adversaire wijze van procesvoering het meest geschikt is om te achterhalen welke gebeurtenissen zich in de historische werkelijkheid hebben voorgedaan: door de visies van de officier van justitie en de verdachte in alle hevigheid met elkaar te confronteren, is de kans het grootst dat de waarheid naar boven komt'.[102]

102 A. Beijer, Bedreigde getuigen in het strafproces, Dissertatie Utrecht, Gouda Quint, Deventer, p. 77.

Zulks wordt wel de *fight theory* genoemd: bij adversaire procesvoering past daarom de notie van gelijkheid van wapenen: het gevecht kan niet serieus worden genomen zonder dat de partijen gelijkwaardige mogelijkheden hebben om de eigen posities te onderbouwen. Daarbinnen past weer dat de rechter zich inhoudelijk lijdelijk opstelt, en eigenlijk tot taak heeft te garanderen dat die gelijkheid bewaakt wordt.[103]

Zo bezien verzet de adversaire procesvorm zich geenszins tegen dominantie van het doel van materiële waarheidsvinding. Alleen de visie op de beste manier om de waarheidsvinding te bewerken is anders. Het onderscheid tussen de mate waarin procesrechten worden toegekend aan de verdachte moet dus worden verklaard uit een andersluidende visie op de meest effectieve wijze waarop dat doel verwezenlijkt dient te worden. In het adversaire stelsel wordt er van uitgegaan dat daarvoor noodzakelijk is dat de verdediging haar eigen belangen effectief moet kunnen behartigen en te dien einde over gelijke mogelijkheden moet kunnen beschikken. In 'inquisitoire' stelsels is het vooral de rechter die de effectieve verwezenlijking van rechten dient te waarborgen. Vanuit die optiek is het rechtsbescherming in een adversair proces niet een doel in zichzelf, maar juist een middel, dat het eigenlijke doel, de waarheidsvinding, faciliteert. De verdachte heeft bepaalde 'gelijkheidsrechten' opdat hij zijn processtandpunt over de inhoudelijke beschuldiging goed kan adstrueren.

Waar art. 6 EVRM aldus zou moeten worden gelezen dat het probiteitsconcept juist georienteerd is deugdelijke waarheidsvinding, zou dat neerkomen op het door Buruma gesignaleerde uitgangspunt van de nationale rechtspraak in verband met art. 359a WvSv. Rechtmatigheidstoetsing, ofwel de effectieve naleving van de rechten van de verdachte in het vooronderzoek, is dan (eerder) aangewezen wanneer die naleving een betekenis kan hebben voor de materiële waarheidsvinding, ofwel de bewijsvraag.

In een andere visie wordt in de Verenigde Staten de link tussen de adversaire procesvoering en het doel van de materiële waarheidsvinding wel betwist. Ontkend wordt dat de adversaire vorm inderdaad kan leiden tot betere materiële waarheidsvinding, juist omdat de partijdige inbreng ertoe kan leiden dat relevante informatie buiten beschouwing wordt gelaten waar dat niet dienstig is aan het eigen standpunt.[104] Adversaire procesvoering en gelijkheid van wapenen zijn dan niet te zien als doel, maar als middel, en wel als ondeugdelijk middel tot materiële waarheidsvinding. Zo bezien kan, ten behoeve van een succesvolle waarheidsvinding, juist de voorkeur worden gegeven aan de

---

103 Ibidem, met verwijzing naar: J. Frank, Courts on trial: myth and reality in American Justice. Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1949, p. 80: 'They think that the best way for a court to discover the facts in a suit is to have each side strive as hard as it can, in a keenly partisan spirit to bring to the court's attention the evidence favorable to that side'.

104 A. Beijer, a.w., p. 77, met verwijzing naar: G. Goodpaster, On the theory of American adversarial trial. In: Journal of Criminal Law and Criminology, 1987, p. 122.

integere vervolger en rechter, die vanuit een professionele positie – van waaruit zij ook beschikken over de nodige middelen om de waarheid te onderzoeken – veel beter gepositioneerd zijn een objectieve gedingvoering te bewerken. Uitgaande van dat standpunt zou dan de keuze van het EHRM voor de adversaire, gelijk bewapende procesvorm, in een nationaal stelsel als dat van Nederland, waarin de materiële waarheidsvinding als procesdoel dominant is, minder goed kunnen uitvallen.

De verklaring voor het aanhouden van het adversaire uitgangspunt kan dan niet worden gevonden in de bijdrage die dat levert aan de goede waarheidsvinding, maar moet aan een ander procesdoel worden gekoppeld. Wat dat andere doel betreft: Damaška noemt in dit verband, als hoofddoel van het strafproces de conflictoplossing tussen overheid en burger:

> '(i)n een dergelijke situatie is het cruciaal dat beide procespartijen evenveel kans hebben het debat op de zitting te winnen en richt de aandacht zich voornamelijk op de procedure. Wil de strijd een eerlijke zijn dan moeten de procedureregels op de juist wijze worden toegepast en op strikte wijze worden gehandhaafd. De notie van een materieel rechtvaardig oordeel raakt hierbij op de achtergrond. Als het strafproces zuiver als een strijd wordt opgevat, is de enige legitimatie van de eindbeslissing dat de procedureregels in acht zijn genomen'.[105]

Damaška meent dan ook dat Europese inquisitoire processen en Amerikaanse adversaire processen juist niet dezelfde doelen hebben: de materiële waarheidsvinding wordt in inquisitoire processtijlen nagestreefd, terwijl de adversaire juist gericht zijn op conflictbeslechting.[106]

Zo bezien zou de uitleg van art. 6 EVRM, en de binnen dat verband te verwezenlijken eerlijk bewijsgebruik, wel anders kunnen uitvallen. Wanneer immers de materiële waarheidsvinding (volledig) wegvalt als doel en de inachtneming van de procedureregels als enig processtreven moet worden aangenomen, heeft dat ook betekenis voor de regels van het opsporingsonderzoek. Als (naast het eindonderzoek, ook) het opsporingsonderzoek niet conform de voorgeschreven procedures heeft plaatsgevonden, kan de conflictoplossing niet worden bewerkt. Het belang van de naleving van (proces)rechten is geen middel tot verwezenlijking van een ander doel, maar een doel op zich. Het onderscheid tussen de twee lezingen van het adversaire principe leidt daarmee tot een verschil in het belang dat aan de naleving van rechten moet worden toegekend. In de eerste visie kan worden uitgegaan van een beperktere betekenis daarvan, in de tweede visie moeten de rechten ruim worden opgevat en strikt worden nageleefd.

105 A. Beijer, a.w., p. 77-78.
106 Ibidem, p. 78.

De veronderstelling dat adversaire processen de materiële waarheidsvinding niet nastreven, moet uiteindelijk toch worden afgewezen.[107] Conflictoplossing via de naleving van de procedure kan als doel worden aangemerkt, doch moet ook gezien worden als middel ter deugdelijke procesafwikkeling, in die zin dat het eindresultaat niet alleen de meest bevredigende uitkomst is voor partijen, doch ook inhoudelijk juist is. Waar een dergelijke ondergrond wellicht nog bruikbaar kan zijn in civiele procesvoering, verzetten aard en inzet van het voor de burger dwingende strafgeding zich tegen de gedachte dat de inhoudelijke juistheid van de uitkomst van ondergeschikt belang zou kunnen zijn. Veel regels in het Amerikaans strafproces zijn dan ook, aldus Beijer, zichtbaar gericht op de betrouwbaarheid van de bewijsvoering.[108]

Daaraan doet niet af, dat de conflictbeslechting wel een *belangrijkere* rol speelt in adversaire strafprocessen, zelfs in die zin dat bepaalde daarop gerichte regels de betrouwbare bewijsvoering juist in de weg kunnen staan.[109] Per saldo betekent dat dan:

> 'dat waarheidsvinding niet de enige doelstelling is die invloed heeft uitgeoefend op de wijze waarop het adversaire proces vorm heeft gekregen; aan de procedure liggen ook andere waarden ten grondslag. Men dient de adversaire structuur en de ratio van bewijs- en procedureregels tevens te bezien vanuit de achtergrond van waarden als bescherming van de burger tegen de overheid'.[110]

Op de voorgrond staan daarbij het doel van het voorkomen van (politiek) machtsmisbruik door de overheid, welk doel tot uitdrukking komt in de (juist in het voordeel van verdachten) ongelijke bewijslastverdeling, het recht op juryrechtspraak alsook in de gedachte dat schuldigen ook vrijuit moeten kunnen gaan bij oneerlijke behandeling. Het Amerikaans strafproces is aldus doordrenkt met de notie van eerlijkheid en afwending van machtsmisbruik, hetgeen een eigen stempel drukt op de concrete verwezenlijking van processen.[111]

Hoe dan ook, het maakt voor de reikwijdte van de rechtmatigheidstoetsing wel iets uit wat voor doel daaraan ten grondslag wordt gelegd, of, bij een cumulatie van doelen, welk onderling gewicht deze moeten worden geacht

---

107 Aldus ook Beijer, ibidem.

108 Ibidem.

109 Ibidem, met verwijzing naar Damaška, 1973, p. 378. M.R. Damaška, Evidentiairy barriers to conviction: and two models of criminal procedure: a comparative study. In: University of Pennsylvania Law Review, 1973, p. 378.

110 A. Beijer, a.w., p. 78-79.

111 Ibidem, p. 79. Beijer voegt daaraan nog toe dat de 'trial' in de Verenigde Staten een belangrijke symboolfunctie vervult: '(t)ijdens deze fase worden de verdachte en de overheid immers als gelijken behandeld en ligt de uiteindelijke beslissingsmacht bij gewone burgers. Dat de overheid de verdachte als een volwaardige tegenstander beschouwt en tevens de beslissingsmacht uit handen geeft, wordt gezien als een erkenning van de waardigheid van de individuele burger'. Ibidem.

te hebben. Gaat het Hof nu uit van waarheidsvinding als primair doel of van rechtsbescherming? Het Hof neemt het adversaire principe aan als uitgangspunt, maar geeft niet aan wat het daarachter liggende doel is. Een algemeen antwoord is niet te geven op die vraag, zeker niet voor wat betreft het vooronderzoek, ten aanzien waarvan de adversaire notie niet eens als principe is aangenomen: alleen een zorgvuldige analyse van de casuïstiek bij de uitwerking van de rechtmatigheidstoetsing kan daaromtrent een indicatie geven. Vastgesteld kan alleen worden dat het aangehouden doel wel van belang is voor de beoordeling van aard en reikwijdte van de verdragsverplichtingen in dit verband.

Essentieel is voorts de vraag naar de feitelijke uitwerking van de adversaire gedachte door het Hof. Uitdrukkelijk wordt dit principe aangehouden, maar worden in de rechtspraak ook de daarmee verband houdende gevolgen, wat die ook zijn, doorgetrokken?

Zonder integraal rechtsvergelijkend onderzoek gaat het niet op conclusies te trekken in dit verband. Dat onderzoek wordt hier niet beoogd en is bovendien voor het onderzoeksdoel niet noodzakelijk. Hier is immers niet van belang wat de strekking is van de adversaire principe in *common law* landen, of het Hof bepaalde keuzes zoals hierboven bedoeld (bewust) ten grondslag legt aan de lezing van art. 6 EVRM. Daarbij is niet van belang wat de *common law* dicteert: het Hof is werkzaam in een autonome context.

Van belang is daarbij het volgende. Ook al dient er van te worden uitgegaan dat het adversaire principe in common law stelsels met zich meebrengt dat het doel van *legitimate dispute resolution* die werking kan hebben dat het waarheidsvindingsdoel ondergeschikt kan worden gemaakt aan de wijze waarop de geschillenbeslechting zich voltrekt, brengt dat nog niet met zich dat daaruit voortvloeit dat in zo een stelsel defecten in het vooronderzoek per se zullen moeten doorwerken in het eindonderzoek. Het concept van rechtmatigheidstoetsing volgt aldus niet noodzakerlijkerwijs uit het adversaire principe.

In de Verenigde Staten heeft de *exclusionary rule* ten aanzien van onrechtmatig verkregen bewijs de constitutionele status. In *Mapp. v. Ohio*[112] oordeelde de *Supreme Court* dat alle bewijs dat verkregen wordt door met de Constitutie (vierde amendement) strijdige *search and seizure* moet worden uitgesloten in strafvervolgingen. In het Verenigd Koninkrijk geldt echter een geheel andere situatie. 'The traditional common law rule, streching back at least to the mid-eigtheenth century, is that the admissibility of evidence at trial is wholly unaffected by the circumstances in which it was obtained'.[113] Dat werd alleen anders '(...) since the mid-1980's, as first statutory and later human rights principles have modified the common law's traditionally indulgent approach

112 *Mapp v. Ohio*, 367 US 643 (1961), voortbouwend op *Weeks v. U.S.,* US 383 (1914). Zie ook: P. Roberts/A. Zuckerman, Criminal Evidence, Oxford University Press, 2004, p. 152.

113 Ibidem, p. 148.

towards improperly obtained evidence'.[114] Ten dele is die ontwikkeling gelegen in de invloed die het EVRM heeft uitgeoefend op het Engelse recht.[115] Opvallend is dus dat terwijl het recht op een eerlijk bewijsgebruik, zoals daaraan is vormgegeven in de rechtspraak van het EHRM sterk leunt op *common law admissibility* en *exclusionary* bewijsregels,[116] de inlijving van de regel ten aanzien van uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs in het Engelse recht gestalte kreeg onder invloed van de werking van art. 6 EVRM. Oftewel, het fenomeen van uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs volgt niet noodzakelijkerwijs uit het adversaire principe, maar steunt veel eerder op het mensenrechtelijk perspectief, dat overkoepelend geldt voor alle typen moderne strafstelsels.

3.3.3 Legaliteit en art. 6 EVRM

Hierboven is gebleken dat de erkenning van een rechtmatigheidstoetsingseis in het nationale recht – buiten art. 359a WvSv om – mede afhankelijk is van de lezing van het legaliteitsbeginsel in dat verband. Twee mogelijke interpretaties dienen zich ter zake aan. Het legaliteitsbeginsel dicteert in de eerste plaats een bepaalde taakverdeling tussen rechter en wetgever en legt het primaat bij de vaststelling van normen bij de tweede. Bij benadrukking van dat aspect van het legaliteitsbeginsel is de rechterlijke taak bij de verwezenlijking van rechtmatigheid beperkt. Ter zake doende keuzes zijn al door de wetgever gemaakt, ook ten aanzien van de aan de niet-naleving van normen te verbinden gevolgen. De rechter behoeft alleen de dictaten van de wetgever uit te voeren. In de tweede lezing wordt het legaliteitsbeginsel, via het daarin begrepen rechtsbeschermingsdoel, dogmatisch gekoppeld aan de eis van rechtmatigheids-

114 Ibidem.

115 'The concept of 'fair trial' plays an expansive, and expanding role in English criminal litigation. Contemporary English fair trial jurisprudence is a bland of common law principles and human rights law, more particularly in the form of ECHR Article 6 and local innovation under the Human Rights Act'. Evenwel, '(...) the key provision facilitating the recent development of English evidentiary rules on the fairness of trials has been a modest, and initially rather unpromising statutory provision', namelijk art. 78 Police and Criminal Evidence Act (PACE). Die bepaling luidt als volgt: '(i)n any proceedings the court refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the proceedings that the court ought not to admit it. P. Roberts/A. Zuckerman, a.w., p. 147.

116 De Engelse *admissibility* regels ten aanzien van bewijs bestaan uit twee hoofdvragen, die de rechter moet beantwoorden bij bewijsgebruik, namelijk (1) of het bewijs relevant is en (2) zo ja, of er een exclusionary regel geldt ten aanzien van het bewijs. Ibidem, p. 98. De *exclusionary* regel ten aanzien van onrechtmatig verkregen bewijs betreft dus maar één categorie van typen bewijs waarvan het gebruik in Engelse strafprocessen uitgesloten kan zijn. Zie nader daarover , P. Roberts/A. Zuckerman, a.w. p., 93-146.

toetsing. De beschermende functie van legaliteit dicteert dat de strafvordering plaatsvindt op de wijze door de wet omschreven én op de wijze door de wet voorzien. Zonder rechterlijke handhaving van die laatste eis kan het rechtsbeschermingsdoel niet worden verwezenlijkt.

Het legaliteitsbeginsel speelt, hoe dan ook, in de context van de nationale discussie over rechtmatigheidstoetsing, wel steeds een belangrijke rol. Heeft het legaliteitsbeginsel nu enige betekenis in de context van art. 6 EVRM? In het vorige hoofdstuk zijn verschillende constructies geopperd, aan de hand waarvan een legaliteitseis kan worden geconstureerd voor art. '6 EVRM materie'. Eén van die opties gaat uit van een impliciete legaliteitseis in art. 6 EVRM. Gesteld is daarbij dat enige steun is de vinden in de verdragsrechtspraak voor een dergelijke impliciete eis, met name voor wat betreft de voorwaarde dat nationale (wettelijke) regelingen dienen te worden nageleefd. Waar een verdragsrechtelijke legaliteitseis zou worden ingelezen – in ieder geval voor het nationale recht (omdat art. 1 WvSv, als wettelijke regel, dicteert dat strafvordering alleen plaatsvindt op de wijze bij wet voorzien) – zou dat betekenen dat de wijze waarop in het nationale recht aan de deelrechten in de bepaling gestalte wordt gegeven, daarop beperkingen kunnen worden gemaakt en die beperkingen dienen te worden gecompenseerd, in de wet zou moeten zijn vastgelegd. Dan zou de bepaling de eis bevatten dat het recht op oproeping en ondervraging van getuigen in de wet benoemd is, alsmede de mogelijkheden die er zijn om dat recht te beperken en dergelijke. Waar de deelrechten van art. 6 EVRM een naar voren (naar het vooronderzoek) uitstralende werking hebben, zouden toepassingen die een beperking op die deelrechten opleveren ook voorzien moeten zijn van een wettelijke grondslag. Ten aanzien van de bijzondere opsporing zou dan gelden dat het zwijgrecht, het recht niet uitgelokt te worden en dergelijke, ook wettelijk geregeld moeten zijn. Dergelijke eisen worden in de rechtspraak echter over het algemeen niet gesteld.

Als nu een dergelijke legaliteitseis in art. 6 EVRM kan worden gelezen en de eis van rechtmatigheid van het vooronderzoek en de plicht tot toetsing daarvan bij het eindonderzoek daarvan kan worden afgeleid, is het concept van rechtmatigheidstoetsing mogelijk daarop te baseren. Als het concept niet voortvloeit uit het principe van adversaire procesvoering, maar juist uit het legaliteitsprincipe, zou dat betekenen dat er juist een grotere affiniteit zou moeten bestaan tussen het concept en het sterk op legaliteit gebaseerde nationale recht dan die tussen het concept en het op adversaire principes gebaseerde *common law*. Dan ligt het juist niet in de rede te kiezen voor de uitwerking van het concept zoals dat gestalte heeft gekregen in *common law* stelsels, namelijk via de *admissibility* regels, maar via heldere wettelijke regeling van alle aspecten van het recht op een eerlijk bewijsgebruik zoals vervat in art. 6 EVRM. Dat zou aldus nopen tot een (bijzondere) wettelijke regeling van de toestings- herstel- én uitsluitingsverplichtingen, voor zover die laatste bestaan).

Door een legaliteitseis in art. 6 EVRM, met name in de context van het recht op een eerlijk bewijsgebruik in te lezen, wordt voorts een nadere sfeer van

te toetsen onrechtmatigheden in de verdragsbepaling geïncorporeerd, namelijk onrechtmatigheden die voortvloeien uit handelen (alleen) in strijd met de nationale wet. Dan maakt de verdachte ook aanspraak op verwezenlijking van zijn recht op een eerlijk bewijsgebruik, niet alleen wanneer evenetuele normschendingen samenvallen met verdragsschendingen, maar ook bij niet-naleving van het nationale recht. *In abstracto* kan worden uitgegaan van een ruimere bescherming die op dit laatste punt door het nationale recht wordt geboden dan op het niveau van het verdrag. Art. 359a WvSv is immers niet alleen van toepassing in geval van onrechtmatig handelen dat een verdragsrecht raakt, maar is ook van toepassing bij vormverzuimen ten aanzien van het nationale recht in het algemeen. Daaronder moeten niet alleen worden begrepen verzuimen ten aanzien van strafvorderlijke vormvoorschriften, maar tevens ten aanzien van het verdragsrecht en de beginselen van een behoorlijke strafvordering.

Dat het toepassingsbereik van art. 359a WvSv in theorie ruimer is dan de toetsingseis in art. 6 EVRM betekent echter niet dat de nationale rechter ook daadwerkelijk gebruik maakt van de bredere mogelijkheden die art. 359a WvSv biedt. Zeker geldt dat hij dat niet doet wanneer hij vormverzuimen alleen ernstig genoeg acht voor de koppeling van rechtsgevolgen daaraan indien die verzuimen samenvallen met een schending van een mensenrecht. De tekst van art. 359a WvSv staat ook toe dat de rechter rekening houdt met de ernst van een verzuim. Zo de rechter ervan uitgaat dat vormverzuimen die de mensenrechtelijke sfeer niet raken inderdaad (doorgaans) niet ernstig genoeg zijn voor het verbinden van gevolgen daaraan, behoeft er geen sprake te zijn van een discrepantie tussen de verdragsrechtelijke en de nationaalrechtelijke bescherming in dit verband.

In de rechtspraak van het Hof zijn, als gezegd, indicaties dat waar er wel sprake is van een wettelijke regeling, ook in gevallen waarin dat verdragsrechtelijk niet verplicht is (omdat de maatregel niet de sfeer van het privacyrecht raakt), de niet-naleving daarvan in het kader van de rechtmatigheidstoetsing wel relevant wordt geacht. Die tekenen zijn echter niet eenduidig helder en kunnen niet leiden tot algemene conclusies. De mate waarin een wettelijke regeling een rol speelt als hier bedoeld zal bij de uiteenzetting van de verschillende – voor de bijzondere opsporing relevante – toetsingskaders in het hiernavolgende steeds in het bijzonder worden belicht. Voorop dient evenwel te worden gesteld dat voor zover de verdragsrechtspraak niet onomwonden noopt tot het inlezen van een legaliteitseis in art. 6 EVRM, niets belet dat in het nationale recht van een hogere standaard wordt uitgegaan en aldus toch wordt gekozen voor wettelijke regeling van alle art. 6 EVRM rakende materie.

3.3.4 Verdragsbescherming in het licht van een veranderende opsporingsklimaat

De opkomst van rechtmatigheidstoetsing in het nationale recht is gekoppeld aan veranderingen in de aard en belang van het vooronderzoek. De ontwikkeling van de bijzondere opsporing heeft eveneens gevolgen voor de rechtmatigheidstoetsing, in die zin dat de noodzaak daartoe, vanwege de eigen aspecten van de bijzondere opsporing, groter wordt. De rechtmatigheidstoetsing dient ook te worden toegespitst op de afwijkende aspecten van de bijzondere opsporing, ofwel er moet rekening worden gehouden met bepaalde implicaties van deze vorm van opsporing.

Wat geldt ten aanzien van de noodzaak met te ontwikkelen met strafvorderlijke veranderingen voor het nationale recht, geldt eveneens voor het verdrag. Het EVRM bevat geen specifieke regeling voor het vooronderzoek. Verdragsbepalingen als art. 3 en art. 8 EVRM bevatten weliswaar opsporingsnormen, doch zijn niet toegespitst op de strafvorderlijke consequenties van schendingen van die normen in het kader van opsporingsonderzoeken. Deze bepalingen verschaffen daarmee een begin aan bescherming in het voortraject, maar stoppen voortijdig, waar het gaat om het stellen van eisen met betrekking tot de handhaving van de bescherming. Art. 6 EVRM is geschreven met het oog op het eindonderzoek. De bescherming die deze bepaling kan bieden in het vooronderzoek is alleen via extensieve interpretatie door het Hof tot stand gebracht. Bij deze bepaling geldt weer dat de bescherming mogelijk te laat begint, en niet voldoende naar voren kan uitstralen.

Ergens tussen de beschermingssferen van de twee bepalingen valt derhalve een lacune: daarin ligt het vooronderzoek, in principe onbeschermd, tenzij het Hof bereid is de bescherming vanuit de linker (art. 8 EVRM) en rechter (art. 6 EVRM) flank van de strafvorderlijke verdragsbescherming te laten uitstralen. Dat vergt steeds ingewikkelde, interpretatieve constructies. Kortom, bij voorbaat kan er niet van worden uitgegaan dat het verdrag voldoende is toegerust op bescherming bij de nieuwe opmaak van het (bijzondere) opsporingsonderzoek in strafzaken.

Ontwikkelingen van het opsporingsonderzoek hebben aldus ook in de verdragsrechtelijke sfeer tot onvoorziene gevolgen geleid. De rechtspraak ten aanzien van deze materie moet dan ook worden gekenmerkt als een reactierechtspraak. De daarin aangedragen normering voor de bijzondere opsporing vloeit niet voort uit principiële keuzes van de verdraggever.

3.3.5 Rechtmatigheidstoetsing als eis in art. 6 EVRM

De rechtmatigheidstoetsing heeft in art. 6 EVRM voornamelijk gestalte gekregen via het deelrecht op een eerlijk bewijsgebruik. Dat is, mede gelet op de hierboven genoemde lacune in het verdrag in verband met een regeling van het vooronderzoek, een voor de hand liggende vormgeving. Wil art. 6 EVRM immers kunnen worden ingezet in het kader van probiteitstoetsing van het vooronderzoek, dan moet er een wezenlijke verbinding bestaan tussen het voor- en eindonderzoek. Dat verband komt tot stand door gebruik van bewijs bij het eindonderzoek, dat in het vooronderzoek via normschending is verkregen.

Dat levert alvast een eerste beperking op die samenhangt met deze keuze voor de vormgeving van het probiteitskader in het verdrag, namelijk dat deze alleen van toepassing kan zijn bij bewijsgebruik.[117] Bij onrechtmatigheden die worden begaan in het vooronderzoek, doch waarvan de resultaten niet als bewijs worden gebruikt, worden niet dezelfde toetsingseisen gesteld als die welke gelden ingeval er wel sprake is van een bewijsgebruik. Dat brengt met zich mee dat een grote categorie van (eventuele) normschendingen die van een wezenlijk belang kunnen zijn voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het onderzoek, in principe buiten de sfeer van het verdragsrechtelijke toetsingkader valt.

Daarmee lijkt alvast te zijn gegeven dat het nationale recht ook in dit verband meer bescherming biedt. Art. 359a WvSv is niet alleen van toepassing wanneer er sprake is van uit onrechtmatig handelen voortvloeiend bewijsgebruik, doch van onrechtmatig handelen in het algemeen. Het in die bepaling voorziene rechtsgevolg van bewijsuitsluiting is weliswaar alleen geïndiceerd in geval van bewijsgebruik; overige vormen van normschending in het vooronderzoek kunnen tot andere gevolgen (niet-ontvankelijk verklaring van het openbaar ministerie, strafvermindering, vaststelling van vormverzuimen, zonder het verbinden van rechtsgevolgen daaraan). leiden.

Hoe dan ook, het Hof gaat uit van een bewijsrechtelijke basis, hetgeen met zich meebrengt dat verdragsrechtelijke bescherming alleen beschikbaar is in situaties van bewijsgebruik. Van Woensel oppert nog dat de door het Hof, bij de beoordeling van onrechtmatig verkregen bewijsgebruik, gebruikte termen als 'the use of evidence at the trial', 'in the course of the criminal trial' en 'during the trial proceedings' de suggestie wekken dat '(...) niet alleen het tot bewijs bezigen, maar ook het terechtzitting (laten) presenteren van onrecht-

117 Wanneer de beschermingsgrondslag zou worden gezocht in een legaliteitseis, zou die beperking niet bestaan. Eerlijkheid zou dan immers worden bepaald door de correcte naleving van de wet in het vooronderzoek, en niet door de effecten van het bewijsgebruik. Dat zou dan ook een veel meer op het vooronderzoek gerichte basis voor bescherming bieden.

matig verkregen bewijs niet door de beugel kan'.[118] Dat lijkt volgens haar een te '(...) ver gaande conclusie voor de Nederlandse praktijk, nu de door het EHRM gebruikte terminologie vooral voorkomt in zaken waarin de toelaatbaarheid van het bewijs in een aan de terechtzitting voorafgaande voir-dire procedure of een pre-trial hearing aan de orde was geweest'.[119]

Dat moet aldus worden begrepen. Dergelijke procedures vinden met name plaats bij Britse strafvervolgingen, waar zij gelegenheid bieden tot de bespreking van de toelaatbaarheid van bewijs in de afwezigheid van de jury. Waar de uitkomst is dat het bewijs niet toelaatbaar is, wordt de jury daarmee nimmer geconfronteerd en raakt deze daardoor niet beïnvloed. In Nederland is het steeds de rechter die over de (on)rechtmatigheid van het bewijs oordeelt – tenzij de rechter-commissaris tot afscherming is overgegaan van bepaalde informatie – en hij neemt hoe dan ook kennis van de inhoud van het voorhanden bewijsmateriaal, ook al besluit hij dat niet tot bewijs te bezigen.

In die zin lijkt de in de door het Hof gebruikte terminologie vervatte nuancering inderdaad niet van toepassing voor de Nederlandse situatie. Dat kan anders zijn wanneer het verschil in de gebruikte termen aldus wordt uitgelegd, dat het niet uitmaakt in welke vorm bepaalde informatie in het proces wordt verwerkt – als wettig bewijsmiddel of niet – maar dat de rechtmatigheidstoetsing zich dient uit te strekken over alle vormen van informatieoverdracht, voor zover degene die het finale besluit moet nemen over de bewijsbeslissing, daardoor beïnvloed kan worden. In Nederland is dat de zittingsrechter. De rechtmatigheidstoetsing zou ruimer uitvallen als het Hof het bewijsgebruik breder zou opvatten dan uitsluitend datgene wat in de vorm van wettige bewijsmiddelen als zodanig aan de rechter wordt voorgelegd, maar als álle informatie die direct of indirect een invloed kan uitoefenen op de bewijsbeslissing, of ruimer, de uitkomst van het strafgeding, ongeacht of dat als bewijs wordt gepresenteerd, Vooralsnog is een dergelijke gedachtegang echter niet houdbaar. De rechtspraak van het Hof op het terrein van de rechtmatigheidstoetsing is beperkt tot gevallen waarin er wél sprake is geweest van een bewijsgebruik.

118 A.M. van Woensel, a.w., p. 144.
119 Ibidem.

3.3.6 Het deelrecht op een eerlijk bewijsgebruik

3.3.6.1 Traditie van terughoudendheid bij het bewijsrecht

Aan de toetsing van de eerlijkheid van bewijsgebruik doet het EHRM bestendig de vaststelling voorafgaan dat het bij dergelijke kwesties in eerste instantie gaat om een nationale aangelegenheid en dat de toetsing door het Hof zich alleen kan richten op de eerlijkheid van de procedure in het algemeen. Ofwel, het Hof is op dit terrein terughoudend. Zulks levert een nadere beperking op die aan de keuze voor het bewijsrecht als basis voor bescherming in verband met rechtmatigheidstoetsing kleeft. Die beperking is gelegen in de noodzakelijk brede discretionaire aard van bewijsregels.

Clayton en Tomlinson zoeken een verklaring voor de terughoudendheid van het Hof ter zake in het bestaan van een grote variatie in bewijsregels in de verschillende rechtsordes van de lidstaten. Daardoor heeft het Hof niet '(...) any specific set of evidential rules as a requirement of the guarantee of the right to a fair trial under Article 6' vastgesteld.[120]

Die verbinding tussen het ontbreken van een uitgewerkt bewijsrechtelijk kader in de context van art. 6 EVRM en de heterogeniteit van het rechtsterrein is evenwel niet overtuigend. Art. 6 EVRM vertegenwoordigt een sterk gecondenseerde weergave van algemene procedurele eerlijkheidseisen, elke waarvan in nationale stelsels in veel verdergaande mate zijn uitgewerkt dan in de verdragsbepaling. In al die uitwerkingen is dezelfde heterogeniteit aanwezig. Waar het Hof zich bij te veel variatie in nationale regelingen weerhouden zou achten om algemene regels te formuleren voor deelrechten van art. 6 EVRM, was het ook niet mogelijk geweest te komen tot geharmoniseerde minima ten aanzien van het recht op de oproeping en de ondervragingen van getuigen, het recht op toegang en dergelijke.

Bovendien, zo onuitgewerkt is het onderhavige deelrecht niet, zeker niet ten opzichte van de concretisering van andere deelrechten in de verdragsrechtspraak. Het uitgangspunt van '*deference*' aan het oordeel van de nationale rechter op het terrein van het bewijsrecht is eigenlijk alleen zo opvallend omdat het Hof er steeds zlef naar verwijst.

Een verklaring voor die persisterende werkwijze van het Hof moet veeleer gezocht worden in de aard van het bewijsrecht, ofwel van het bewijzen zelf.

> 'Het bewijsrecht betreft een eigenaardig en ingewikkeld terrein. Dit heeft te maken met de omstandigheid dat feitenonderzoek en bewijs in de context van het strafproces slechts heel ten dele juridisch zijn te normeren. Bezien als specifieke en concrete vorm van op de vaststelling van feiten gericht empirisch onderzoek, omvatten de hier bedoelde begrippen 'feitenonderzoek' en 'bewijs' veel aspecten

120 R. Clayton/H. Tomlinson, Fair Trial Rights, Reprinted from The Law of Human Rights, Oxford University Press, 2001, p. 103.

> die algemener zijn dan het (strafproces)recht. Vandaar dat andere disciplines hier soms onmiddellijk ter zake doen (bijv. cognitieve filosofie en cognitieve psychologie)'.[121]

Het 'bewijzen' is sterk verweven met oordelen van een feitelijke aard en valt maar ten dele te juridiseren.[122] Terughoudendheid van het EHRM om zich te mengen in dergelijke materie is daarom wel begrijpelijk.[123] Waar een normatieve verbinding naar de termen van art. 6 EVRM bestaat, is het Hof minder terughoudend. De voorstelling van zaken dat het bewijsrecht maar een zeer summiere betekenis heeft in de context van art. 6 EVRM moet daardoor reeds worden genuanceerd. Waar in het kader van het bewijzen, beter gezegd, in het gebruik van bepaald bewijs in een strafprocedure, wel een normatieve,

---

121 Cleiren/Nijboer 2001, (T&C Sv), Boek II, Titel IV, Afd. 3, Inl. opm., aant. 2.

122 Zo kan zich reeds een geschil voordoen omtrent de vraag of bepaald bewijs wel of niet is gebruik door een nationale rechter. Zie voor een geval waarin het Hof zich genoodzaakt zag in die zeer feitelijke beoordeling te treden: EHRM 28 juni 2007, *Harutyunyan v. Armenie*, Appl.nr.: 36549/03, § 58: '(t)he Court considers it necessary first of all to address the parties' arguments as to whether the applicant's confession statements of 16-17 April 1999 and the statements by witnesses T. and A. of 5 March 1999, obtained under duress, were used by the domestic courts as evidence in the criminal proceedings against the applicant. Having regard to the judgment of the Syunik Regional Court of 19 June 2002, the Court notes that the Regional Court cited the applicant's confession statements without expressing any doubts as to their credibility (...). Furthermore, in rebutting the applicant's plea of innocence, the Regional Court explicitly relied, inter alia, on witness T.'s statement of 5 March 1999 (...). The Regional Court concluded by stating that "the coercion was applied by the police officers at the military police station for the purpose of ensuring disclosure of the truth" (...). This statement prompts the Court to believe that, despite the fact of ill-treatment, the Regional Court did not see any reasons to doubt the credibility of the statements made by the applicant and witnesses T. and A. in March-April 1999 and therefore to exclude these statements as evidence. Furthermore, the Criminal and Military Court of Appeal in its judgment of 1 April 2003 explicitly cited the applicant's confession statement of 16 April 1999 as proof of his guilt (...). The Court of Cassation in its decision of 8 May 2003 also found that "the Court of Appeal rightly considered T.'s confession statement as reliable and regarded it as proof of the applicant's guilt". It further cited the applicant's confession, made to the investigator on 16 April 1999, among the evidence obtained in the case (...)'. Belangstellend is de volgende toevoeging van het Hof: '(t)he Court finally notes that none of the courts at all three levels of jurisdiction explicitly declared the statements in question inadmissible, despite several requests to that effect by the defence'. Waar bewijsuitsluiting geïndiceerd is, acht het Hof het dus van een wezenlijk belang dat de rechter uitsluiting ook uitdrukkelijk uitspreekt.

123 De ontvankelijkheidsbeslissing van de Europese Commissie in *Wischnewski v. Het Federale Republiek van Duitsland* (EcommRM 11 oktober 1988, *Wischnewski v. Het Federale Republiek van Duitsland*, Appl. nr. 12505/86) levert een goede illustratie van de moeilijkheden bij de bewijstoetsing waar feitelijke oordelen worden gevergd. De terughoudend van de Commissie om in deze zaak tot een (normatieve) toetsing over te gaan laat zich verklaren door de onmogelijkheid voor de Commissie om vast te stellen of de tot bewijs gebruikte opnames, zoals door verzoeker betoogd, gemanipuleerd waren of niet. Zie over de 'dichotomy between rules and discretion' op het terrein van het bewijsrecht, P. Roberts/A. Zuckerman, a.w., p. 25-32.

de eerlijkheid rakende kwestie, kan worden gevonden, toont het Hof zich wel degelijk bereid tot een integrale toetsing.[124] De toetsing is dus alleen terughoudend waar het gaat om het feitelijk aspect: waar het gebruik een eerlijkheidsaspect raakt, spreekt het Hof zich stellig uit.

124 De bespreking van de normatieve aspecten van het bewijs kan dan ook breed uiteenlopende gedaantes aannemen. In de ontvankelijkheidsbeslissing in *Bäckstöm en Andersson* v. Zweden, (Ontvankelijkheids-beslissing EHRM 22 maart 2005, *Bäckstöm en Andersson v. Zweden*, Appl.nr.: 67930/01) toonde het Hof zich bereid in te gaan op de implicaties die de in art. 6 lid 1 EVRM verplicht gestelde standaard van '*equality of arms*' zou kunnen hebben in geval de vervolger bij de bewijslevering de beschikking heeft op sterkere inhoudelijke middelen en presentatiemogelijkheden. Verzoeker beweerde namelijk dat '(...) the use as evidence of such a powerful investigation tool as the telephone lists allegedly upset the "equality of arms" in violation of Article 6 of the Convention' en dat 'the public prosecutor's multimedia presentation of arguments and evidence, due to its elegant appearance and the fact that counsels for the defence were not given a copy of it, placed the defence at a disadvantage vis-à-vis the prosecution'. Het Hof deed de kwestie niet als irrelevant af en ging over tot toetsing via het voor bewijsgebruik gangbare kader. Dat leverde de volgende conclusie op: '(a)s regards the use of the telephone lists as evidence, the Court first notes that the fact that they could be considered to be a powerful investigation tool cannot, as such, render the hearings unfair. It reiterates its above conclusions that the information in question was not unlawfully obtained and did not violate the applicants' rights under Article 8 of the Convention. Furthermore, the applicants were able to challenge the information contained in the telephone lists, and in fact did so, in the criminal proceedings. It should also be noted that the lists were not the only evidence on which the convictions were based. For these reasons, the Court cannot find that the use of the telephone lists as evidence involved a violation of Article 6 of the Convention'. Ten aanzien van de klacht dat de presentatiemiddelen die de aanklager gebruikte stelde het Hof dat: '(t)he elegance with which that material was allegedly presented to the courts cannot, by itself, be considered to involve a violation of Article 6 of the Convention'. In *Akan v. Turkije* (Ontvankelijkheids-beslissing 30 maart 2000, *Akan v. Turkije*, Appl. nr.: 39444/98) behandelde het Hof de kwestie van het niet kunnen inbrengen van bewijs door de verdediging ook onder het deelrecht op een eerlijk bewijsgebruik: '(a)s regards the complaint concerning the court's refusal to hear a witness called by the defence, the Court refers to what is said above and recalls that Article 6 does not lay down rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter of regulation under national law (...). The Court finds no indication that the national court's refusal to hear the victim's husband was in any way arbitrary or otherwise exceeded its margin of appreciation. The military court clearly stated in its decision that the testimony of the applicant's husband would not have an effect on the clarification of the case, as he was not an eye witness to the events'. Dat betekent overigens dat, in deze uitwerking daarvan, het recht op een eerlijk bewijsgebruik als component moet worden gezien van wat in het derde hoofdstuk als het geconsolideerde informatierecht is geduid, namelijk het recht van de verdachte tot niet alleen kennisneming en bespreking van door anderen ingebrachte procesinformatie, maar ook tot inbreng van eigen procesinformatie.

3.3.6.2 Nuancering van terughoudendheid in de actuele rechtspraak en bredere invulling van het deelrecht

1) Actieve toetsing in de rechtspraak, mede naar aanleiding van de ontwikkeling van de bijzondere opsporing en de gelede normstelling

In de actuele rechtspraak van het Hof is bovendien steeds verdergaande bereidwilligheid waar te nemen op het punt van de bewijsrechtelijke toetsing. Dat uit zich met name in recente uitwerkingen van de rechtmatigheidstoetsing in verband met beoordelingen van de toepassing van (bijzondere) opsporingsbevoegdheden. Aanvankelijk, in de vroege fase van de ontwikkeling van het recht op een eerlijk bewijsgebruik, gebruikte het Hof een bijzondere terughoudende formulering:

> 'It is not for the Court to substitute its view for that of the national courts which are primarily competent to determine the admissibility of evidence (...). It must nevertheless satisfy itself that the proceedings as a whole were fair, having regard to any possible irregularities before the case was brought before the courts of trial and appeal and checking that those courts had been able to remedy them if there were any (...)'.[125]

Recenter stelt het Hof het aldus:

> 'The Convention does not exclude the use of unlawfully obtained evidence as a matter of principle. However, the way evidence was obtained and the role it played at the trial is relevant to whether the trial as a whole was fair. In previous cases, the Court has found that alleged unlawfully obtained evidence did not disclose unfairness where the conviction was not based wholly on such evidence and/or where the applicant had been able to challenge the evidence (...)'.[126]

Het gebruik van dit ruime criterium maakt volgens Van Woensel de bescherming die art. 6 EVRM in dit verband kan bieden zwak. Bij de beoordeling van de algemene eerlijkheid wegen volgens haar zwaar de '(...) mogelijkheid van een behoorlijke verdediging tegen het ingebrachte bewijs en de betrouwbaarheid van het bewijs'. Dat zijn dezelfde eisen die '(...) zich echter ook (doen) gelden in de gevallen dat de rechtmatigheid van de bewijsvergaring niet ter discussie staat'.[127] Daarmee lijkt zij te bedoelen dat het criterium onvoldoende is op het fenomeen van de onrechtmatige bewijsvergaring. Dat criterium is aldus te algemeen en heeft geen meerwaarde in de context van het vraagstuk van bewijsuitsluiting bij normschending. 'De in het kader van een eerlijk proces passende rechterlijke weging kan dan ook niet zonder meer naar het nationale

125 EHRM 26 september 1996, *Miailhe v. Frankrijk*, (Nr. 2), Reports 1996-IV, § 43.
126 Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 21 januari 2003, *Drury e.a. v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nr. 29999/02.
127 A.M. van Woensel, a.w., p. 147-148.

strafprocesrecht worden overgeheveld, waar het gaat om de consequenties van onrechtmatige bewijsvergaring'.[128]

Dat de algemene eerlijkheidscriteria worden ingeroepen betekent evenwel niet dat in de context van de onrechtmatige bewijsvergaring geen nadere – wel op het fenomeen van onrechtmatige verkrijging toegespitste – criteria bestaan. Bij het recht op een eerlijk bewijsgebruik dient namelijk te worden uitgegaan van een gelede normstelling. De norm is, waar het gaat om algemene bewijskwesties, breed. Naarmate bij het bewijsgebruik een meer concreet euvel kan worden geconstateerd cumuleren nadere, op die bijzondere situatie toegespitste eisen. Deze meer specifieke eisen moeten worden toegevoegd aan de algemene eerlijkheidseisen. De aard van het concrete euvel valt samen met het bijzondere risico dat uit het bewijsgebruik voortvloeit, ofwel de reden waarvoor het bewijsgebruik gevaarzettend is voor het bereiken van een terechte veroordeling.

Beginnend bij de ruime categorie van de eerlijkheid van het bewijsgebruik in het algemeen, is het toetsingskader navenant breed. Het gaat dan inderdaad (alleen) om de algemene eerlijkheidstoets die een algemene invulling heeft: het omvat niet meer dan vragen als die naar het adversaire gehalte van de procedure en of de verdachte rechtsbijstand heeft genoten. Bij nadere duiding van het bijzondere risico dat aan een bepaald bewijsgebruik kleeft, worden de van toepassing zijnde criteria echter zelf ook weer concreter. Gaat het om onrechtmatige verkrijging, dan spelen nadere criteria een rol. Dan moet minstens de aard van de normschending worden geduid en worden voorzien in een daarop toegespitste reactie.

Het recht op een eerlijk bewijsgebruik betreft daarmee een constellatie van verschillende typen normen. Het recht noopt in algemene zin tot eerlijk bewijsgebruik, maar de verdragsverplichtingen variëren in het concrete geval, afhankelijk van de norm de al dan niet is geschonden bij bewijsverkrijging. Het algemeen kader bestaat aldus steeds uit twee (hoofd)componenten). Enerzijds is er een onderliggende norm die bij bewijsverkrijging (al dan niet is geschonden). Bij onrechtmatig vekregen bewijs gaat het opsporingsnormen in het verdrag, zoals die zijn vervat in de artikelen 3, 8 en 6 EVRM. Anderzijds is het gebruik van bewijs dat via eventuele schending van dergelijke normen onderworpen aan toetsings- herstel- en uitsluitingseisen. Dat laatste herstelkader blijft in alle gevallen in wezen (de rechter is verplicht tot toetsing, de verdediging dient in verband met verzet tegen bewijsgebruik procesrechten kunnen inzetten, de rechter dient bewijsgebruik te motiveren en uit te gaan van een bewijsminimumregel). Afhankelijk van de onderliggende norm(schending), dienen bij die toetsing steeds de bij de desbetreffende (opsporings)norm behorende criteria te worden betrokken. Aldus behoren de toetsingscriteria voor privacyschendingen, zwijgrechtschendingen ook tot het kader. De onder-

128 Ibidem, met verwijzing naar: J.W. Fokkens, Recht in Vorm?, DD 1993, p. 907-908.

liggende normschending heeft ook in zoverre invloed op de concrete invulling van het algemeen kader, in die zin dat een graduele schaal bestaat in ernst van normschendingen vanuit het perspectief van de strafvervolging. Naarmate het gaat om een meer pertinente norm in dat opzicht, worden de hersteleisen strikter. Bepaalde normschendingen zijn van dien aard dat gebruik niet is toegelaten: in die zin omvat het het recht op een eerlijk bewijsgebruik ook uitsluitingsregels.

2) Ruimere context van het recht op een eerlijk bewijsgebruik, zicht op de gelede normstelling

Ook om een andere reden moet de beperkte betekenis van de relatie tussen het bewijsrecht en art. 6 EVRM worden genuanceerd. De toepasselijkheid van het recht op een eerlijk bewijsgebruik overstijgt immers de categorie van onrechtmatig verkregen bewijs. Ook het gebruik van andere typen, risicovol bewijs dient volgens hetzelfde kader te worden beoordeeld: de algemene eisen gelden steeds,[129] de bijzondere aard van het, aan het bewijs gekoppelde, risico brengt additionele regels met zich mee.

Ruim bezien heeft het deelrecht dus betrekking op de eerlijkheid van het gebruik van alle risicoscheppend bewijs. Dat risico behoeft niet voort te vloeien uit onrechtmatige verkrijging. Gemeenschappelijk aan alle categorieën is dat de *crux* van de eerlijkheidsproblematiek ligt in het gegeven dat het gebruik daarvan een veroordeling risicovol kan maken. In alle gevallen moet, bij de rechtmatigheidstoetsing, eerst worden bezien wat de aard is van het aan bewijsgebruik klevend risico. Afhankelijk daarvan gelden nadere regels voor het gebruik.

a) Afscherming

De meest bekende uitwerking van het deelrecht is te zien in de rechtspraak ten aanzien van het gebruik van niet ter zitting afgelegde en/of gedeeltelijk afgeschermde getuigenverklaringen.[130] Bij gebruik van dergelijke getuigenverklaringen is er wederom sprake van, in ieder geval een beperking, van onderliggende normen, te weten het geconsolideerde informatierecht, zoals in het vorige hoofdstuk omschreven.[131] De de oorzaak van het risico is gelegen

129 In alle gevallen geldt dat het Hof zich steeds in principe terughoudend opstelt. Het subsidiariteitsprincipe is bij alle vormen van bewijsgebruik beoordelingen uitgangspunt: '(t)he Court reiterates that the admissibility of evidence is primarily a matter for regulation by national law and as a general rule it is for the national courts to assess the evidence before them'. EHRM 27 februari 2001, *Lucà v. Italië*, Appl.nr.: 33354/96, NJ 2002, 101, (m.nt. Sch), § 38.

130 Het kan daarbij ook gaan om het gebruik tot bewijs van andere informatievormen die eveneens gedeeltelijk zijn afgeschermd.

131 Ten aanzien van de beoordeling van de eerlijkheid van het gebruik van (problematische) getuigenverklaringen hanteert het Hof eveneens het uitgangspunt van terughoudendheid: '(t)he Court's task under the Convention is not to give a ruling as to whether statements

in het gegeven dat een bewijsmiddel wordt gebruikt waaromtrent het informatierecht niet ten volle is verwezenlijkt.

Bij de beoordeling van het gebruik gelden de volgende regels. Het bewijs, en dus ook het getuigenbewijs, dient in principe te worden gepresenteerd bij een publieke zitting, in de aanwezigheid van de verdachte (en de rechter),[132] dit met het oog op '*adversarial argument*'.

Uitzonderingen op deze regel zijn mogelijk, maar zij mogen de rechten van de verdediging niet beperken; steeds dient de verdachte '(…) an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when he makes his statement or at a later stage',[133] te worden gegeven. Onder

---

of witnesses were properly admitted as evidence, but rather to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair'. EHRM 26 maart 1996, *Doorson v. Nederland*, ECHR Reports 1996-II, p. 446, NJ 1996, 741, § 67; EHRM 23 april 1997, *Van Mechelen e.a. Nederland*, Reports 1997-III, NJ 1997, 635, (m.nt. Kng), § 50; EHRM 27 februari 2001, *Lucà v. Italië*, *supra*, noot 129, §38.

132 In het algemeen geldt dat het gebruik tot bewijs van middellijke getuigenverklaringen wordt gezien als een beperking van het recht. Bezien vanuit de sterke adversaire optiek van waaruit art. 6 EVRM wordt gelezen, is dat in de eerste plaats te relateren aan het recht op tegenspraak. De verdachte is immers niet in staat geweest de door de vervolgende overheid ingebrachte belastende verklaring tegen te spreken. De middellijkheid kan echter ook worden gerelateerd aan de wenselijkheid, ook binnen het verband van art. 6 EVRM, van de directe bewijspresentatie, dat wil zeggen, niet alleen ten overstaan van de verdachte die dan in de gelegenheid wordt gesteld deze onmiddellijk tegen te spreken, maar ook ten aanzien van de rechter, althans degene die de relevante beslissing moet nemen. In *Graviano v. Itali*, (EHRM 10 februari 2005, *Graviano v. Itali*, Appl. Nr.: 10075/02) was de verdachte in de gelegenheid gesteld twee, hem belastende '*pentiti*' ter zitting te ondervragen, maar klaagde daarover dat deze getuigen niet nogmaals werden gehoord na wijziging van de samenstelling van het gerecht (één van de acht rechters werd na de ondervraging ter zitting vervangen), terwijl de verslagen van de verklaringen wel worden opgenomen in het dossier. Het Hof erkent dat na wijziging van de samenstelling van een gerecht na de ondervraging van een '*decisive*' getuige, normaal gesproken leidt tot de heroproeping van de getuige: '(p)ar ailleurs, la Cour considère qu'un élément important d'un procès équitable est aussi la possibilité pour l'accusé de se confronter avec le témoin en la présence du juge qui devrait en dernier lieu prendre une décision concernant l'affaire; cette règle est une garantie car les observations des juges en ce qui concerne le comportement et la crédibilité d'un témoin peuvent avoir des conséquences pour l'accusé. Par conséquent, le changement de composition d'un tribunal après l'audition d'un témoin décisif entraîne normalement une nouvelle audition de ce dernier (...)'. In casu waren er wel omstandigheden die 'une exception aux principes de l'oralité des débats et de la connaissance directe par des juges immutables' (ofwel, de *principio dell'immutabilità del giudice del dibattimento*) rechtvaardigen. (§§ 38-39). De vervanging van de rechter had het ondervragingsrecht van de verdachte niet belemmerd nu de getuigen ter zitting in aanwezigheid van de verdachte en zijn raadsman verklaringen hadden afgelegd, terwijl de verdediging in de gelegenheid was gesteld vragen te stellen. Bovendien had de verdachte niet aangegeven hoe de heroproeping nieuwe, relevant bewijs had kunnen opleveren. Daarnaast hechtte het Hof eraan dat hoewel één van de rechters was vervangen, de verklaringen wel ten overstaan van de overige zeven rechters waren afgelegd. Daarom was het voldoende dat de nieuwe rechter de verslagen van de zitting waar de verklaringen waren afgelegd had gelezen.

133 EHRM 15 september 1992, *Lüdi v. Zwitserland*, A, 238, § 49; *Van Mechelen*, *supra*, noot 131, § 51.

bepaalde omstandigheden kan het noodzakelijk zijn te verwijzen naar bij het voorbereidend onderzoek afgelegde verklaringen, in het bijzonder wanneer een getuige weigert zijn verklaring te herhalen in het openbaar, uit vrees voor represailles,[134] hetgeen volgens het Hof niet zelden aan de orde is 'in trials concerning Mafia-type organisations'. De dreiging die naar de getuige uitgaat, dient dus wel van een bepaalde ernst te zijn. Ook wanneer een getuige om andere redenen niet ter zitting kan worden opgeroepen, behoeft zijn eerndere verklaring niet van het bewijs te worden uitgesloten. Wanneer de verdachte een 'adequate and proper opportunity to challenge the depositions, either when made or at a later stage' heeft gekregen, zal het gebruik van dat bewijs op zich niet in strijd zijn met art. 6 lid 1 and lid 3 (d) EVRM.[135]

Evenwel blijft het gebruik van de verklaring van een niet ter zitting gehoorde getuige precair: '(...) evidence obtained from witnesses under conditions in which the rights of the defence could not be secured to the extent normally required by the Convention should be treated with extreme care'.[136] Beperkingen dienen niet verder te gaan dan noodzakelijk is. 'Having regard to the place that the right to a fair administration of justice holds in a democratic society, any measures restricting the rights of the defence should be strictly necessary. If a less restrictive measure can suffice then that measure should be applied'. Waar afscherming noodzakelijk is, geldt dat '(...) the Convention requires that the handicaps under which the defence labours be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities'.[137] Dat volgt uit de notie van gelijkheid van wapenen, namelijk dat de verdachte de beschikking heeft over een 'reasonable opportunity of presenting his case to the court under conditions which do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent'.[138] Bij te vergaande (ook inhoudelijke) afscherming wordt echter een grens bereikt:

> '(...) where a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine

134 EHRM 19 februari 1991, *Isgrò v. Italië*, Series A, 194-A, § 34; *Lüdi v. Zwitserland, supra*, noot 134, § 47.

135 '(I)f there has been no negligence on the part of the authorities, the impossibility of securing the appearance of a witness at the trial does not in itself make it necessary to halt the prosecution. In such a situation it is open to the domestic courts, subject to the rights of the defence being respected, to have regard to the statements obtained by the police and the investigating judge, in particular if the courts can consider those statements to be corroborated by other evidence before them and the conviction is thus not based solely or to a decisive extent on those statements'. ECRM 15 januari 1996, *Sylvin Clifford Flanders v. Nederland*, Appl.nr. 25982/94; EHRM 28 augustus 1992, *Artner v. Austria*, A, 242-A, § 21; *Doorson Nederland, supra*, noot 131, § 80; *Luca Italië, supra*, noot 129, § 40.

136 *Doorson v. Nederland, supra*, noot 132, § 76.

137 Ibidem, § 54.

138 EHRM 24 februari 1997, *De Haes en Gijsels v. België,* Reports 1997-I en EHRM 17 januari 1970, *Delcourt v. België*, Series A-11.

or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6'.[139],[140]

b) Onbetrouwbaarheid

Een tweede categorie van risicovol bewijsgebruik waaromtrent bij voorbaat sprake is van een eerlijkheidsrisco, betreft bewijs waaraan een bepaalde, inhoudelijke onbetrouwbaarheidsindicatie kleeft. Enerzijds bestaat enige overlap tussen deze categorie en die van afgeschermd bewijs in de hier boven bedoelde zin. (Gedeeltelijke) afscherming van bewijs immers kan de inhoudelijke betrouwbaarheid van bewijs immers ook beïnvloeden.[141] Het recht op tegenspraak is mede gegeven opdat dergelijke aspecten niet onbelicht blijven. Anderzijds is de categorie van het gebruik van inhoudelijk onbetrouwbaar bewijs veel ruimer. Waar als algemene regel moet worden aangehouden dat het de rechter is die de betrouwbaarheid van het bewijs beoordeelt, kan in bepaalde gevallen wel sprake zijn van een bij voorbaat, ook door de rechter aan te nemen, onbetrouwbaarheidsrisico: die zit in het gegeven dat de getuigenverklaring niet belangeloos is afgelegd. Die indicatie geeft het bewijsmiddel een risicovol karakter, waardoor wederom een bepaalde waarborgencompensatie moet plaatsvinden. Onder deze categorie valt het gebruik van – de in het inleidend hoofdstuk in dit verband reeds genoemde – getuigenverklaringen die onder een strafvorderlijke toezegging zijn verkregen.[142],[143]

---

139 EHRM 24 november 1986, *Unterpertinger v. Oostenrijk*, A, 110, §§ 31-33; EHRM 20 september 1993, *Saïdi v. Frankrijk*, A, 261-C, §§ 43-44; *Van Mechelen, supra,* noot 131, § 55.

140 *Luca Italië, supra*, noot 129, § 40. Daarbij is het niet relevant of de verklaringen zijn afgelegd door een medeverdachte of door een getuige. Het Hof hanteert ten aanzien van de term 'witness' in art. 6 EVRM als gezegd een autonome betekenis: '(t)hus, where a deposition may serve to a material degree as the basis for a conviction, then, irrespective of whether it was made by a witness in the strict sense or by a co-accused, it constitutes evidence for the prosecution to which the guarantees provided by Article 6 §§ 1 and 3 (d) of the Convention apply'. Zie ook: EHRM 7 augustus 1996, *Ferrantelli and Santangelo v. Italië*, Reports 1996-III, §§ 51-52. In de ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 4 juli 2000, *Kok v. Nederlands*, ECHR 2000-VI, stelde het Hof dat '(…) when assessing whether the procedures followed in the questioning of an anonymous witness had been sufficient to counterbalance the difficulties caused to the defence, due weight had to be given to the extent to which the anonymous testimony had been decisive in convicting the applicant. If this testimony was not in any respect decisive, the defence was handicapped to a much lesser degree'. Zie ook: EHRM 14 februari 2002, *Visser v. Nederland,* Appl. nr.: 26668/95, § 46.

141 Te denken valt aan het gebruik van anonieme getuigenverklaringen, waarbij de onthulling van de identiteit van de getuige mogelijk zou kunnen leiden tot geadstrueerde onbetrouwbaarheid- of ongeloofwaardigheidsverweren door de verdachte.

142 Zie voor de rechtspraak van het Hof ten aanzien van het gebruik van dergelijke getuigenverklaringen: ECRM 30 november 1994, *Rene Salmon Meneses v. Itali*, Appl.nr. 18666/91; EcommRM 15 januari 1996, *Sylvin Clifford Flanders v. Nederland*, *supra*, noot 136; EHRM 27 januari 2004, *Verhoek v, Nederland, Appl. Nr.:* 54445/00; EHRM 27 januari 2004, *Lorsé* v. Nederland, 44484/98; EHRM 25 mei 2004, *Cornelis v. Nederland,* Reports of Judgments and Decisions 2004-V. Een onbetrouwbaarheidsindicatie wordt ook geacht aanwezig te zijn bij

Uit de rechtspraak van het Hof ten aanzien van het gebruik van dergelijke verklaringen blijkt overigens goed hoezeer de betrouwbaarheidsbeoordeling in principe over wordt gelaten aan de feitenrechter. De subsidiariteitsgedachte is steeds sterk aanwezig in uitspraken ten aanzien van het gebruik van onder toezeggingen verkregen verklaringen: als de rechter ervan blijk geeft onderzoek te hebben gedaan naar de mogelijke onbetrouwbaarheid, en ten aanzien van de toezegging volledige openbaarheid is gegeven, stelt het Hof zijn oordeel niet in de plaats van die van de feitenrechter. Bij deze specifieke categorie van bewijs is dan ook in de rechtspraak nimmer een schending van art. 6 EVRM aangenomen: dergelijk bewijs kon steeds worden gebruikt, terwijl hersteleisen niet bijzonder strikt werden ingesteld.

> 'The Court appreciates that the use of statements made by witnesses in exchange for immunity or other advantages forms an important tool in the domestic authorities' fight against serious crime. However, the use of such statements may put in question the fairness of the proceedings against the accused and is capable of raising delicate issues as, by their very nature, such statements are open to manipulation and may be made purely in order to obtain the advantages offered in exchange, or for personal revenge. The sometimes ambiguous nature of such statements and the risk that a person might be accused and tried on the basis of unverified allegations that are not necessarily disinterested must not, therefore, be underestimated (…). However, the use of these kinds of statements does not in itself suffice to render the proceedings unfair (…). This depends on the particular circumstances in each case'.[144]

De categorie van onder toezeggingen verkregen verklaringen toont ook overigens een bepaalde gelijkenis met die van onrechtmatig verkregen bewijs, voor zover ook bij de eerste categorie kan worden gesproken van een mogelijke, onderliggende normschending bij verkrijging. Problematisch in dat verband is wel de duiding van de eventuele (rechten van de verdachte rakende) norm die bij een onder toezegging vekregen verklaring kan worden geschonden.

---

het gebruik van verklaringen van medeverdachten, ook indien aan deze geen toezegging is gedaan. Zie: Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 8 april 2003, *Pereira v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl. Nr.: 0741/02.

143 Te denken valt bij deze categorie ook aan het gebruik van bewijs dat via technische hulpmiddelen is verkregen waarvan wordt gesteld dat de registraties zijn gemanipuleerd of zelfstandig onbetrouwbaar zijn. De met de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden ingevoerde art. 126ee WvSv en het daaraan gekoppelde Besluit Technische hulpmiddelen, waarin eisen zijn verwerkt ten behoeve van het waarborgen van betrouwbaarheid en tegen misbruik, beogen dergelijke kwesties te voorkomen. Breder bezien kunnen ook onbetrouwbaarheidsindicaties voortvloeien uit de wetenschappelijke methodes die bij het genereren daarvan zijn gebruikt. Zie over de problematiek van de (on)betrouwbaarheid van deze (semi-wetenschappelijk) deskundigen bewijsvorm: A.P.A. Broeders, Daubert en Saks: het einde van de klassieke identificatiecriminalistiek?, NJB nr. 36, 2002 p. 1786-1798 en P.T.C van Kampen, Expert Evidence Compared, Dissertatie Leiden, 1998.

144 *Cornelis v. Nederland*, *supra*, noot 142.

Een toezegging kan van dien aard zijn dat de discretionaire bevoegdheid niet kan worden geacht deze te dragen. Gedacht kan worden in dat verband aan de toezegging in de Karman-zaak, dat een eventuele rechterlijke strafoplegging door het openbaar ministerie niet ten uitvoer zou worden gelegd.[145] De Hoge Raad was van oordeel dat het openbaar ministerie een dergelijke toezegging niet kan doen. In principe is de verklaring daarmee onrechtmatig verkregen. Evenwel viel de onderiggende normschending aldaar niet samen met een bepaald belang van de verdachte in wiens strafzaak de verklaring was gebruikt. Die vaststelling van de Hoge Raad leidde immers in de zaak van Karman zelf tot niet-ontvankelijk verklaring van het openbaar ministerie op basis van een 'algemeen belang' criterium. In het andere geval kan een raakvlak worden gezocht tussen het doen van toezeggingen en het verdrag. Wanneer in art. 6 EVRM, in de algemene eerlijkheidsnotie, nog nadere eisen worden ingelezen, zoals die van het verbod van *détournement de pouvoir*, van een redelijke en billijke belangenafweging en/of het gelijkheidsbeginsel, kan een basis worden gevonden voor verzet tegen toezeggingen die in strijd zijn met dergelijke beginselen.[146]

Daargelaten de precieze aard van het risico bij het gebruik van dergelijke verklaringen, geldt bij gebruik daarvan dat de interne openbaarheid moet gewaarborgd zijn, ook wat berteft de totstandkoming in inhoud van de toezegging en de verdachte moet voldoende in de gelegenheid zijn gesteld om zich te verzetten tegen alle door hem bezwaarlijk geachte facetten van de toezeggign en de verklaring. De rechter mag zich niet laten leiden door het langs een marginale toetsing bekomen betrouwbaarheidsoordeel van de niet aan de zitting deelnemende, derhalve maar fragmentarisch betrokken rechter-commissaris, maar moet zich een eigen, afgewogen oordeel vormen over de (inhoudelijke) waarde van de verklaring. Hij moet zijn oordeel ook goed motiveren. Zolang het gebruik van dergelijke verklaringen gepaard gaat met navenante waarborgen, is dat gebruik niet problematisch.[147]

---

145 HR 1 juni 1999, NJ 1999, 567.

146 Deze beginselen zijn wel onderdeel van het nationale recht. Voor zover uit zou worden gegaan van de constructie dat in art. 6 EVRM een legaliteitseis is in te lezen in die zin dat het nationale recht dient te worden nageleefd, zou schending van deze beginselen ook via die weg ten grondslag kunnen liggen aan eerlijkheidsrisico's bij het gebruik van onder toezeggingen verkregen verklaringen.

147 Het gebruik tot bewijs van een onder een toezegging verkregen verklaring wordt in de rechtspraak van het EHRM in het algemeen minder stringent beoordeeld dan het gebruik van anonieme getuigenverklaringen. Het risico wordt in het eerste geval dus lichter ingeschat. Dat zal te maken hebben met het gegeven dat de getuige aan wie een toezegging is gedaan in principe door de verdachte wel integraal kan worden gehoord en zijn verklaring, alsmede de betrouwbaarheid daarvan ook integraal worden kan gewraakt. Bepalen wiens verklaring overtuigender is behoort immers tot de kwintessens van het rechterswerk: de rechter die niet in staat is zich een zelfstandig oordeel te vormen over de betrouwbaarheid van de verklaring van een getuige die voor hem is verschenen, waarvan hij weet dat het hier om een medeverdachte gaat en bovendien dat hij zijn medeverdacht alleen belast

Overige typen bewijsmiddelen waarbij sprake kan zijn van intrinsieke (on)betrouwbaarheidsproblematiek zijn eveneens in het inleidend hoofdstuk genomend. Zij betreffen de verklaring van de minderjarigeen de verklaring van het slachtoffer van een zedendelict,[148] terwijl bij risicovolle bewijsmiddelen ook te denken aan het gebruik tot bewijs van het zwijgen van de verdachte,[149] de kennelijk leugenachtige verklaring van de verdachte[150] en het fenomeen, grofweg te duiden als schakelbewijs.[151] Daaraan kan thans worden toegevoegd de categorie van via normschending verkregen bewijs. De verbreding van het toepassingbereik van het bewijsgebruikkader is om verschillende redenen opvallend en betekenisvol voor het algemene begrip van de eerlijkheidsnotie in art. 6 EVRM.

c) Onrechtmatige verkrijging

Het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs betreft de derde categorie die onder het deelrecht op een eerlijk bewijsgebruik wordt beoordeeld. Daar is de werking van het recht op een eerlijk bewijsgebruik niet wezenlijk anders dan wanneer het gaat om andere vormen van problematisch bewijsgebruik. Het verschil zit dan steeds in de aard van het risico dat aan het bewijsmiddel kleeft.

Wat de aard van dat risico betreft: bij onrechtmatig verkregen bewijs is een opmerkelijk verschil met overige categorieën van risicovolle bewijsmiddelen dat er geen verbinding behoeft te worden gemaakt met een betrouwbaarheidsprobleem. Onrechtmatig verkregen bewijs kan natuurlijk ook inhoudelijk onbetrouwbaar worden geacht, echter dan cumuleren twee verschillende vormen van risico's (en zal de noodzakelijke waarborgencompensatie navenant strikter worden; het risico is dan immers groter). Uit de onrechtmatige verkrijging volgt *an sich* echter geen onbetrouwbaarheidsgevaar: vaak is onrechtmatig verkregen bewijs inhoudelijk juist zeer betrouwbaar.

In geval van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs moet als ten grondslag liggend risico worden gezien het gevaar van een veroordeling die voortvloeit uit een niet aanvaardbare schending van de rechten van de verdachte in het voortraject: in deze manifestatie van het recht op een eerlijk

---

omdat hem een toezegging is gedaan, kan beter zijn ambt neerleggen. Dat kan niet gelden voor de betrouwbaarheidsbeoordeling ten aanzien van de anonymus, die niet verschijnt, en omtrent wie de betrouwbaarheidstoetsing op afstand moet worden gedaan. De zittingsrechter kampt immers in dat geval, net zo goed als de verdachte met een '*almost insurmountable handicap*'. Zo bezwaarlijk als de anonieme getuige is, is de getuige die alleen onder een toezegging verklaart dus niet, althans niet bezien vanuit het optiek van het EHRM.

148 *P.S. v. Duitsland*, NJ 2002, 435, (m.nt. Sch.) en EHRM 10 november 2005, *Bocos-Cuesta v. Nederland*, Appl.nr.: 54789/00, NJ 2006, 239, (m.nt. Sch).

149 EHRM 8 februari 1996, *Murray v. Het Verenigd Koninkrijk*, Reports of Judgments and Decisions 1996-I, NJ 1996, 725.

150 Ontvankelijkheidsbelissing *Kok v. Nederland*, *supra*, noot 141.

151 EHRM 5 april 2002, *Scheper v. Nederland*, Appl.nr.: 39209/02, NJ 2005, 551, (m.nt. Sch)

bewijsgebruik komt dat recht dus neer op een recht op rechtmatigheidstoetsing van het vooronderzoek, en niet alleen een recht op toetsing van de inhoudelijke merites van het bewijs. De dreiging van onterechte veroordeling ligt voor wat het gebruik van onrechtmatige verkregen bewijs betreft dan ook niet daarin dat mogelijk de bewezenverklaring niet juist is, maar dat de verdachte is veroordeeld op basis van informatie die op onrechtmatige wijze is verkregen.

3.3.6.3 Opkomst van een sterk recht

Ondanks de aanhoudende explicitering van het subsidiariteitsprincipe door het EHRM bij de toetsing van bewijsrechtelijke aangelegenheden is waar te nemen dat het Hof toch steeds activier toetst op dit terrein. Gesproken kan daarom worden van de opkomst van een sterk recht. De werking van dat recht is alleen goed te waarderen wanneer alle vormen van toetsing die op die basis worden uitgevoerd in ogenschouw worden genomen. In het algemeen kan het recht worden omschreven als een waarborg tegen onveilige veroordelingen door een risicovol bewijsgebruik. Die onveiligheid kan gelegen zijn in de inhoudelijke onbetrouwbaarheid van bewijsmiddelen, maar ook in de bezwaarlijkheid van de wijze waarop zij zijn verkregen. Zodoende kan het recht worden herleid tot twee procesdoelen, namelijk de gedegen waarheidsvinding én de rechtsbescherming van de verdachte.

3.4 CONCLUSIES: RECHTMATIGHEIDSTOETSINGSEISEN IN HET VERDRAG EN IN HET NATIONALE RECHT

In de context van het nationale recht en in die van het verdrag geldt dat het concept van de rechtmatigheidstoetsing van het opsporingsonderzoek bij het eindonderzoek in de oorspronkelijke opmaak van beide stelsels ontbrak. in beide sferen moest, met de ontwikkeling van de erkenning van het belang van een rechterlijke rechtmatigheidstoetsing, de grondslag daarvoor via interpretatie worden geconstrueerd.

3.4.1 Rechtmatigheidstoetsing in het nationale recht

In het nationale recht bleek die constructie moeizaam. Tegenstanders van de rechtmatigheidstoetsing baseerden zich op de onverenigbaarheid van de taak van rechtmatigheidstoetsing met die van materiële waarheidsvinding. In bepaalde mate moet de weerstand tegen de toebedeling van beide taken aan één en dezelfde rechter worden gevonden in een onderwaardering van het belang van het rechtsbeschermingsdoel en daarmee van de rechtmatigheidseisen in het vooronderzoek.

Die onderwaardering is te koppelen aan de dominantie van de inquisitoire traditie in de nationale procescultuur, waarbinnen het doel van waarheidsvinding voorop staat en de verdachte niet primair wordt gezien als drager van rechten. Aan de tegenstand droeg bij de klassieke primaatverlening in het nationale systeem aan de wetgever. Vanuit die laatste optiek kon ervan worden uitgegaan dat het de vooral wetgever is die de keuzes maakt, niet alleen ten aanzien van rechtmatigheidseisen, maar ook ten aanzien van daaraan te koppelen gevolgen.

Voorstanders van rechtmatigheidstoetsing benadrukten veel meer het rechtsbeschermingsdoel bij strafvordering en zagen in art. 1 WvSv een koppeling naar achter de wet liggende hogere normen. Zij gingen ervan uit dat art. 1 WvSv niet alleen voorschrijft dat de wet de strafvordering dient te regelen, maar dat strafvordering *in concreto* ook in overeenstemming moet zijn met niet alleen de wet, maar ook met het achterliggende, (hogere) recht.

Rechtmatigheidstoetsing kreeg aldus gestalte in het nationale recht, uiteindelijk ook via een wettelijke regeling in art. 359a WvSv. Daarmee is de discussie ten aanzien van de noodzaak of wenselijkheid van rechtmatigheidstoetsing in het nationale recht echter maar ogenschijnlijk beslecht. De werking van art. 359a WvSv blijft immers onmiskenbaar zwak: de rechter, die aanvankelijk zelf de rechtmatigheidstoetsing invoerde, maakt vooral geen gebruik van zijn wettelijk gegeven bevoegdheid om aan vormverzuimen daadwerkelijk gevolgen te koppelen. De discussie ten aanzien van de hoofddoelen en kerntaken van de strafrechter blijft de sterkte van de werking van art. 359a WvSv bepalen. Het perspectief van de tegenstand tegen rechtmatigheidstoetsing lijkt daarbij dominant te zijn. Uitgaande van dat perspectief kan worden gesteld dat de wetgever thans ten aanzien van de bijzondere opsporing heeft vastgelegd welke rechtmatigheideisen te gelden hebben en dat de rechterlijke toetsing zich wederom kan beperken tot een wetmatigheidstoetsing. Dit zou echter veronderstellen dat de wetgever een complete regeling heeft getroffen, ook ten aanzien van de verplicht aan normovertreding te verbinden gevolgen. Op geen enkele plaats in de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden is echter aan nietnaleving van daarin opgenomen normen een nietigheidsgevolg gekoppeld. Dat geeft een indicatie dat de wetgever in het verband van de bijzondere opsporing een actieve rechterlijke toetsing, via art. 359a WvSv, voorstaat.

3.4.2 Rechtmatigheidstoetsing in het verdrag

In het verdragsverband was de ontwikkeling van rechtmatigheidstoetsingsmechanismen even omslachtig als de ontwikkeling in het nationale recht. Het verdrag was niet alleen vanuit art. 8 EVRM niet geëquipeerd tot op het strafvorderlijk doel toegespitste privacybescherming. Ook de tekst van art. 6 EVRM is niet toegespitst op de mogelijkheid dat het vooronderzoek invloed zou kunnen uitoefenen op de eerlijkheid van het eindonderzoek.

In het algemeen geldt dat een onrechtmatigheid in het vooronderzoek die samenvalt met een verdragsschending getoetst moet worden in die zin dat daartegen een effectieve remedie moet openstaan. Die remedie behoeft echter niet een rechterlijke te zijn, de bescherming die vanuit art. 13 EVRM uitgaat is niet bijzonderlijk gericht op interne, strafvorderlijke bescherming, ofwel op doorwerking van onrechtmatigheden in het vooronderzoek binnen de context van de strafvervolging.

Meer toegespitst op de strafvorderlijke context is de rechtmatigheidstoetsingseis die te vinden is in het deelrecht op toegang tot de rechter, zoals dat voortvloeit uit art. 6 lid 1 EVRM. Nu alle vormen van onrechtmatig handelen in het vooronderzoek in het nationale recht bij de strafrechter kunnen worden aangekaart, kan ervan worden uitgegaan dat het nationale recht steeds voldoet aan de rechtmatigheidstoetsingseisen zoals die voortvloeien uit het recht op een effectieve remedie in art. 13 EVRM en het recht op toegang in art. 6 EVRM.[152]

Het centrale rechtmatigheidstoetsingsmechanisme in het verdragsverband vloeit voort uit het wederom in het eerste lid van art. 6 EVRM ingelezen recht op een eerlijk bewijsgebruik. In het algemeen wordt uitgegaan van een zwakke werking van dit deelrecht, vanwege het uitdrukkelijk door het Hof aangehouden uitgangspunt van terughoudendheid bij bewijsrechtelijke aangelegenheden. Vanwege bepaalde ontwikkelingen ten aanzien van dit deelrecht (zoals de waar te nemen verhoogde activiteit van het Hof bij de beoordeling van bijzonder opsporingsonderzoek) en via de bredere contextuele benadering van de gelede normstelling daarvan, wordt hier uitgegaan van een grotere betekenis van dit deelrecht dan er gewoonlijk aan wordt toegedicht.

Ook in de verdragssfeer worden reikwijdte en aard van de bescherming die via de rechtmatigheidstoetsingmechanismen wordt geboden, bepaald door dezelfde determinanten die een invloed uitoefenen op de rechtmatigheidstoetsing in het nationale recht. Onduidelijk of in art. 6 EVRM het waarheidsvindingsdoel domineert ten opzichte van het probiteitsdoel. Onduidelijk is vooral nog in welke *mate* het Hof belang hecht aan de rechtmatigheid waar het aannemen van de oneerlijkheid van vormverzuimen strijdt met het belang van de waarheidsvinding. Daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat de keuze van het Hof voor een beschermingsbasis in het bewijsrecht, vooral in het licht van de beperkingen die kleven aan het bewijsrecht, maar ook van de mogelijkheden die een alternatieve, op legaliteit georiënteerde basis zou bieden, voor de nationale rechtsorde, mogelijk niet de meest geschikte keuze is.

152 Nogmaals, dat behoudens de gevallen waarin van te voren vaststaat dat de rechter bij de naleving van een bepaalde norm geen verdedigingsbelang erkent.

3.4.3 Enkele verschillen in de rechtmatigheidstoetsing in de nationale context en in het verdragsverband

Rechtmatigheidstoetsing in het nationale recht lijkt bij voorbaat ruimer te zijn dan die in het verdrag doordien elk verzuim ten opzichte van het nationale recht vatbaar is voor een toetsing. De verdragsrechtelijke rechtmatigheidstoetsing is beperkt tot gevallen waarin sprake is van schending van een verdragsbepaling.

De vraag is echter of bij de rechtmatigheidstoetsingsmechanismen in het verdrag geen legaliteitseis kan worden ingelezen. In de in de volgende hoofdstukken te bespreken rechtspraak van het Hof is wel steun te vinden voor de gedachte dat waar een wettelijke regeling bestaat in het nationale recht, de niet-naleving relevant is in het kader van de rechtmatigheidstoetsing. Indicaties zijn er zelfs dat ook in het geval dat de overtreden nationale regel niet kan worden gekoppeld aan schending van een bepaald verdragsrecht, dergelijke verzuimen worden beoordeeld onder dezelfde kaders die gelden voor de beoordeling van de eerlijkheid van het gebruik van bewijs dat wel via verdragsschendingen is verkregen.

De rechtmatigheidstoetsing in het nationale recht lijkt ook ruimer te zijn dan die in het verdrag omdat art. 359a WvSv, anders dan het deelrecht op een eerlijk bewijsgebruik niet beperkt is tot de toetsing van onrechtmatig handelen in geval van daaruit voortvloeiende bewijsgebruik. Alle vormverzuimen in het voorbereidend onderzoek, ook die niet leiden tot bewijsproducties vallen onder het toepassingsbereik van art. 359a WvSv. In het nationale recht behoeft – in theorie – van bewijsgebruik geen sprake te zijn, wil aan onrechtmatig handelen bepaalde (in art. 359a WvSv benoemde) gevolgen worden verbonden.

De rechtmatigheidstoetsingseis is in de sferen van het nationale recht en in het verdragsverband tamelijk fragiel en diffuus. Een vergelijking tussen de sterkte van de werking van de toetsingsmechanismen in beide sferen laat zich dan ook niet goed doen. In beide gevallen geldt dat de perspectieven op de essentiële doelen van de strafvordering en een mogelijke hiërarchische verhouding tussen de doelen van probiteit en waarheidsvinding bepalend is voor die sterkte. Eén verschil tussen de toetsingseisen in beide sferen is wel cruciaal. In het nationale recht is de rechtmatigheidstoetsing wettelijk voorgeschreven, echter de koppeling van gevolgen aan vormverzuimen is facultatief. Alleen via rechterlijke normering worden nadere concrete eisen gesteld. In het verdragsverband heeft de toetsingseis een mensenrechtelijke status, en is de koppeling van gevolgen aan de eerlijkheid aantastende vormverzuimen in het opsporingsonderzoek, in de vorm van bewijsgebruik dan wel herstel van eerlijkheidsverlies, dwingend voorgeschreven voor het nationale recht.

3.5 Relativering van normschendingen in het nationale recht en in het verdrag

3.5.1 Toetsing, herstel en relativering

In de nationale context én in het verdragsverband geldt dat de meeste normschendingen in het opsporingsonderzoek bij bewijsgebruik niet een fatale doorwerking hebben in de strafvervolging. Bij zijn omgang met onrechtmatig verkregen bewijs is de rechter aldus maar in uitzonderlijke gevallen verplicht tot uitsluiting. Het recht op een eerlijk bewijsgebruik in ar. 6 EVRM brengt in overige gevallen de eis met zich mee dat herstel wordt bewerkt.

De rechter wordt in zijn beoordeling van onrechtmatigheden en gevaarzettingen van normen dus vooral geroepen om herstel te bewerken: in het recht op een eerlijk bewijsgebruik is het herstelkader dominant. Aard en omvang van de gestelde hersteleisen en de wijze waarop de rechter aan die eisen uitvoering geeft, zijn medebepalend voor de reikwijdte en de sterkte van de opsporingsnormen zelf. Als herstel gemakkelijk kan worden bewerkstelligd, verliezen die normen immers aan kracht.

Gesteld is reeds dat het herstelkader in verband met het gebruik van onrechtmatig verkrgen bewijs vooral samenvalt met een algemeen hertselmechanisme in art. 6 EVRM, die door het Hof wordt ingezet ter relativering van beperkingen van concrete deelrechten, of in meer algemene zin, de eerlijkheid. Aldus kan het herstelkader zelf worden opgevat als een relativeringsmechanisme. Het gebruik van onrechtmatige verkregen bewijs beperkt de algemene eerlijkheid, ter herstel van het (uiteindelijke verplicht te bereiken) eerlijkheidsbalans, dient compensatie plaats te vinden door de (aangescherpte) inzet van andere procedurele waarborgen. Uitgangspunt is dat de rechter voorziet in correctie achterf, ondanks de mogelijkheid dat het nationale recht of het verdrag niet zijn nageleefd bij bewijsverkrijging. Schendingen van art. 6 EVRM doen zich dan alleen voor indien die correctie niet afdoende is, dan wel sprake is van een normschending die tot bewijsuitlsuiting noopt en het bewijs toch is gebruikt.

In het vorige hoofdstuk is uiteengezet dat die compensatie vooral wordt bereikt door de verdediging gelegenheid te geven procesrechten in te zetten in het kader van verzet tegen bewijsgebruik. In zoverre volgt die constructie de algemene, adversaire lijn van art. 6 EVRM, in die zin dat, voor zover de verdediging ook die kansen krijgt, herstel ook afhakelijk is van de wijze waarop zij zijn benut. Het is aan de rechter de verdediging die kansen te geven, zelf dient hij zorgvuldig om te gaan met zijn bewijsbeslissing, door gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs te motiveren en uit te gaan van een bewijsminimumregel. Een nadere, belangrijke, verplichtingen voor de rechter bestaat daaruit dat hij erkent wanneer sprake is van een zodanige normschending dat bewijsuitsluiting aan de orde is.

Het herstelmodel ziet er evenwel met name op dat de verdediging eerlijke kansen krijgt tegen bewijsgebruikt te ageren. Indien die gegeven is, kan de onrechtmatigheid worden weggerelativeerd. In dat laatste verband is in het vorige hoofdstuk is eveneens genoemd dat het Hof in de context van herstel een andere relativeringsmechanisme inzet door uit te gaan van variaties van rechtsverwerking, te weten het uitdrukkelijk toegepaste concept van *waiver* (dat steeds gekoppeld is aan een concreet deelrecht) en een meer subtiele vorm, waarmee relativering van eerlijkheidsbeperkingen wordt gebaseerd op eigen proceshouding dan wel verzuimen van de verdediging. Rechtsverwerking in deze zin speelt een rol in het herstelkader in zoverre dat waar bepaalde rechten of aanspraken niet zijn geffectueerd, zulks toch genuanceerd kan worden doordat de verdediging daarin zelf een bepaalde rol heeft gespeeld.

Ten aanzien van beide relativerings- of beperkingsmodaliteiten (het herstelkader zelf en het rechtsverwerkingsconcept) is gesteld dat zij sterk samenhangen met de adversaire notie die het Hof ten grondslag legt aan art. 6 EVRM. Zulks kan problematisch zijn in die zin dat het Hof mogelijk bij toepassing van deze mechanismen uitgaat van bepaalde veronderstellingen over de positie en het profiel van de verdediging, die niet stroken met het verdedigingsconcept in het nationale recht.

Op beide relativeringsmodaliteiten is in het voorgaande ingegaan, de werking daarvan in de context van specifieke typen normschendingen (art. 8 en art. 6 EVRM) wordt in de volgende hoofdstukken nader besproken. Een derde, eveneens eerder genoemde, relativeringsmodaliteit is daarbij nog van belang. In de voorgaande hoofdstukken is eveneens reeds genoemd dat het Straatsburgse Hof evenals de nationale rechter, gebruik maakt van verschillende relativeringsmechanismen, die specifiek zijn toegespitst op het fenomen van onrechtmatig verkregen bewijs. De volgende relativeringen, of excepties, zijn in dat verband genoemd. Onrechtmatige verkrijging kan worden worden gerelativeerd indien (1) de geschonden norm niet strekt tot bescherming van een bepaald belang van de verdachte; (2) opsporingsambtenaren bij de onrechtmatige handeling ter goede trouw handelden; (3) geen causale relatie bestaat tussen de onrechtmatige handeling en het verkregen bewijs en (4) het bewijs is (of kon) via andere, wél rechtmatige weg worden verkregen (de leer van alternatieve causaliteit).[153] Dergelijke relativeringen (en (nadere) variaties daarvan) en de toepassing daarvan in de Straatsburgse rechtspraak worden nader in de volgende hoofdstukken besproken. Eén van de belangrijkste relativeringen in deze laatste zin, die door de nationale rechter en het EHRM

153 M.C. Groenhuijsen/G. Knigge (red.), Afronding en verantwoording, Eindrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Kluwer, Deventer, 2004, p. 365-366. Zie nader in verband met Nederlandse excepties op de uitsluitingsregel: A.M. van Woensel, a.w., p. 121-123, 135-137 en 154-161. Zie algemeen over (o.a.) in de Nederlandse én Amerikaanse rechtspraak toegepaste excepties: M.C.D. Embregts, *Uitsluitsel over bewijsuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatige verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht*, dissertatie. Universiteit van Tilburg, Deventer, Kluwer, 2003.

worden toegepast betreft de Schutznormleer, oftewel de hierboven eerst genomede exceptie. Gelet op het centrale belang dat aan de Schutznormleer als relativeringsmechanisme moet worden gehecht (het is met via dit mechanisme normschendingen worden gerelativeerd) en wegens het onderscheid dat tussen de werking van dit mechanisme en andere relativeringsmechanismen bestaat, wordt deze exceptie – de toepassing daarvan in het nationale recht en in het verdragsverband – hieronder afzonderlijk besproken. Het verschil tussen de Schutznormexceptie en andere relativeringen van deze categorie is dat via de eerste wordt bezien of normen überhaupt beogen de verdachte te beschermen. Bij andere mechanismen wordt de beschermende functie van normen wel erkend, maar wordt de betekenis van niet-naleving genuanceerd. Via de Schutznormleer wordt dus niet alleen vastgesteld of gevolgen dienen te worden gekoppeld aan een normschending of gevaarzetting, maar wordt de reikwijdte van normen zelf bepaald.

3.5.2 De toepassing van de Schutznormleer in het nationale recht en in het verdragsverband

3.5.2.1 De Schutznormleer discrepantie

> 'Het is op grond van het arrest Lambert praktisch zeker dat de huidige rechtspraak van de Hoge Raad geen stand zal houden in Straatsburg, voor zover deze verdachten in het kader van de strafzaak uitsluit van bescherming tegen onrechtmatig telefoontappen, wanneer dat andermans telefoonlijn betreft of gesprekken die in een ander GVO zijn getapt. Het is even aannemelijk dat de rechtspraak die de telefoonprivacy beperkt tot niet-verdachten onhoudbaar zal blijken. En het is waarschijnlijk dat de rechtspraak die alleen bewoners beschermt tegen onrechtmatige huiszoekingen hetzelfde lot zal treffen. De zaak Lambert lijkt kortom buitengewoon relevant voor de effecten van de Schutznormleer van de Hoge Raad'.[154]

Deze voorspelling van Prakken ten spijt persisteert de Hoge Raad in de door door bedoelde toepassing van de Schutznormleer.[155] In 2004 heeft de Hoge

154 T. Prakken, De strafprocessuele schutznormleer gerelativeerd, NJB 1999, nr. 6, p. 248.

155 Ondanks overigens de door Prakken gesignaleerde 'nationale tekenen' dat '(...) de Schutznormleer aan herziening toe is'. Die tekenen zag zij in een uitspraak van de rechtbank Rotterdam (Rechtbank Rotterdam 7 oktober 1997, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, 211 (nr 13, 2 december 1998)), waarin het openbaar ministerie niet-ontvankelijk werd verklaard wegens het afluisteren van de telefoon van een opzettelijk niet als verdachte aangemerkte advocaat en twee uitspraken van de Hoge Raad '(...) die dezelfde kant opgaan'. In HR 12 januari 1999 (nr. 108.483) en het arrest tegen een medeverdachte in dezelfde zaak In HR 12 januari 1999 (zelfde datum, nr. 108.483) kon het feit dat het niet de telefoon van verdachte, maar die van weer een andere verdachte was getapt, niet tot leiden tot de conclusie dat de andere verdachte een belang ontbeerde. In alle door haar genoemde gevallen was er echter een

Raad, bij zijn beoordeling van een onrechtmatige doorzoeking van een woning (van een ander dan de verdachte), van de gelegenheid gebruik gemaakt om algemene uitgangspunten over de uitleg van art. 359a WvSv uiteen te zetten.[156] In die uitspraak, waarin de Schutznormleer werd toegepast, werd niet gerept van een eventueel afwijkende houding die in Straatsburg in dit verband wordt ingenomen. De Schutznormleer werd in dit arrest amper afgezwakt.[157]

3.5.2.2 De Schutznormleer: twee uitwerkingen

De Schutznormleer valt, als gezegd, onder een groep van relativeringsmechanismen die worden toegepast ter nuancering van aan onrechtmatig handelen in het vooronderzoek te verbinden rechtsgevolgen. De toepassing ervan in de context van normschending leidt vaak tot het wegrelativeren van de implicaties van verzuimen, waardoor de werking ervan vooral negatief is ten opzichte van de reikwijdte van normen. De leer zelf is echter neutraal ten opzichte van het gevolg: de toepassing ervan kan net zo goed als uitkomst hebben dat een onrechtmatigheid wel doorwerkt. Dergelijke – positieve – toepassingen – zijn minder opvallend, daar de rechter in die gevallen uitgaat van de toepasselijkheid van een norm.

Enerzijds werkt de leer beperkend ten opzichte van de reikwijdte van de bescherming van de norm in het algemeen, anderzijds heeft deze een beperkende werking ten opzichte van het object van de bescherming. In het eerste geval kan onrechtmatig handelen worden genuanceerd doordien (de aard van) de

---

andere, hierna te bespreken, bijzonderheid, namelijk dat bij het afluisteren geheimhouders betrokken waren. Die uitspraken laten zich eerder ook daardoor verklaren. Ten opzichte van de twee uitspraken van de Hoge Raad zegt Prakken zelf ook dat het duidelijk is dat '(..) de Hoge Raad via de vertrouwde Schutznormgedachte tot het genoemde resultaat komt, namelijk door vast te stellen dat deze norm (bescherming van de geheimhoudersrelatie: FPÖ) er is ter bescherming van iedereen die aan een advocaat iets toevertrouwt of ooit zou willen toevertrouwen, waardoor het verschoningsrecht van de advocaat de proporties van algemeen belang aanneemt. Een aanwijzing dat de Hoge Raad terugkomt op de Schutznormleer als zodanig is uit deze arresten niet af te leiden'. Ibidem, p. 248-249.

156 HR 30 maart 2004, NJ 2004/376, m.nt. YB.

157 Buruma signaleert in zijn noot bij dit arrest een kleine nuancering ten opzichte van de eerdere lijn: '(m)en zou uit de eerdere rechtspraak de indruk hebben kunnen krijgen dat de Schutznorm een plicht inhield tot buiten beschouwing laten van vormfouten die de verdachte niet treffen. Toch wil de Hoge Raad in 3.5 die consequentie niet trekken. De plaatsing van de slotoverweging (na de bespreking van lid 2 van art. 359a Sv) waaruit dat blijkt, doet vermoeden dat de Hoge Raad meent dat de wet voor het inlezen van die extra eis geen ruimte biedt. Met een flinterdunne relativering heet het dat in zo'n geval de nietnaleving "als regel geen rechtsgevolg" zal behoeven te hebben. Een geval waarin de Hoge Raad bij uitzondering wel bewijsuitsluiting wenste ondanks mogelijke toepasbaarheid van de Schutznorm deed zich voor bij een tap van een telefoongesprek waaraan niet de verdachte maar wel een advocaat deelnam (NJ 1999, 290). De rechter is dus niet verplicht maar wel van harte uitgenodigd de Schutznorm toe te passen'.

geschonden norm niet ziet op een verdedigingsbelang. In het tweede geval wordt wel erkend dat de geschonden normen in het algemeen een verdedigingsbelang behartigen, maar niet van de specifieke verdachte die zich erop beroept.

De beperkte lezing van de norm naar object, neemt de vorm aan van een derdenuitsluiting. Alleen de (formele) drager van het belang kan zich op aantasting van zijn recht beroepen. Die toepassing komt in de rechtspraak vaak aan de orde in de context van het afluisteren van telecommunicatie en doorzoekingen van plaatsen. Daarbij is de redenering dat alleen diegene wiens telefoonnummer werd afgetapt, respectievelijk degene aan wie het doorzochte object toebehoorde, zich over eventuele onrechtmatigheden in dat verband kan beklagen.[158] Te denken valt in het verband van de derdenwerking echter ook aan de overtreding van andersoortige normen, waarvan persoongebonden bescherming uitgaat. In de situatie waarin een medeverdachte bij uitblijven van een cautionering bij verhoor tot een bekentenis is gekomen, kan niet worden gezegd dat het gebruik van een dergelijke verklaring in de zaak van een andere verdachte daardoor problematisch zal zijn.

Bij de restrictieve interpretatie van de inhoudelijke reikwijdte van een geschonden norm wordt gekeken naar de mate waarin deze een verdedigingsbelang beoogt te beschermen. Meestal wordt die analyse uitgevoerd aan de hand van een abstracte onderverdeling van verschillende soorten normen onder aparte categorieën. Keijzer noemt de zogeheten 'instructienorm', die niet primair is gericht op een verdedigingsbelang, als illustratie van een norm waarvan de overtreding niet noodzakelijkerwijs moet worden geacht het verdedigingsbelang te raken.[159] Teruggekoppeld kan worden in dit verband naar het volgens Embregts door Commissie Moons in het kader van de herziening van het stelsel van nietigheden gemaakte onderscheid tussen verschillende soorten (geschreven en ongeschreven) vormvoorschriften, namelijk vormvoorschriften:

- die gericht zijn tot politiële en justitiële autoriteiten en vooral betrekking hebben op de uitoefening van dwangmiddelen;
- die gegeven zijn ter bescherming van de rechten van de verdachte;

158 Zie in dat verband door Embregts genoemde rechtspraak: HR 18 oktober 1988, NJ 1988, 793; HR 2 februari 1988, NJ 1989, 108; HR 19 maart 1985, NJ 1985, 702; HR 14 april 1987, NJ 1988, 515: HR 18 december 1990, NJ 1991, 343, m.nt. ThWvV; HR 21 januari 1997, NJ 1997, 309 en ten aanzien van doorzoeking: HR 26 maart 2002, NJ 2002, 343, M.C.D. Embregts, aant. 5.9 op art. 359a (suppl. 119, december 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a. Het voornoemde HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376, m.nt. YB, betreft eveneens een geval van derdenuitsluiting bij een doorzoeking.

159 N. Keijzer, De bloedproefregeling en de 'exclusionary rule': het 5 millimeter arrest, Tijdschrift voor Militair Recht, 1979, p. 54-55. Aangehaald in: M.C.D. Embregts, aant. 5.9 op art. 359a (suppl. 119, december 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

- die gegeven zijn ter bescherming van de rechten van andere procesdeelnemers; en
- die het onderzoek ter terechtzitting regelen.[160]

De verschillen tussen de uiteenlopende soorten vormvoorschriften leidden ook in de rechtspraak van de Hoge Raad – vóór de invoering van de Wet Vormverzuimen – ten aanzien van formele en substantiële nietigheden tot relativering van de betekenis van de overtreding van wettelijke vormen voor de verdachte. Aan verschillende, met formele nietigheid bedreigde, vormverzuimen werd niet het nietigheidsgevolg gekoppeld indien '(...) daar, in het concrete geval, geen redelijk belang mee is gediend'.[161] Andersom, bij overtreding van voorschriften die niet met nietigheid werden bedreigd, maar waarvan de rechter meende dat zij substantieel of essentieel strekten tot bescherming van een rechtsbelang van de verdachte, werd een buitenwettelijke nietigheid wel aangenomen. Aldus bracht de rechter een correctie aan op de, door de wetgever gemaakte, waardering van het belang van de naleving van verschillende voorschriften. De ratio van dat correctiestreven kan worden gezocht in de betere mogelijkheden die de rechter heeft om tot een dergelijke waardering te komen, geconfronteerd als hij wordt met de concrete werking van de regels, toegespitst op de door de wetgever niet voorzienbare situaties.[162] De Wet Vormverzuimen maakte die praktijk tot wet.

3.5.3 Nadere beschouwing en problematisering van de leer

De Schutznormleer staat, ondanks dat de toepassing ervan in het kader van onrechtmatigheden in het vooronderzoek veelal negatief is, als gezegd, neutraal ten opzichte van de uitkomst. De leer komt er immers op neer dat bezien wordt wat de reijkwijdte is van een norm en of die in het concrete geval van toepassing kan worden geacht. Daarin verschilt de leer ook met andere excepties, namelijk dat de rechter met de Schutznormleer feitelijk de strekking van de wet vaststelt. In die zin raakt de Schutznormleer ook het legaliteitsvraagstuk, voor zover de rechter met zeer extensieve toepassingen zich in dat verband veel permitteert.

Toepassing van de Schutznormleer is ook niet beperkt tot strafvorderlijke normen. In het materiële strafrecht kan de leer worden ingezet te 'concretise-

160 M.C.D. Embregts, aant. 3.2 op art. 359a (suppl. 119, december 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

161 M.C.D. Embregts, aant. 3.2 op art. 359a (suppl. 119, december 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

162 M.C.D. Embregts, aant. 3.3 op art. 359a (suppl. 119, december 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a. Zie algemeen in dit verband, M.C.D. Embregts, aant. 3.2-3.3 op art. 359a (suppl. 119, december 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

ring van de wederrechtelijkheid.[163] De rechter stelt dan de reikwijdte van een strafbaarstelling vast aan de hand van het rechtsgoed of -belang dat de wetgever met de strafbaarstelling heeft willen beschermen. De strafbaarstelling wordt aldus geconcretiseerd naar strekking en doel. Wederrechtelijkheid is er niet indien de tenlasteglegde gedraging het beschermde rechtsgoed of -belang heeft geraakt, op de wijze waarop de wetgever die heeft willen beschermen. Schaffmeister/Heijder noemen in dat verband het Huizer Veearts arrest, waarin volgens het oordeel dat het feit niet strafbaar was op dat niveau (en niet door de aanname van een buitenwettelijke rechtvaardigingdgrond) kan worden aangenomen. De gedraging in die zaak diende het door de wetgever beschermde rechtsgoed of rechtsbelang en tastte dit niet aan, waardoor het handelen niet strafbaar was.[164]

Dergelijke interpretatie is volgens Schaffmeister/Heijder noodzakelijk in verband met de legislatieve techniek die wordt gehanteerd bij de formulering van strafrechtelijke normen, waarbij de geïmpliceerde verwijtbaarheid en de wederrechtelijkheid van een gedraging gegeven is wanneer de rechter kan vaststellen dat aan de – door de wetgever opgegeven – delictsvoorwaarden is voldaan. Die legislatieve techniek berust echter op twee vooronderstellingen:

> 'Ten eerste gaat zij ervan uit dat een delictsomschrijving zo nauwkeurig kan worden opgesteld dat elk daaraan beantwoordend gedrag inderdaad wederrechtelijk en verwijtbaar is. De tweede vooronderstelling is dat er een scherpe scheiding is aan te brengen tussen wetgeving en rechtspraak: de wet bevat de algemene maatstaf en de rechter toetst het telastegelegde aan die maatstaf en vindt zo, althans in de contentieuze delen van het proces, zijn uitspraak. Beide vooronderstellingen vloeien voort uit het legaliteitsbeginsel. Vanuit de optiek van dat beginsel zijn ze onder de loep genomen in het proefschrift van Melai. Over beide vinden wij al in de Inleiding van zijn boek een standpuntbepaling: Ten aanzien van de eerste vooronderstelling stelt hij 'is gemeengoed geworden dat een wettelijk voorschift (...) zich niet bij voorbaat in abstracto in volstrekte klaarheid kan doen gelden, maar daarentegen voor de nadere vaststelling van zijn inhoud afhangt van een onbepaalde verscheidenheid van concrete gevallen'. (...). Ten aanzien va de tweede vooronderstelling loopt zijn argumentatie uit in de stelling: 'de functies van wetgeving en rechtspraak berusten op een complementaire relatie, met op de achterhand het reilen en zeilen van de individuen, die in het proces van de rechtsvorming een eigen fundamentele rol spelen'. De wettelijke delictsomschrijving lijkt in de rechtspraak een minder doorslaggevende rol te kunnen spelen dan men op grond van het legaliteitsbeginsel en de door de wetgever gehanteerde techniek zou mogen verwachten'.[165]

---

163 D.Schaffmeister/A. Heijder, Concretisering van de wederrechtelijkheid in het strafrecht, In: E.A. de la Porte e.a. (Red.) Bij deze stand van zaken. Opstellen aangeboden aan A.L. Melai, Gouda Quint BV, Arnhem, 1983.

164 Ibidem, p. 449-450.

165 Ibidem, p. 441-442.

De wetgever is niet in staat te voorzien in een voldoende accurate norm die uitkomst zal bieden voor elk onvoorzienbaar geval. Het toekennen van meer rechterlijke vrijheid betekent dan ook een nuancering van de legistische gedachte en volgt sterk de lijn van de hermeunitische visie: het recht komt pas werkelijk tot uitdrukking in de toegepaste variant daarvan, in de samensmelting van feit en norm. Aldus bezien betreft de Schutznormleertoepassing niets meer dan een teleologische, functionele interpretatie, een opdracht om de norm achter de wet, in haar toegepaste variant, te vinden.

Schaffmeister/Heijder staan in de context van het materiële strafrecht een uitermate gedetailleerde, diepgaande interpretatie van het objectieve recht voor, wil de rechter in dat verband tot een bevredigend oordeel kunnen komen. Ervan uitgaande dat de rechter in de context van strafvordering, vanuit legaliteitsperspectief meer ruimte heeft voor extenseieve intepretatie dan bij het materiële strafrecht,[166] is er ook meer ruimte voor Schutznormleertoepassingen in het eerste verband. Dat vraagt wel een even grote inspanning zijnerzijds, mede gelet op de veranderlijke (mensenrechtelijke) kaders voor de strafvordering. Niet alleen dient de rechter (de juiste) verdragsrechtelijke normen te verdisconteren in zijn intepretaties, nader problematisch bij strafvorderlijke normen, is dat het hier – anders dan bij strafbaarstellingen – niet gaat om een homogene categorie: er bestaat een veel grotere verscheidenheid van strafvorderlijke normen ten opzichte van strafrechtelijke. De rechter dient er tegen te waken dat hij een strafvorderlijke norm niet ten onrechte als enkel een 'instructienorm', gericht tot politiële of justitiële autoriteiten, kwalificeert en daarmee een verdedigingsbelang veronachtzaamt. Abstracte onderverdelingen van normen kunnen te algemeen zijn. Een bepaalde norm kan immers onder verschillende categorieën vallen. Een oplossing die relativering toestaat wanneer bepaalde normen de bescherming van het verdedigingsbelang wel bevorderen, maar in *hoofdzaak* niet waarborging daarvan tot doel hebben voldoet niet.[167]

Bepaalde strafvorderlijke normen strekken duidelijk niet ter bescherming van de verdachte. Zo is het op 1 januari 2005 ingevoerde spreekrecht voor

166 Het materiële legaliteitsbeginsel is in het nationale recht geregeld als zelfstandig recht in art. 16 Grondwet respectievelijk art. 7 EVRM. In art. 15 EVRM wordt het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel zoals verankerd in art. 7 EVRM tot niet-derogabele mensenrecht verklaard. Het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel is eveneens in de Grondwet en het verdrag opgenomen, echter niet als een zelfstandige norm, maar in de vorm van een beperkingsvoorwaarde bij overige grond- en mensenrechten. Zie voor een sterke legaliteitsnuancerende visie voor het materiële strafrecht: K. Rozemond, Legaliteit in het materiële strafrecht, Themis nr. 4, april 1999 p. 117-130 en voor het strafprocesrecht, zijn dissertatie: Strafvorderlijke rechtsvinding, Dissertatie UvA, 2000.

167 M.C.D. Embregts, aant. 5.9 op art. 359a (suppl. 119, december 2000), in Melai/Groenhuijsen e.a., met verwijzing naar: M.J. Grapperhaus/J. Nieuwenhuys, De gevolgen van onrechtmatige bewijsvergaring. Een overzicht, NJB 1990, p. 771-772.

het slachtoffer[168] gegeven ter bevordering van slachtofferbelangen.[169] Overlap met verdedigingsbelangen zou bestaan wanneer het spreekrecht ook de materiële waarheidsvinding zou beogen te dienen. Dat is evenwel niet een functie van het spreekrecht. Niet kan worden miskend dat het verdedigingbelang door de uitoefening van het spreekrecht evenwel toch worden geraakt. Eventuele spanning met de onschuldpresumptie, het recht op tegenspraak (in verband met straftoemeting) is niet ondenkbaar en kan door de rechter niet worden gepasseerd. *Niet naleving* van de wettelijke regeling zal de verdachte echter niet kunnen raken. In het geval dat een rechter, in strijd met de wettelijke regeling, het slachtoffer geen spreekrecht toekent, kan de verdachte zich uiteraard niet beroepen op aantasting van zijn belangen.[170]

Bij andere – zelfs het overgrote deel van – strafvorderlijke normen, zal de rechter niet een dermate precieze incisie kunnen maken in de scheidslijn tussen de verschillende, door één norm beschermde belangen. In *P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk*[171] betrof de onrechtmatigheid, die onderwerp was van de door het EHRM gehonoreerde klacht over schending van art. 8 EVRM, niet

168 Wet van 21 juli 2004 tot wijziging van enige bepalingen van het Wetboek van Strafvordering (invoering spreekrecht voor slachtoffers en nabestaanden), Staatsblad 2004, 382. Zie ook de Aanwijzing spreekrecht en schriftelijke slachtofferverklaring, College van Procureurs-Generaal, Staatscourant 23 december 2004, nr. 248. Beide regelingen zijn op 1 januari 2005 in werking getreden.

169 Die doelstelling blijkt mede uit een algemene brief van de Minister van Justitie van 10 maart 2004 over de positie van het slachtoffer in het strafproces, Tweede Kamer, vergaderjaar 2003–2004, 27 213, nr. 8, waarin hij stelt dat '(h)et (...) juist (is) dat de ontwerpers van het Wetboek van Strafvordering in het begin van de vorige eeuw voornamelijk oog hadden voor het slachtoffer in zijn rol als getuige. Het slachtoffer was een instrument voor de waarheidsvinding en diende slechts te voldoen aan zijn burgerplicht: het spreken van de waarheid. Voor de eigen belangen van het slachtoffer: een behoorlijke bejegening, tijdige informatieverstrekking en schadevergoeding bestond niet of nauwelijks aandacht', doch dat het strafrecht thans er 'mede voor (moet) zorgen dat slachtoffers van delicten op een gereguleerde wijze genoegdoening kunnen ontvangen'. Zie over de notie van genoegdoening en de vraag in welke mate daarbij behorende concepten via het recht – in het bijzonder het strafrecht – kunnen worden verwezenlijkt: C.P.M. Cleiren, Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht, Het Opstandige slachtoffer, Genoegdoening in het strafrecht en burgerlijk recht, NJV-pre-advies, Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging, 1333e jaargang/2003-1, p. 36. Gelet op de volle strekking van die notie acht zij het twijfelachtig dat de onvrede die er bestaat ten aanzien van de mate waarin zulks verwezenlijkt wordt, door een verdere uitbouw van de positie van het slachtoffer binnen het strafproces zou kunnen worden verminderd. C.P.M. Cleiren, a.w., p. 44.

170 Uitzonderingen kunnen zich natuurlijk wel voordoen. Denkbaar is dat het slachtoffer zeer welwillend staat ten opzichte van de verdachte en juist het spreekrecht wil uitoefenen om duidelijk te maken dat het delict geen ernstige gevolgen heeft gehad. Dan blijft het nog de vraag of in het publiekrechtelijk georiënteerde strafproces een dergelijk recht wel toekomt aan de verdachte. Voor zover de uitnodiging aan het slachtoffer als actieve procespartij deel te nemen aan het strafproces in reikwijdte groeit, en het publiekrechtelijk karakter daardoor wordt gemitigeerd, is voor de toekenning van een dergelijk recht wel iets te zeggen.

171 EHRM 25 september 2001, *P.G. en J.H. vs. Het Verenigd Koninkrijk,* Appl. nr.: 44787/98.

naleving van de nationale regel dat voor direct afluisteren voorafgaande schriftelijke toestemming is vereist van de hoofdinspecteur van politie. Die regel valt in verschillende categorieën. Enerzijds betreft het een instructienorm aan opsporende entiteiten, die ogenschijnlijk geen verdedigingsbelang zal raken. Verdedigbaar is dat die regel er juist is ter bescherming van opsporingsambtenaren zelf (het levert achteraf het bewijs dat zij met toestemming hebben gewerkt), of zuiver bijdraagt aan de goede administratieve huishouding van de opsporingsdienst. De schriftelijke toestemming kan alleen een interne werking hebben in die zin dat afluisterapparatuur slechts wordt afgegeven wanneer opsporingsambtenaren een bewijs van toestemming kunnen overleggen.

Een verdedigingsbelang *kan* echter eveneens duidelijk aan die regel worden gekoppeld. Enerzijds waarborgt die regel een voorzichtige besluitvorming bij de toepassing van opsporingsbevoegdheden, dus raakt zij de eisen van simultaan toezicht daarop. Toegegeven moet worden dat de eis van voorafgaande *toestemming* in dat verband een groter belang draagt: waar toestemming zou ontbreken zou dat immers kunnen betekenen dat, wanneer toestemming was gevraagd, deze *in casu* wellicht niet was gegeven. De aanwezigheid van een van tevoren opgemaakt *schriftelijk* bescheid laat echter zien, dat de tot toestemming bevoegde autoriteit zich inderdaad voorafgaand aan de toepassing, daarover heeft beraden en tot een positieve uitkomt is gekomen.

Een onderscheid kan voorts worden gemaakt tussen de vraag of de verdachte een belang heeft bij naleving van die regel en de vraag welk gewicht daaraan moet worden toegekend. Verschillende gradaties van een oplopend verdedigingsbelang kunnen aldus worden uitgewerkt. Indien alleen vooraf mondeling om toestemming wordt gevraagd en schriftelijke toestemming pas later is gegeven, is niet vast te stellen of voorafgaand de juiste afweging is gemaakt. Dat kan achteraf worden hersteld, doordat de bevoegde autoriteit achteraf uitdrukt dat hij retroactief toestemming geeft. In het geval dat toestemming niet is gevraagd, is de vereiste afweging niet gemaakt. Ook in dat geval kan de bevoegde autoriteit echter achteraf zijn goedkeuring verstrekken. In het geval dat die autoriteit daartoe niet bereid is, is er sprake van een ernstige, substantiële, normscheding. De ernst van het verzuim is aldus variabel, doch is er steeds wel duidelijk een verdedigingsbelang aanwezig. Het punt is nu dat in elk geval de norm zelf en de wijze waarop die is overtreden, gedetailleerd moet worden beoordeeld, terwijl de vraag naar de ernst van het verzuim gesepareerd moet worden van de vraag naar het geraakt zijn van een verdedigingsbelang. Een klakkeloze, categorische afwijzing van een verdedigingsbelang op basis van de (ogenschijnlijke) vormgeving van een bepaalde norm, (waarvan sprake zou zijn als alle als instructienorm gekwalificeerde regels als niet relevant voor het verdedigingsbelang zouden worden beschouwd), voldoet niet.

3.5.4 Conclusies, (verschillen tussen) de toepassing van de Schutznormleer in het nationale recht en in het verdragsverband

Terug dan naar het betoog van Prakken en de vraag waarin de discrepantie tussen de werkwijze van het EHRM en de Hoge Raad is gelegen. De twee door haar bedoelde relativeringsmechanismen vallen samen met de twee uitwerkingen van de Schutznormleer. Wat zij 'een beperkte lezing van grondrechten' noemt, komt feitelijk neer op de toepassing van de Schutznormleer in de eerste variant daarvan, namelijk via restrictieve intepretatie van de inhoudelijke reikwijdte van een norm. Zij bespreekt die werking alleen vanuit het kader van grondrechten, meer specifiek art. 8 EVRM, maar het mechanisme blijft hetzelfde ook waar het gaat om niet met grond- of verdragsrechten samenvallende normen. Wat zij dan bedoelt met de Schutznormleer zelf, is een tot de tweede variant beperkte lezing daarvan, namelijk het fenomeen van de derdenuitsluiting. Het is in dat laatste verband dat zij een discrepantie ziet tussen de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad.[172]

Een aanzet tot een afwijkende aanpak ter zake door het EHRM ziet zij in de uitspraken in *Kruslin*[173] en *Kopp*.[174] In beide gevallen ging het om het afluisteren van telecommunicatie, waarbij het niet de telefoonnummers van verzoekers waren die (ook weer in beide gevallen onrechtmatig) werden afgeluisterd, maar die van anderen. In de *Lambert*[175] uitspraak ziet zij de bestendiging van de afwijking. Ook in dat geval ging het om het onrechtmatig afluisteren van telecommunicatie, via de telefoonlijn van een medeverdachte. Lambert had over die lijn een zichzelf belastend gesprek gevoerd, dat als bewijs werd gebruikt in de zaak tegen hem. De onrechtmatigheid berustte *in casu* op het onvoldoende gemotiveerd zijn van de tap-beschikking van de rechter-commissaris. In de nationale procedure oordeelde de *chambre d'accusation* van het Hof van Riom dat de motivering van de beschikking wel voldoende was en verwierp zij op die basis het beroep. In cassatie faalde het beroep van Lambert wederom, maar nu omdat het niet-ontvankelijk werd geacht: de *cour de cassation* stelde vast dat de *chambre d'accusation* ten onrechte op de verweren van Lambert was ingegaan omdat het niet de telefoon van Lambert was maar van een derde die was afgeluisterd.

In Straatsburg werd wegens de disproportionaliteit van de inbreuk een schending van art. 8 EVRM aangenomen. Inmiddels had de Franse wetgever – naar aanleiding van de uitspraken van het Hof in *Kruslin* en *Huvig* – wel voorzien in een toereikende wettelijke grondslag voor het tappen. De interpre-

172 T. Prakken, a.w., p. 245.

173 EHRM 24 april 1990, *Kruslin v. Frankrijk,* A, 176-A. Zie voor haar bespreking van deze rechtspraak, T. Prakken, a.w., p. 246-248.

174 EHRM 25 maart 1998, *Kopp v. Zwitserland,* Reports 1998-II.

175 EHRM 24 augustus 1998, *Lambert v. Frankrijk,* Reports 1998-V, § 38.

tatie van de wettelijke regeling door de Franse cassatierechter in *Lambert*, maakte het bereik van die regeling evenwel te ruim:

> '(...) it has to be recognised that the Court of Cassation's reasoning could lead to decisions whereby a very large number of people are deprived of the protection of the law, namely all those who have conversations on a telephone line other than their own. That could in practice render the protective machinery largely devoid of substance.'

Prakken analyseert dat aldus dat voortaan een '(e)en klacht van iemand die door de Schutznormleer buiten de kring van door de regeling beschermde personen is geplaatst, (...) in het licht van de zaak Lambert wel een kans (maakt)'.[176]

Dat het Hof inderdaad niet uitgaat van derdenuitsluiting zoals de nationale rechter dat wel doet, blijkt ook uit andere uitspraken van het EHRM. In andere zaken waarin opsporingsmethoden feitelijk jegens derden zijn aangewend, besteedt het Hof niet eens aandacht aan de vraag of klagers wel worden beschermd. In *Khan v. Het Verenigd Koninkrijk*[177] was het niet de woning van de verdachte die (onrechtmatig) direct werd afgeluisterd, maar die van een medeverdachte. Datzelfde geldt voor het direct afluisteren in een woning in *P.G. en J.H.*[178] De Hoge Raad daarentegen zou met een beroep van de medeverdachten vermoedelijk korte metten hebben gemaakt: waarschijnlijk zouden in alle gevallen de grieven via de derdenuitsluiting zijn afgewezen.

De conclusie kan echter niet zijn dat het EHRM zich in het geheel niet bedient van de Schutznormleer. Waar de eerste variant van de Schutznormleer moet worden begrepen als teleologische interpretatie van normen, toegespitst op het feitencomplex waarin zij zich manifesteren, doet het Hof dat wel. In *Parris v. Cyprus*[179] werd de Schutznormleer op een zeer herkenbare wijze toegepast in het kader van een rechtmatigheidstoetsing. De onrechtmatigheid lag in die zaak in het volgende. Nabestaanden van het vermeende slachtoffer hadden, nadat een eerste sectie was uitgevoerd, verzocht om een tweede autopsie. Dat verzoek werd door de bevoegde autoriteit, de lijkschouwer, afgewezen, vermoedelijk om geen andere reden dan dat hij reeds een bevel tot begraven had gegeven. In plaats van gebruik te maken van de normale rechtsmiddelen, hadden de nabestaanden via een andere weg (via toestemming van de *Attorney General*) gedaan gekregen dat de tweede sectie toch werd uitgevoerd door een andere deskundige dan die de eerste lijkschouwing had verricht. Het verslag van beide deskundigen werd als bewijs gebruikt. Verzoeker meende nu dat het gebruik van het tweede verslag niet eerlijk was, nu

176 T. Prakken, De strafprocessuele Schutznormleer gerelativeerd?, NJB, nr. 6, 1999, p. 248.
177 EHRM 12 mei 2002, *Khan v. Het Verenigd Koninkrijk,* NJ 2002, 180
178 EHRM 25 september 2001, *P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk*, Reports of Judgments and Decisions 2001-IX.
179 Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 4 juli 2002, *Parris v. Cyprus,* Appl.nr.: 56354/00.

dat onrechtmatig, want in strijd met de nationale wet,[180] was verkregen. Het Hof kwam niet tot dezelfde conclusie, *inter alia* vanwege het volgende:

> '(f)urthermore, the Court cannot overlook the nature and the scope of the provision of the domestic law which was breached. It notes that Section 15 (2) of the Coroner's Law forms part of the provisions regarding the viewing of bodies and as such is primarily intended, as the Government also emphasise, to ensure respect of the corpse of a deceased and not of the procedural rights of an accused'.

De Schutznorm van de overtreden regeling strekte niet tot bescherming van het verdedigingsbelang en het verzuim behoefde derhalve niet te leiden tot een intern rechtsgevolg binnen de strafvervolging.

Ook in meer algemene (doch minder uitdrukkelijke) zin zijn Schutznormleer toepassingen in de verdragsrechtspraak te zien: interpretaties van het zwijgrecht, de participatienorm, de probiteitsdimensie van de eerlijkheid zelf, brengen allen deze vorm van interpretatie met zich mee. 's Hof afwijzing van een *strafvorderlijk* belang bij privacyschending in het vooronderzoek vloeit voort uit een categorale Schutznormleertoepassing: de privacyschending blijft relevant avanuit het mensenrechtelijk perspectief, echter art. 8 EVRM normen zien in zichzelf niet op bescherming van belangen die relevant zijn in de context van de strafvervolging.

Wat betreft de tweede variant van de Schutznormleer toepassing, die van de derdenuitsluiting, ook daar is het overigens de vraag of het Hof zich werkelijk principieel heeft afgekeerd van dat fenomeen. Een nadere beschouwing van de rechtspraak doet eerder vermoeden dat in gevallen waarin derdenuitsluiting niet wordt toegepast, zulks eigenlijk voortvloeit uit (de interpretatie van) de norm zelf.

De *Lambert* uitspraak kan namelijk ook aldus worden gelezen als een toepassing van de Schutznormleer in de eerst bedoelde variant daarvan. Bij een zo ruime machtiging als die door de Franse rechter-commissaris is afgegeven, stond vast dat ook anderen dan de verdachte gebruik zouden maken van de getapte lijn. Uit de aard van de telefoontap volgt welhasst vanzelfsprekend dat daarmee inbreuk wordt gemaakt op het privacy- en correspondentierecht van minstens twee personen. Die rechten zijn niet gekoppeld aan een abonnement bij een telecommunicatiebedrijf, maar aan personen. Door derden bij voorbaat uit te sluiten van bescherming omdat het niet hun nummer is die wordt getapt, wordt hun privacyrecht veronachtzaamd. Er vindt dus geen fictieve toekenning van een recht plaats aan de derde: het gaat erom dat hij zelf een recht heeft dat eveneens is aangetast. Het is dus niet het recht van

180 Interessant is ook in deze zaak dat het Hof over is gegaan tot een rechtmatigheidstoetsing in een geval waarin de onrechtmatigheid niet samenviel met een verdragsschending, maar zuiver volgde uit niet-naleving van de nationale wet. Dat geeft een indicatie voor het bestaan van een legaliteitseis in de context van de rechtmatigheidstoetsing via de toetsing van het deelrecht op een eerlijk bewijsgebruik.

de direct getapte dat wordt overgedragen aan zijn gesprekspartner: beiden hebben een eigen recht.

Via dezelfde weg kunnen de uitspraken in *Khan* en *P.G. en J.H.* worden verklaard. Hoewel in beide gevallen niet de woning van de verzoekers zelf direct werd afgeluisterd, namen zij wel deel aan in die woningen gevoerde gesprekken en verkeerden zij in de veronderstelling dat zij dat deden in de (streng beschermde) privacysfeer van een woning. Ook in geval van doorzoeking in beschermde ruimtes die niet aan verdachten toebehoren, kan dezelfde redenering leiden tot erkenning van een bescherming: wie zich in een ruimte bevindt kan rekenen op de privacybescherming die algemeen voor een dergelijke ruimte bestaat. Als hij zich op een bepaalde wijze gedraagt omdat hij zich in een woning bevindt, al is het niet de zijne, is zijn privacy verwachting daarop gebaseerd. Dat wil niet zeggen dat geen inbreuk kan worden gemaakt: dat kan wel, voor zover aan de beperkingsvoorwaarden van art. 8 lid 2 EVRM wordt voldaan, maar van bescherming kan hij niet worden uitgesloten.

Zeer wel denkbaar is dat, waar de aard van een bepaald recht zich verzet tegen 'gedeelde bescherming' (ofwel, bescherming die niet persoonsgebonden is), het Hof wel over zal gaan tot derdenuitsluiting. Niet elke derde die geraakt wordt door een normschending kan aanspraak maken op bescherming: dat kan alleen indien hij in dat verband een eigen recht heeft. Tot dusver zijn aan het Hof alleen gevallen voorgelegd waarin door de (onrechtmatige) toepassing het privacyrecht van derden was aangetast. Bij privacygevoelige toepassingen van bijzondere opsporingsbevoegdheden, zeker die als de telefoontap, waarbij per definitie derden in het spel zijn, zullen die derden ook vaker wel dan niet een eigen recht hebben. De bescherming wordt niet gegeven omdat het om bij onrechtmatig optreden jegens anderen betrokken derden gaat, maar omdat de rechten van de overige betrokkenen zo worden uitgelegd dat zij zelfstandig worden geacht te zijn aangetast. Zo zal persoonsgebonden bescherming aan de orde zijn bij onderzoek aan het lichaam. Indien een medeverdachte onrechtmatig is gefouilleerd, is mogelijk dat het Hof een dergelijke schending niet door zal laten werken bij de strafvervolging van een medeverdachte, wiens lichamelijke integriteit niet is aangetast. Te denken valt ook – buiten het verband van art. 8 EVRM – aan schending van het zwijgrecht van een medeverdachte, wiens onrechtmatig verkregen verklaring vervolgens in de zaak van de verdachte wordt gebruikt. Daardoor is het zwijgrecht van de verdachte niet aangetast.

4 Opsporingsnormen in art. 8 EVRM, toetsing en doorwerking in art. 6 EVRM bij schending daarvan

4.1 INLEIDING

4.1.1 Strafvorderlijke relevantie van het privacyrecht

Onmiskenbaar heeft art. 8 EVRM een sterke normerende werking ten opzichte van strafvorderlijke onderzoeksbevoegdheden. Dat geldt algemeen: de toepassing van bijna alle klassieke strafvorderlijke onderzoeksbevoegdheden maakt inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en dient derhalve te voldoen aan de beperkingsvoorwaarden in art. 8 lid 2 EVRM. Uit de rechtspraak van het EHRM ná 2000 blijkt, dat het privacyrecht zich eveneens uitstrekt over de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden.

Die rechtspraak bracht een vergaande extensivering van het recht met zich mee. De reden immers dat het privacygevoelige karakter van de bijzondere opsporingsbevoegdheden in eerste instantie door de nationale wetgever niet werd erkend, lag daarin dat zij niet op dezelfde wijze als klassieke onderzoeksbevoegdheden een inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer. Klassieke strafvorderlijke dwangbevoegdheden maken vooral inbreuk op de in art. 8 lid 1 EVRM uitdrukkelijk benoemde beschermingsobjecten (de woning (ook uitgebreid naar andere ruimten) en de correspondentie). Bijzondere opsporingsbevoegden, althans die bevoegdheden die in een problematische verhouding staan tot het privacyrecht, behoeven die beschermingsobjecten niet te raken. Bescherming in art. 8 lid 1 EVRM moet daarom voortvloeien uit de overkoepelende bescherming gelegen in de algemene privacysfeer. De verhouding tussen de bijzondere opsporing en die privacysfeer ligt ook niet zondermeer voor de hand, vooral waar bijzondere opsporingsbevoegdheden in het publieke domein worden toegepast.

De bijzondere opsporing valt onder het bereik van art. 8 EVRM omdat het privacyrecht zelf steeds ruimer werd gelezen: zij is inderdaad niet alleen gericht op tastbare beschermingsobjecten, maar ook – via de algemene notie van het privé-leven – op het doen en laten van verdachten, ongeacht waar zij zich bevinden. Art. 8 EVRM biedt daarmee ruime, maar ook sterke bescherming. In het merendeel van de tot dusver gewezen uitspraken in dit verband, heeft het Hof art. 8 EVRM ook geschonden geacht. Terecht is de nationale wetgever dan ook overgegaan tot het creëren van een specifieke wettelijke regeling van die bevoegdheden die een meer dan geringe inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maken.

's Hofs categorische onderwaardering van het privacyrecht wanneer het aankomt op de beoordeling van het gebruik van via – door het Hof zelf vastgestelde – privacyschendingen verkregen bewijs in een strafvervolging, is daarmee des te opmerkelijker. Enerzijds is het Hof ruimhartig en strikt waar het om privacybescherming gaat. Anderzijds wordt het sluitstuk van de handhaving van opsporingsnormen – het kader voor de beoordeling van het bewijsgebruik in art. 6 EVRM – zeker niet met volle kracht ingezet. Ongeacht de ernst van de privacyschending, heeft het Hof tot dusver in geen enkel geval vastgesteld dat daarmee verkregen bewijs absoluut uitgesloten diende te worden. Ondanks dat het Hof duidelijk wel toetst of herstel is bewerkt bij bewijsgebruik – en daarmee via privacyschendingen verkregen bewijs wel erkent als risicovolle categorie – heeft het Hof ook nimmer vastgesteld dat herstel niet is bewerkt bij bewijsgebruik. Het gebruik van via privacyschendingen verkregen bewijs is daarmee niet als problematisch op te vatten; herstel is snel bewerkt en de strafvorderlijke betekenis van de privacynorm daarmee zwak. Voldoende is dat tegenover een privacyschending een effectieve remedie in de zin van art. 13 EVRM staat. Die remedie behoeft niet door de strafrechter te worden verschaft.

Uit art. 8 EVRM zelf vloeit in ieder geval niet voort dat een bepaald gevolg wordt gekoppeld aan strafvorderlijke privacyschendingen in een strafvervolging. Art. 8 EVRM beschermt dus wel *in* het opsporingsonderzoek en normeert dat onderzoek, maar omvat geen eigen toetsings- of nalevingseis in het kader van strafvervolgingen. Wil een privacyschending invloed hebben op de uitkomst van een strafvervolging, dan kan dat alleen via gebreken in het bewijsgebruik in de zin van art. 6 EVRM. Binnen dat toetsingskader komt aan de privacyschending evenwel niet een vergaande betekenis toe.

Uitgangspunt kan hier derhalve zijn, dat naar de huidige stand van de rechtspraak van het EHRM, de mogelijkheden voor een doorwerking van strafvorderlijke schendingen van art. 8 EVRM naar het eindonderzoek, bijzonder summier moeten worden geacht. Daarmee is echter niet gezegd dat het privacyrecht als kader voor de opsporing volledig gepasseerd kan worden. Ook binnen de Straatsburgse rechtspraak blijft de privacyschending in het vooronderzoek betekenis houden, hoe gering de effecten van een dergelijke schending ook mogen zijn.

Gesteld is reeds bovendien dat juist dit aspect van 's Hof rechtspraak in verband met de bijzondere opsporing, vooral bezien vanuit de nationale rechtsorde, kritisch dient te worden beschouwd. Die rechtspraak dient niet zondermeer over te worden genomen, zeker niet zonder nadere bezinning op de redenen voor de zwakke doorwerking van privacyschendingen.

In dit hoofdstuk wordt vooral beoogd, aan de hand van een analyse van 's Hofs rechtspraak, een verklaring voor de zwakheid van die doorwerking te vinden. Verschillende mogelijkheden zijn in dat verband reeds genoemd. Zij worden hier verder besproken; een aantal nadere mogelijke verklaringen wordt eveneens in beschouwing genomen. Deze verklaringen worden niet

op een centrale plaats besproken, maar worden, daar waar zij relevant zijn, bij de bespreking van 's Hof's rechtspraak betrokken.

Een eerste mogelijke verklaring ligt in de vormgeving van 's Hofs keuze voor een handhavingsmechanisme in verband met de probiteit van het vooronderzoek. Dat mechanisme is ingelezen in art. 6 EVRM, en is gevormd als recht op beoordeling van de eerlijkheid van het bewijsgebruik. Brengt die keuze nu met zich mee dat normschendingen pas effect kunnen hebben op de eerlijkheid van de strafvervolging, indien zij affiniteit hebben met eerlijk-procesnormen zelf? Ofwel, is de afstand tussen de privacynorm, die vanuit 's hofs perspectief niet strafvorderlijk van aard is, en eerlijk-procesnormen te groot? Zo ja, kan dan worden gesteld dat aan een alternatief handhavingsmechanisme, zoals de in art. 8 EVRM zelf in te lezen eisen in verband met toetsting en doorwerking van schending van die bepaling, de voorkeur dient te worden gegeven?

Een tweede, eveneens reeds geopperde verklaring hangt met het voorgaande samen. Mogelijk dient de keuze van het Hof art. 8 EVRM onder te waarderen in de context van het eerlijk-proces-recht te worden begrepen vanuit de heterogene context van de verdragsrechtspraak. De privacynorm is in de Nederlandse rechtsorde sterk: art. 8 EVRM heeft directe doorwerking, privacyrechten worden in de Grondwet eveneens beschermd. Op strafvorderlijk niveau is de in art. 8 EVRM vervatte legaliteitscomponent, via art. 1 WvSv, een leidend beginsel in de nationale strafvordering. Vanuit het nationale perspectief bezien, is de zwakke doorwerking van de (ook zeer ernstige) privacyschending dan ook op zijn minst opmerkelijk te noemen. Kan 's Hofs lijn in deze dan worden gerelateerd aan het gegeven dat privacyschendingen in andere lidstaten niet hetzelfde gewicht hebben? Dat wil niet zeggen dat de doorwerkingsrechtspraak in verband met art. 8 EVRM schendingen zo dient te worden gelezen dat zij alleen van toepassing is in die nationale rechtsorde waarin inderdaad aan privacy (of legaliteit) geen grote betekenis toekomt. De bedoelde rechtspraak is weliswaar vooral tegen het Verenigd Koninkrijk gewezen – waar het privacyrecht inderdaad tot recentelijk niet als nationale norm werd opgevat – dezelfde zwakke doorwerking van privacyschendingen is echter te zien in rechtspraak met betrekking tot andere lidstaten, waaronder Nederland. Kan het dan zijn dat het Hof, uitgaande van een noodzaak tot algemene, systeemoverstijgende verdragsnormering, met de art. 8 EVRM doorwerkingsrechtspraak zich heeft willen houden aan minima, om daarmee recht te doen aan die nationale rechtsordes waarin het privacyrecht inderdaad ver verwijderd is van strafvorderlijke materie? Zo ja, dan kunnen deze twee eerste verklaringen leiden tot de conclusie dat in nationale rechtsordes waar aan de privacynorm wél een wezenlijk strafvorderlijke connotatie is verbonden, overname van deze rechtspraak zeker niet is aangewezen.

Een derde verklaring is eveneens reeds kort gememoreerd. De rechtspraak van het Hof in verband met de zwakke doorwerking van art. 8 EVRM schendingen heeft betrekking op privacyschendingen die door bijzondere opsporingstoe-

passingen zijn teweeggebracht. Die rechtspraak kreeg vanaf 2000 gestalte. Opmerkelijk is dat daarvoor en daarna, bij klachten over schending van art. 8 EVRM door de toepassing van (klassieke) dwangbevoegdheden, de kwestie van eventuele doorwerking van die schendingen naar de strafvervolging niet werd of wordt aangeroerd. Het Hof heeft zich aldus daarover nimmer uitgesproken. Niet kan worden uitgesloten dat dergelijke normschendingen tot andere uitkomsten kunnen leiden in de context van de beoordeling van de eerlijkheid van het bewijsgebruik. Dat geeft ruimte voor een derde verklaring voor de zwakke doorwerking van privacyschendingen die voortvloeien uit bijzondere opsporingstoepassingen, namelijk dat die type privacyschendingen, mede vanwege de aard van de bijzondere opsporingsmethoden, zelf als licht, of strafvorderlijk bezien minder relevant dienen te worden aangemerkt. Daarmee houdt het volgende verband: om de bijzondere opsporing onder de werking van art. 8 EVRM te kunnen brengen, heeft het Hof de reikwijdte van het privacyrecht aanzienlijk opgerekt. Vele schendingen die in dat verband zijn vastgesteld berusten op tamelijk jonge privacysferen, die zelf betrekkelijk recent in de rechtspraak tot ontwikkeling zijn gekomen. Kan het dan zijn dat het privacyrecht bestaat uit verschillende componenten, waarvan sommige een (verdergaande) strafvorderlijke connotatie dragen en andere weer niet? Zo ja, dan zijn het niet strafvordelijke privacyschendingen die zwak doorwerken, maar de privacyschendingen die kunnen worden teweeggebracht door bijzondere opsporingstoepassingen, althans die tot dusver in de verdragsrechtspraak aan de orde zijn gesteld.

Een vierde verklaring voor de zwakke doorwerking is pragmatisch van aard en heeft te maken met de zeer ruime interpretatie van art. 8 EVRM. Kan het zijn dat het Hof zelf eerst het privacyrecht zo aanzienlijk heeft uitgebreid – zodat ook de bijzondere opsporing daaronder valt – dat het onhoudbaar is geworden dat alle mogelijke schendingen daarvan kunnen doorwerken in de strafvervolging, omdat daarmee te veel grenzen zouden worden gesteld aan het strafvorderlijk onderzoek? Die verklaring is in ieder geval praktisch wel begrijpelijk, daar in het andere geval, gelet op de gevoeligheid van art. 8 EVRM voor schending door opsporingstoepassingen, bij een sterke doorwerking bijzonder veel strafprocedures vergaand zouden worden beinvloed door veel voorkomende privacyschendingen. Een vijfde en laatste verklaring is simpelweg dat 's Hofs keuze in verband met zwakke doorwerking ongelukkig is en terzijde dient te worden gesteld.

4.1.2 Opzet

In dit hoofdstuk wordt eerst ingegaan op de aard, strekking en reikwijdte van art. 8 EVRM, mede bezien vanuit het historisch perspectief van waaruit dit recht moet worden begrepen. Die algemene uiteenzetting is aan de orde in verband met begripsvorming omtrent verschillen in componenten in het privacyrecht.

Kan inderdaad een onderscheid worden aangebracht tussen privacyaspecten die wel, onderscheidenlijk niet een strafvorderlijke strekking hebben? (paragraaf 4.2). Daarna wordt ingegaan op de actuele invulling van de strafvorderlijke privacyrechtspraak van het Hof, met het accent op de vernieuwende rechtspraak handelende over de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden. Daarbij wordt steeds uitgegaan van de basis die in de rechtspraak van het EHRM is gelegd voor de beoordeling van 'klassieke' strafvorderlijke privacyinbreuken en worden de toevoegingen daaraan in de context van de bijzondere opsporing benadrukt. In wordt gegaan op de rechtspraak in verband met klassieke dwangbevoegdheden, wederom in verband met het vormen van begrip omtrent mogelijke verschillen tussen privacyschendingen die voortvloeien uit de toepassing van klassieke dwangbevoegdheden en bijzondere opsporingsbevoegdheden. Kan in de bijzondere typen privacyschending die samenhangen met bijzondere opsporing (die tot dusver zijn besproken in de verdragsrechtspraak) een verklaring worden gevonden voor zwakke doorwerking, die niet manifest dient te zijn bij andere typen strafvorderlijke privacyschendingen? (paragraaf 4.3). Voorts wordt ingegaan op de rechtspraak van het EHRM waarin de werking van anterieure privacyschendingen in het opsporingsonderzoek vanuit het perspectief van art. 6 EVRM wordt getoetst. Eveneens wordt beoogd in dat verband privacyschendingen te benoemen die mogelijk wel een sterke doorwerking kunnen hebben in de context van de eerlijkheid van het bewijsgebruik (paragraaf 4.4.). In het bijzonder zal aandacht worden besteed aan de variant van strafvorderlijke privacyschendingen in de geheimhoudingssfeer, bepaaldelijk in de context van de vertrouwelijke communicatie tussen een verdachte en zijn raadsman in strafzaken. Dat aspect wordt belicht op basis van de verwachting dat dergelijke privacyschendingen van dien aard zijn, dat zij mogelijk wél vergaand doorwerken in de sfeer van de eerlijkheid van het bewijsgebruik (paragraaf 4.5). Daarna wordt bezien of in het nationale recht onderdelen kunnen worden aangewezen die mogelijk tot een fatale doorwerking in de sfeer van art. 6 EVRM kunnen leiden (paragraaf 4.6). Het geheel wordt afgesloten met conclusies (paragraaf 4.7).

4.2 HET RECHT OP EERBIEDIGING VAN DE PERSOONLIJKE LEVENSSFEER, MULTIDISCIPLINAIR EN UITDIJEND

4.2.1 (Strafvorderlijke) oorsprong van het moderne privacyrecht

> 'It is abundantly clear (at least it is to me) – and the nature of the whole background against which the idea of the European Convention on Human Rights was conceived bears out this view – that the main, if not indeed the sole object and intended sphere of application of Article 8, was that of what I will call the "domiciliary protection" of the individual. He and his family were no longer to be subjected to the four o'clock in the morning rat-a-tat on the door; to domestic intrusions, searches and questionings; to examinations, delayings and confiscation of corres-

> pondence; to the planting of listening devices (bugging); to restrictions on the use of radio and television; to telephone-tapping or disconnection; to measures of coercion such as cutting off the electricity or water supply; to such abominations as children being required to report upon the activities of their parents, and even sometimes the same for one spouse against another, – in short the whole gamut of fascist and communist inquisitorial practices such as had scarcely been known, at least in Western Europe, since the eras of religious intolerance and oppression, until (ideology replacing religion) they became prevalent again in many countries between the two world wars and subsequently. Such, and not the internal, domestic regulation of family relationships, was the object of Article 8, and it was for the avoidance of these horrors, tyrannies and vexations that "private and family life ... home and ... correspondence" were to be respected, and the individual endowed with a right to enjoy that respect – not for the regulation of the civil status of babies (5)'.[1]

Aldus *Judge* Sir Gerald Fitzmaurice in zijn *dissenting opinion* bij het *Marckx* arrest, die zijn gelijk over de reikwijdte van art. 8 EVRM niet zou krijgen. De *'civil status of babies'* is immers niet alleen door het EHRM onder de bescherming van deze bepaling gebracht, maar daarbuiten ook een zeer breed scala aan door het Hof beschermenswaardig geachte sferen, die vaak geen enkel verband houden met de *'domiciliary protection'* van het individu, bedoeld door Fitzmaurice.

Weerstand zijnerzijds – van deze *Britse* rechter – tegen de extensivering van art. 8 EVRM buiten het door hem aangehouden privacyconcept kan wel verklaard worden vanuit de *common law* oorsprong en betekenis van het moderne privacyrecht. In het *common law* privacyconcept stond immers de *'domiciliary protection'*, ofwel, de '*property-based'* notie van de bescherming van het huisrecht,[2] centraal.[3]

'Every man's house is his castle', zo werd die bescherming tot uitdrukking gebracht in *Semayne's Case* uit 1603.[4] Daarin werd het recht van de huiseige-

---

1 Dissenting opinion van *Judge* Sir Gerald Fitzmaurice, EHRM 27 13 juni 1979, *Marckx v. België. A,* 31.

2 'The rights protected by the Fourth Amendment are 'indispensable to the 'full enjoyment of personal security, personal liberty, and private property'; [and] they are to be regarded as of the very essence of constitutional liberty'. Johnson v. United States, 333 U.S. 10, 17n.8 (1948). And these rights apply with particular force in the home, where the expectation of privacy is historically and legally entitled to the highest protection'. Brief Amicus Curiae van het *DKT Liberty Project, In Support of Petitioner, Danny Lee Kyllo, v. The United States, On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, No.* 99-8508, te vinden op: http://supreme.lp.findlaw.com/supreme_court/briefs/99-8508/99-8508.mer.ami.dkt.pdf.

3 Navolgende historische uiteenzetting ten aanzien van het privacyrecht is ontleend aan Findlaw annotaties, Fourth amendment:
http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment04/01.html#3.

4 5Coke's Rep. 91a, 77 Eng. Rep. 194 (K. B. 1604). Aangehaald bij: FindLaw, http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment04/01.html#3.

naar erkend zijn woning te beschermen tegen *'unlawful entry'*, ook door agenten van de Koning.[5] Belangrijk in de ontwikkeling van de Engelse *common law* rechtspraak ten aanzien van het privacyrecht was de zaak van *Entick v. Carrington*uit 1705.[6] In deze zaak – één uit een reeks – werd in essentie geklaagd over overheidshandelen, doch in de vorm van een civiele actie tegen agenten van de staat.[7] Deze agenten hadden op basis van algemene machtigingen in vele woningen en andere plaatsen invallen gedaan, op zoek naar materiaal dat in verband kon worden gebracht met de polemische pamfletten van John Wilkes, waarin niet alleen het overheidsbeleid maar ook de Koning zelf werd aangevallen.[8]

Entick, een compagnon van Wilkes, was tot civiele actie overgegaan omdat agenten onder dwang in zijn woning waren binnengetreden en vele stukken in beslag hadden genomen.[9] De rechter verklaarde de machtiging en het handelen waartoe het autoriseerde subversief ten opzichte van *'all the comforts of society'*.[10] Het verlenen van een machtiging tot inbeslagneming van de gehele administratie van een individu – in tegenstelling tot alleen de stukken die beweerdelijk crimineel van aard waren – achtte de rechter *'contrary to the genuis of the law of England'*.[11] Naast dat de machtiging te algemeen was, achtte de rechter de machtiging bovendien ondeugdelijk omdat deze niet was gegeven *'on a showing of probable cause'* en niet verplichtte tot verslaglegging van het beslagene.[12]

Buiten Engeland vonden in de Amerikaanse koloniën ook zeer algemene *'searches and seizures'* plaats.[13] Die voltrokken zich niet in *'seditious libel'* zaken zoals die van Entick, maar in de context van de bestrijding van smokkelarij.[14] Ter verzekering van *revenue* regels maakten de Engelse autoriteiten gebruik van zogeheten *'writs of assistance'* die zich daardoor kenmerkten dat zij de dragers algemeen machtigden tot het binnentreden, de doorzoeking en inbeslagneming in woningen of andere plaatsen.[15] Ook machtigden deze *writs of assistance* de houder medewerking van een ieder te vorderen.[16] De *writs* waren werkelijk algemeen te noemen: zij bleven niet alleen van kracht gedurende het leven van de soevereine vorst, maar ook tot zes maanden na zijn dood.[17]

---

5 Zie: http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment04/01.html#3.
6 19 Howell's State Trials 1029, 95 Eng. 807 (1705). Aangehaald bij: FindLaw, http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment04/01.html#3.
7 http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment04/01.html#3.
8 Ibidem.
9 Ibidem.
10 Ibidem.
11 Ibidem.
12 Ibidem.
13 Ibidem.
14 Ibidem.
15 Ibidem.
16 Ibidem.
17 Ibidem.

Na het overlijden van Koning George II in 1760, dienden de autoriteiten nieuwe *writs* te verkrijgen, bij welke gelegenheid verzet werd geboden door James Otis, die betoogde dat zij ongeldig waren daar zij in strijd waren met het Engelse constitutionalisme.[18] Otis verloor het debat en de nieuwe *writs* werden uitgegeven en in gebruik genomen, doch bleef de ter zake gevoerde argumentatie in de koloniën haar invloed doen gelden.[19] Ongetwijfeld leverden de Engelse *writs* een wrange nasmaak op bij de kolonisten, hetgeen tot uitdrukking kwam in de later op te stellen Amerikaanse Constitutie en de *Bill of Rights*.[20] Voldoende belang werd in ieder geval gehecht aan de verzekering van de bescherming van de burger tegen '*unlawful entry*' in een handhavingscontext, dat ter zake bescherming werd opgenomen in de *Bill of Rights*.[21] Vooral het vierde amendement ziet op deze bescherming:

> '(t)he right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.'

Met het vijfde amendement wordt een koppeling gemaakt naar de strafvorderlijke (handhavings)context:

> '(n)o person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in

---

18 Quincy's Massachusetts Reports, 1761-1772, App. I, p. 395-540. Argumentatie tegen de *writs* zijn ook te vinden in twee '*Legal Papers*' van John Adams 106-47 , Wroth & Zobel red., 1965; Dickerson, Writs of Assistance as a Cause of the Americam Revolution, in The Era of the American Revolution: Studies Inscribed to Evarts Boutneel greene 40, R. Morris, red., 1939. Aangehaald bij: FindLaw, http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment04/01.html#3. William Pitt sprak zich in 1763 in het Engelse parlement aldus uit over de bescherming die de burger in zijn woning zou moeten genieten: '(t)he poorest man may in his cottage bid defiance to all the force of the crown. It may be frail – its roof may shake – the wind may blow through it – the storm may enter, the rain may enter – but the King of England cannot enter – all his force dares not cross the threshold of the ruined tenement'. Ibidem.

19 Ibidem.

20 'Public outrage over warrantless searches of colonists' homes by officials looking for smuggled goods played a significant, perhaps even starring, role in spurring the American colonists to revolution in the eighteenth century. There is ample evidence that the Framers of the Constitution and the Bill of Rights were keenly aware of contemporary English cases on the issue, such as Entick v. Carrington, (...)'. Brief Amicus Curiae van het DKT Liberty Project, In Support of Petitioner, Danny Lee Kyllo, v. The United States, On Writ of Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, No. 99-8508, te vinden op: latimes.findlaw.com/supreme_court/ briefs/99-8508/99-8508.mer.ami.dkt.pdf.

21 Zie: http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment04/01.html#3 William. Zie ook in dit verband: T. Blom, Drugs in het recht, recht onder druk, Een onderzoek naar de relatie tussen de strafrechtelijke handhaving van de Opiumwet, de daarbij gehanteerde opsporingsmethoden en het recht op privacy van burgers, Deel 3, Recht op privacy, p. 17.

> the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.'

Sir Gerald's verzet tegen de onderbrenging van de *'civil rights of babies'* onder het privacyrecht wordt daarmee wel begrijpelijk: hij vereenzelvigt art. 8 EVRM met de *common law* noties aangaande (strikte) bescherming tegen *search and seizure*, die tot uitdrukking zijn gebracht in de vierde en vijfde amendementen van de Amerikaanse *Bill of Rights.* Twee aspecten zijn in dat privacyconcept dominant. In de eerste plaats is de privacybescherming vooral toegespitst op een notie van eigendom, en ziet daarmee vooral op de bescherming van de woning en inboedel. In de tweede plaats geldt dat die bescherming nadrukkelijk wordt beoogd in een (strafvorderlijke) handhavingscontext. De strafvorderlijke essentie wordt benadrukt in de verbinding die deze bepaling heeft met het vijfde Amendement*:*

> '(i)t is not the breaking of his doors, and the rummaging of his drawers, that constitutes the essence of the offense; but it is the invasion of his indefeasible right of personal security, personal liberty. and private property, where that right has never been forfeited by his conviction of some public offense (...). Breaking into a house and opening boxes and drawers are circumstances of aggravation; but any forcible and compulsory extortion of a man's own testimony, or of his private papers to be used as evidence to convict him of crime, or to forfeit his goods, is within the condemnation of that judgment. In this regard the fourth and fifth amendments run almost into each other'.[22]

De *common law search and seizure* traditie, het Vierde amendement, en de daarop gebaseerde lezing van art. 8 EVRM door rechter Fitzmaurice, kan dan als volgt worden geduid, namelijk dat zij betrekking hebben op *strafvorderlijke* privacybescherming: een specifieke beschermingssfeer die betrekking heeft op de relatie tussen de (verdachte) burger en de onder strafvorderlijke doelen handelende overheid, afgebakend naar beschermingsobject (*property*) en doel van inbreuken (strafvorderlijke handhaving).

De Britse *common law* en het Vierde Amendement zijn van dien aard, zij handelen inderdaad over strafvorderlijke handhavingsinbreuken en bieden, klassiek, vooral bescherming daartegen in de sfeer van de woning. Sir Gerald mag wel geen gelijk hebben gekregen in die zin dat zijn lezing van het privacyrecht, gelet op het volledige domein dat deze bepaling in de mensenrechtelijke

---

22 *Boyd v. US*, 116 U.S. 616 (1886). Zie over dit op het eigendomsrecht georiënteerde, *strafvorderlijke* privacyconcept, T. Blom, a.w., p. 17-19 en nader over de Amerikaanse rechtspraak ter zake, ibidem, p. 17-38.

strata inneemt, te beperkt moet worden opgevat, de door hem bedoelde variant van *strafvorderlijke* privacybescherming maakt, historisch bezien, een kernonderdeel van privacybescherming uit.[23]

4.2.2 Oorsprong van privacy in ruime zin

Strafvorderlijke privacybescherming, zeker die van de woning, vormt een kernonderdeel van privacybescherming. Met die conclusie is gegeven dat

23 Iets anders is of de striktheid van het *common law*, op strafvorderlijke bescherming georiënteerde, privacyconcept ook van dien aard is dat schending daarvan vanouds vergaande gevolgen heeft in in *common law* strafprocedures. Het antwoord op die vraag is voor het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten andersluidend. In het Verenigd Koninkrijk, waar het (moderne) privacyrecht tot voor kort (met de invoering van de *Human Rights Act*) geen onderdeel uitmaakte van het nationale recht, dient via een privacyschending verkregen bewijs alleen te worden uitgesloten indien '(...) having regard to all the circumstances in which it was obtained, they (de rechters: FPÖ) are satisfied that the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that it ought not to be admitted'. E. Cape/J. Hodgson, a.w. p. 75, met verwijzing naar PACE 1984 s78. Dat de Britse rechter (in ieder geval vóór invoering van de Human Rights Act), niet geneigd is tot uitsluiting over te gaan bij privacyschendingen, blijkt wel uit de Straatsburgse rechtspraak. Nu Straatsburg die omgang met bewijs zo welhaast structureel heeft gesanctioneerd, zal de Britse rechter in dat verband thans niet een andere houding hebben ingenomen. Hoe sterk het *common law* strafvorderlijke privacyconcept ook was in het verleden, zij heeft in het Verenigd Koninkrijk later haar betekenis verloren. In de Verenigde Staten zijn het *juist* schendingen van het vierde en vijfde amendement die tot de ontwikkeling van de *exclusionary rule* hebben geleid. Zie in dat verband: *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914) en *Mapp. v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961). 'In een lange reeks zaken na Weeks heeft het SC vastgehouden aan de regel dat in geval van een constitutionele schending bij het uitvoeren van searches and seizures het daardoor verkregen bewijsmateriaal van de bewijsvoering moet worden uitgesloten', aldus P. Bal, Uitsluiting van de uitsluitingsregel in de Verenigde Staten: de zaak Hudson v. Michigan, DD, 2007, afl. 3/17, p. 256-257. Bal ziet in de zaak *Hudson v. Michigan* (126 S.Ct. 2159 (2006), No. 04-1360) een sterke nuancering van de uitsluitingsregel en voorspelt dat de Supreme Court in nadere rechtspraak die lijn zal voortzetten. P. Bal. Ibidem, p. 251-275. Op 7 oktober 2008 zal de *Supreme Court* van de Verenigde Staten *oral arguments* horen in de zaak *Herring v. United States*. http://www.supremecourtus.gov/oral_arguments/argument_calendars.html Docket No. 07-513. De verwachting bestaat dat de Supreme Court in deze zaak de *exclusionary rule* aan nadere beperkingen onderhevig zal maken: *(j)ustices on the current Supreme Court have made no secret of their desire to carve more exceptions out of the nearly 100-year-old exclusionary rule. On Tuesday, the court accepted a new case* (*Herring*: FPÖ) *that could provide a route toward that goal*. L. Greenhouse in The New York Post, 20 februari 2008, http://www.nytimes.com/2008/02/20/us/20scotus.html?_r=2&ex=1361250000&en=90fcbf26f5ca3b20&ei=5088&partner=rssnyt&emc=rss&oref=slogin&oref=slogin. Ibidem. Zie ook de Los Angeles Times van 20 februrari 2008: '(t)he Supreme Court agreed Tuesday to reconsider the reach of the "exclusionary rule," a doctrine that has been controversial since the 1960s because it requires judges to throw out evidence if it was obtained improperly by the police. Several of the court's conservatives, including Chief Justice John G. Roberts Jr. and Justice Antonin Scalia, have signaled they would like to rein in this rule'. http://articles.latimes.com/2008/feb/20/nation/na-evidence20.

privacybescherming ook breder is dan dat. Voor het moderne privacyconcept maakt Blom een handzame onderverdeling in drie categorieën: (1) het '*common law* ' recht op privacy zoals dat tot ontwikkeling is gekomen in de *'law of torts'*, (2) het privacyconcept in 'constitutionele' zaken en (3) het (strafvorderlijk) privacyconcept uit het Vierde en Vijfde Amendement van de Amerikaanse *Bill of Rights*.[24]

Het *common law* privacyconcept in *tort law* kwam tegen het einde van de negentiende eeuw tot ontwikkeling in de Verenigde Staten; de formulering van het begrip wordt algemeen toegeschreven aan Samuel D. Warren en Louis D. Brandeis die in hun artikel *'The right to Privacy'*, uit 1890 het recht omschreven als '*the right to be let alone'*.[25] Warren en Brandeis hadden daarbij een zeer specifieke vorm van privacybescherming op het oog. Zij hebben 'hun' privacybegrip namelijk vooral gedefinieerd in (de beperkte termen) van bescherming tegen mediapubliciteit over privé-aangelegenheden.[26] Het door Warren en Brandeis omschreven variant van het privacyrecht valt aldus samen met het recht controle uit te oefenen over persoonlijke informatie.

Het tweede privacyconcept, namelijk dat van privacy in 'constitutionele' zaken is in de Verenigde Staten in 1965 aanvaard in de zaak van *Griswold v. Conneticut*.[27]

> 'The foregoing cases suggest that specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. Various guarantees create zones of privacy. The right of association contained in the penumbra of the First Amendment is one, as we have seen. The Third Amendment in its prohibition against the quartering of soldiers "in any house" in time of peace without the consent of the owner is another facet of that privacy. The Fourth Amendment explicitly affirms the "right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures." The Fifth Amendment in its Self-Incrimination Clause enables the citizen to create a zone of privacy which government may not force him to surrender to his detriment. The Ninth Amendment provides: "The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people"'.[28]

---

24 T. Blom, a.w., p. 15.

25 T. Blom, a.w., p. 13-15, met verwijzing naar: S.D. Warren/L.D. Brandeis, The right to privacy, Harvard Law Review, December 15, 1890, Vol. IV, No. 5, p. 193-221, zoals opgenomen in: S.H. Hofstadter, G. Horowitz, The right of privacy, Central Book Company, New York, 1964, p. 289-320.

26 T. Blom, a.w., p. 14. Blom noemt als 'leadingcase' in dit verband, het *Pavesich*-arrest uit 1905. *Pavesich v. New England Life Insurance Co.*, 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905), ibidem, p. 15.

27 T. Blom, a.w., p. 16. U.S. Supreme Court, *Griswold et al. v. Connecticut*, *appeal from the Supreme Court of Errors of Connecticut*, 381 u.s. 479 (1965), nr. 496, 7 juni 1965. Het in deze zaak beschreven constitutioneel recht op privacy werd door de Amerikaanse rechter 'gevonden' in de zogeheten '*zones of privacy*' – tussen vijf verschillende amendementen – die impliciet aanwezig werd geacht in de *Bill of Rights*.

28 Ibidem. Zie ook T. Blom, a.w., p. 16.

Het 'constitutioneel' privacyconcept is aldus zeer breed en bestaat uit het recht het eigen leven in vrijheid en naar eigen keuze in te richten.[29] Evenals het *common law* privacyconcept in *tort law* gaat het dus hier om een species van privacybescherming die ver verwijderd is van de oorspronkelijke, op de *common law* traditie gebaseerde strafvorderlijke privacybescherming. De constitutionele privacybescherming moet worden geacht betrekking te hebben op de bescherming die aan de burger toekomt in het maken van persoonlijke levenskeuzes en de verwezenlijking daarvan. Uit die bescherming kan volgen dat het de overheid (of derden) in dat verband niet is toegestaan belemmeringen op te werpen maar ook dat een verplichting kan bestaan (voor de overheid) tot het creëren van zodanige omstandigheden dat dergelijke levenskeuzes ook feitelijk tot verwezenlijking kunnen worden gebracht. Geacht moet worden in dit verband aan kwesties als het recht op gebruik en verschaffing van anticonceptiemiddelen (zoals bij Griswold), abortus, euthanasie en het recht op vrije beschikking over en verwezenlijking van seksuele levensvoorkeuren.

Het derde door Blom genoemde privacyconcept valt samen met de strafvorderlijke privacybescherming zoals hierboven omschreven, namelijk de bescherming tegen, onder de termen van het privacyrecht niet te legitimeren overheidsoptreden bij (strafvorderlijk) onderzoek.[30]

4.2.3 Het bereik van art. 8 EVRM

Art. 8 EVRM omvat, blijkens de tekst van de bepaling alsmede de daarop gebaseerde rechtspraak van het EHRM, niet alleen alle drie vormen van de door Blom onderscheiden varianten van privacybescherming, maar ook nadere beschermde privacysferen.

1) Horizontale privacybescherming, persoonsgegevensbescherming

Het door Warren en Brandeis omschreven privacyconcept moet in de context van art. 8 EVRM worden gezien in termen van de horizontale werking van die bepaling, waarmee staatsaansprakelijkheid in het verdragsverband kan worden ingeschakeld in geval van inbreuken of schendingen door derden die niet kunnen worden gerekend tot het openbaar gezag. Aantastingen van het privacyrecht in private betrekkingen kunnen via de horizontale werking aan nationale overheden worden toegerekend.

Deze zeer specifieke vorm van privacybescherming, de bescherming van persoonsgegevens, is duidelijk aanwezig in de rechtspraak van het Hof. In *Prinses Carolien von Hannover v. Duitsland*[31] oordeelde het Hof over de bescherming van publieke figuren tegen overdadige mediaberichtgeving. In *Peck v.*

29 T. Blom, a.w., p. 16.
30 T. Blom, a.w., p. 17.
31 EHRM 26 juni 2004, *Von Hannover v. Duitsland,* Appl.nr.: 59320/00.

Het Verenigd Koninkrijk,[32] werd een privacyschending aangenomen wegens de uitzending van door middel van in de openbare ruimte opgehangen toezichtscamera's gemaakte beelden van een zelfmoordpoging op televisie. *Craxi v. Italië*,[33] waarin een privacyschending werd aangenomen niet alleen wegens het lekken naar de pers van door middel van strafvorderlijk onderzoek verkregen persoonsgegevens (*in casu* de verslagen van een telefoontap), maar ook wegens de niet-noodzakelijke openbaring van dergelijke gegevens bij een openbare terechtzitting, heeft eveneens betrekking op deze variant van privacybescherming.

's Hof uitwerking van die bescherming is echter breder dan het beperkte kader zoals door Warren en Brandeis uiteengezet. Dat is daarin gelegen dat de bescherming van persoonsgegevens in de rechtspraak van het Hof ook buiten de sfeer van horizontale inbreuken en mediaberichtgeving een zelfstandige basis heeft in art. 8 EVRM. Dat wil zeggen, ook de publiekrechtelijke omgang met persoonsgegevens en andersoortig gebruik daarvan dan door openbaring in de media, vallen onder de bescherming van art. 8 EVRM. Die inlijving van de algemene persoonsgegevensbescherming binnen de sfeer van art. 8 EVRM heeft een geweldig extensiverend effect gehad op de reikwijdte van deze bepaling, ook in de strafvorderlijke sfeer, waar immers steeds sprake is van de verkrijging en verdere verwerking van persoonsgegevens. Op die – belangrijke – doorwerking van de persoonsgegevensbescherming in de strafvorderlijke sfeer wordt hierna nog ingegaan. Van belang is hier de vaststelling dat voor zover binnen de context van strafvorderlijke onderzoeken schendingen worden aangenomen in verband met persoonsgegevensbewerkingen, die schending niet zozeer strafvorderlijk van aard is, maar mogelijkerwijs voortvloeit uit de specifieke bescherming in de context van persoonsgegevens.

2) Constitutionele privacybescherming

De tweede variant van privacybescherming, oftewel de constitutionele bescherming daarvan, is ook breed vertegenwoordigd in de rechtspraak van het Hof. Getransformeerd naar verdragstermen kan deze privacyvariant worden geduid in termen van de uit art. 8 EVRM voortvloeiende negatieve en positieve verplichtingen om de vrije beschikkingssfeer van de burger onaangetast te laten respectievelijk deze effectief te verwezenlijken. Gedacht kan daarbij worden aan de rechtspraak van het Hof inzake het (al dan niet op discriminatoire gronden) verbieden door de lidstaten van homoseksuele gedragingen[34] en inzake de positieve verplichtingen voor overheden tot volle, formele erkenning

32 EHRM 28 januari 2003, *Peck v. Het Verenigd Koninkrijk*, Reports of Judgments and Decisions 2003-I.

33 EHRM 17 juli 2003, *Craxi (nr. 2) v. Italië,* Appl.nr.: 25337/94.

34 EHRM 22 oktober 1981, *Dudgeon v. Het Verenigd Koninkrijk*, A, 45; EHRM 26 oktober 1988, *Norris v. Ierland*, A, 142.

van transseksuele levenskeuzes.[35] Ook onder deze noemer kunnen worden begrepen de zaken waarin een positieve verplichting is erkend voor overheden ten aanzien van inspanningsverplichtingen met betrekking tot de (strafrechtelijke) bescherming tegen inbreuken op de persoonlijke levenssfeer via door andere burgers gepleegde strafbare feiten.[36]

3) Strafvorderlijke privacybescherming

De derde beschermingsvariant, namelijk die van de '*property-based*' privacybescherming in een handhavingscontext is eveneens duidelijk aanwezig in de tekst van art. 8 EVRM alsmede in de rechtspraak van het Hof. Niet alleen de woning, maar ook de correspondentie wordt – naast het familieleven – uitdrukkelijk beschermd tegen '*unlawful*' inbreuken van overheidswege. Aldus biedt de bepaling bescherming tegen de toepassing van klassieke dwangmiddelen als het binnentreden en doorzoeking van woningen (en, zoals de bepaling later werd uitgebreid, andere beschermde plaatsen) en het onderzoek in persoonlijke correspondentie. Deze vorm van privacybescherming moet worden als gezien als de basis waarop de nadere uitbreiding van de strafvorderlijke privacybescherming in de context van de bijzondere opsporing vooral is gestoeld. Die uitbreiding naar de sfeer van de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden volgt immers grotendeels hetzelfde concept als de oorspronkelijk strafvorderlijke privacybescherming, namelijk dat het beschermt tegen inbreuken in een strafvorderlijke context.

4) Het breder bereik van art. 8 EVRM

Privacybescherming zoals door het Hof in art. 8 EVRM wordt begrepen, is echter niet tot de drie bovengenoemde categorieën beperkt. De in art. 8 EVRM erkende privacysferen zijn talrijk, in afwisselende mate meer of minder virtueel en vaak overlappend: de '*property-based*' notie van privacy, de relationele privacy, de contextueel-functionele privacy en de informationele privacy, ofwel de bescherming van persoonsgegevens, zijn allen afzonderlijke aspecten binnen het privacybegrip.[37] Privacy sferen kunnen als gezegd – ook in het nationale recht – worden onderscheiden naar fysieke beschermingsobjecten: woningen, kantoren, openbare ruimtes, het lichaam, maar kunnen ook geestelijk zijn. Die sferen kunnen alle relevant zijn in een strafvorderlijke context, maar ook in een straf-, civiel-, bestuurs- of staatsrechtelijke context. Kortom: privacy is ook een multi- en interdisciplinair begrip. Bovendien kan de werking van een

35 EHRM 12 juni 2003, *Kück v. Duitsland*, Appl. Nr.: 35968/97; EHRM 11 juli 2002, *I. v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl. Nr.: 25680/94; EHRM 11 juli 2002, *Christine Goodwin* v. Het Verenigd Koninkrijk, Reports of Judgments and Decisions 2002-VI; EHRM 27 september 1990, *Caroline Cossey v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl. Nr.: A184; EHRM 30 juli 1998, *Sheffield en Horsham v. Het Verenigd Koninkrijk*, Reports 1998-V; EHRM 25 maart 1992, *B. v. Frankrijk*, Appl. Nr.: 13343/87; EHRM 17 oktober 1986, *Rees v. Het Verenigd Konrinkrijk*, A106.

36 EHRM 27 februari 1985, *X en Y v. Nederland*, Appl. nr.: 16/1983/72/110.

37 Zie over het Straatsburgs privacybegrip, T. Blom, a.w, o.a., p. 49-51.

bepaalde sfeer positief of negatief, horizontaal of verticaal zijn, zo niet gecombineerd. Art. 8 EVRM heeft derhalve een indrukwekkende reikwijdte, hetgeen voortvloeit uit de bereidheidwilligheid van het EHRM zoveel onder deze bepaling te begrijpen.[38] Het EHRM omschrijft het begrip privé-leven als volgt:

> '(p)rivate life is a broad term not susceptible to exhaustive definition. The Court has already held that elements such as gender identification, name and sexual orientation and sexual life are important elements of the personal sphere protected by Article 8[39] (...). Article 8 also protects a right to identity and personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world[40] (...). It may include activities of a professional or business nature[41] (...). There is therefore a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of 'private life'.[42]

In andere sferen worden verschillende uiteenzettingen van het privacyconcept gegeven. Zo omschrijft het Hof het privé-leven in *Smirnova v. Rusland*,[43] in verband met het recht op identiteit, als volgt:

> '(t)he Court has a number of times ruled that private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition (...). It has nevertheless been outlined that it protects the moral and physical integrity of the individual (...), including the right to live privately, away from unwanted attention. It also secures to the individual

---

38 Dat wil overigens niet zeggen dat het EHRM als enige verantwoordelijk is voor de vorming van het privacyrecht: dat is niet het geval. Het Hof – een internationaal juridisch gremium en succesvol geoperationaliseerd in die hoedanigheid – werkt in dit verband juist als effectieve graadmeter voor de algemene maatschappelijke ontwikkelingen die plaatsvinden in de lidstaten van de Raad van Europa en is in staat deze niet alleen te lokaliseren, maar ook te juridiseren. Het Hof bedenkt dus niet volstrekt autonoom nieuwe privacysferen, doch loopt met de verruiming van het begrip zichtbaar in pas met de noden van de ontwikkelingen in de Europese samenleving. De bijdrage van het EVRM en het EHRM is daarin gelegen dat die ontwikkelingen ook geformaliseerd worden in die zin dat een mensenrechtelijke status kan worden toegekend.

39 Het Hof verwijst daarbij naar: EHRM 25 maart 1992, *B. v. Frankrijk*, A, 232-C, p. 53-54, §63; EHRM 22 februari 1994, *Burghartz v. Zwitserland*, A, 280-B, p. 28, § 24; EHRM 22 oktober 1981, *Dudgeon v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 34, § 41 en EHRM 19 februari 1997, *Laskey, Jaggard en Brown v. Het Verenigd Koninkrijk*, Reports 1997-I, p. 131, § 36.

40 Het Hof verwijst in dat verband naar: *Burghartz*, *supra,* noot 43, opinie van de Commissie, p. 37 § 47 en EHRM 31 januari 1995, *Friedl v. Oostenrijk*, Series A, 305-B, opinie van de Commissie, p. 20, § 45.

41 Het Hof verwijst daarbij naar: EHRM 16 december 1992, *Niemietz v. Duitsland*, Series A nr. 251-B, p. 33-34, § 29 en EHRM 25 juni 1997, *Halford v. Het Verenigd Koninkrijk*, Reports of Judgements and Decisions 1997-III, p. 1017, §§ 49-51.

42 Deze definitie is door het EHRM gegeven in EHRM 25 september 2001, *P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl. nr.: 44787/98, § 56. Het Hof verwijst er naar in de latere uitspraak van EHRM 17 juli 2003, *Perry v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl. Nr.: 63737/00.

43 EHRM 27 juli 2003, *Smirnova v. Rusland*, Reports of Judgments and Decisions 2003-IX (*extracts*), § 95.

> a sphere within which he or she can freely pursue the development and fulfillment of his personality (...)'.

De postoperatieve transseksueel die na de fysieke geslachtsverwisseling ook formeel zijn nieuwe geslacht wil kunnen aannemen, de burger die gevrijwaard wil blijven van opslag van zijn persoonsgegevens én de burger die onderwerp wordt van een strafvorderlijk onderzoek ontlenen allen aldus hun privacybescherming uit één en dezelfde verdragsbepaling. Een heldere, uitdrukkelijke afbakening tussen de in verschillende contexten gehanteerde criteria is in de rechtspraak van het Hof niet te vinden: het meest kenmerkend aan het algemene privacyconcept zoals dat door het Hof wordt gehanteerd, is dat de bescherming breed is en niet exhaustief is omschreven.

4.2.4 Het problematische karakter van het bereik van art. 8 EVRM

Door zoveel verschillende varianten van privacybescherming in één en dezelfde bepaling onder te brengen, is er bij art. 8 EVRM sprake van een – op zijn minst gezegd – krappe huisvesting. Dat maakt het geheel niet overzichtelijk. Bovendien is, waar sprake is van gemengde contexten, vaak ook niet duidelijk welke privacyvariant ten grondslag ligt aan in concrete zaken geboden bescherming. Terwijl het Hof bij art. 8 EVRM onmiskenbaar effectieve verdragsbescherming nastreeft, is ondertussen wel een reëel risico ontstaan van over-inflatie van het privacyrecht. Het verwijt aan het Hof dat teveel onder art. 8 EVRM als beschermingswaardig is geaccepteerd, valt evenwel moeilijk te maken: het alternatief is immers het toestaan dat die beschermingswaardige sferen onbeschermd blijven. Toch blijft het de vraag of ondertussen art. 8 EVRM niet een te beperkte basis biedt voor een zo grote en vooral zo gevarieerde privacybescherming als die het Hof onder het bereik van de bepaling wenst te brengen.[44]

Janis/Kay/Bradley omschrijven treffend de gevaren van de (over-)extensivering van art. 8 EVRM:

> '(t)he transformation of Article 8 into a general charter of individual autonomy is clearly fraught with difficulties. Any restraint on individual choice may be assailed as raising a possible violation of this right. Such an omnibus right is in marked contrast tot the apparently modest ambitions for this provision implied by the drafting process. The Convention, itself, may be seen as an enumeration of particular ways in which free choice and action are protected, and the supple-

44 Zie over de bereidheid van het Hof art. 8 EVRM ruim te lezen, P. de Hert, Balancing security and liberty within the European human rights framework. A critical reading of the Court's case law in the light of surveillance and criminal law enforcement strategies after 9/11, 68 http://www.utrechtlawreview.org/ Volume 1, Issue 1, (september), 2005, p. 68-96.

> menting of that specification with such a broad presumption of liberty threatens to make the other rights redundant. One of the most vexing problems confronting the Court is finding ways (short of justification under Article 8(2), of elaborating some special, narrowing characteristics of the right to respect for private life. (...) claims under Article 8 present the questions of interpretation and definition of Convention rights in their most acute form'.[45]

Blok en Vedder erkennen ook het problematische karakter van het brede bereik van het privacyconcept:

> '(p)rivacy blijkt bij nadere beschouwing voortdurend in ontwikkeling te zijn. Verschillende ideeën over privacy volgen elkaar op, overlappen elkaar, verschijnen en verdwijnen om naar verloop van tijd weer op te duiken. (...) Het is moeilijk om grip te krijgen op een concept dat zo dynamisch is als privacy. Vele bijdragen aan het theoretisch debat over privacy beginnen dan ook met fatalistische opmerkingen over de complexiteit of zelfs ambiguïteit van het privacybegrip'.[46]

'Niettemin' gaan volgens hen de meeste definities van privacy uit van een 'gemeenschappelijke vooronderstelling', doordat in de conceptualisering daarvan doorgaans het idee ten grondslag ligt van een 'in beginsel onschendbare persoonlijke levenssfeer' – het 'kernidee van privacy' – hetgeen ook overeenkomt met de juridische formuleringen van het recht in ondermeer art. 10 lid 1 van de Grondwet en art. 8 lid 1 EVRM.[47] Dit kernidee, dat zo 'vanzelfsprekend' lijkt, is volgens hen echter tegelijkertijd één van de belangrijkste bronnen van de verwarring die rondom het privacybegrip bestaat.

> 'Het idee van de persoonlijke levenssfeer die moet worden afgezonderd van de buitenwereld, richt de aandacht namelijk sterk op de persoonlijke, kwetsbare of intieme aard van het object van bescherming. In de feitelijke beleving van veel burgers tegenwoordig, en in bijvoorbeeld wetgeving ter bescherming van persoonsgegevens, worden echter onder de noemer van 'privacy' ook allerlei normatieve overwegingen gebracht die nauwelijks verband houden met de genoemde, persoonlijke, kwetsbare of intieme aard van het object van privacybescherming. In plaats daarvan lijkt het onrechtmatige karakter van de handelingen waartegen het recht op privacy beschermt, steeds meer centraal te staan'.[48]

---

45 M.W. Janis/R.S. Kay/A.W. Bradley, European human rights law : text and materials Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 227. Ze voegen daaran toe dat de definiering van het privé-leven nog problematischer is 'when taking into account the Court's doctrine that Art. 8 also imposes 'positive obligations on the state to facilitate the development of family and private life'.

46 P.H. Blok/A.H. Vedder, Privacy in ontwikkeling, In: J.E.J. Prins/J.M.A. Berkvens (Red.), Privacyregulering in theorie en praktijk, Kluwer, Deventer, 2002, Derde druk, p. 6.

47 Ibidem.

48 Ibidem, p. 6-7.

Zij bepleiten dan ook dat er een keuze moet worden gemaakt. Ofwel men laat het gangbare idee van de onschendbare persoonlijke levenssfeer los en geeft een nieuwe invulling aan het privacybegrip die aansluit bij de wijze waarop het tegenwoordig pleegt te worden gebruikt. Ofwel men blijft vasthouden aan dat klassieke kernidee maar baseert zich daarnaast op andere normerende beginselen.[49] In elk geval dient er een bewustzijn te zijn ten aanzien van

> '(...) de problemen waarmee ontwikkelingen in techniek en technologie en maatschappelijke en economische verhoudingen ons confronteren om een uitgebreider normatief beoordelingskader en arsenaal van beschermingsmiddelen vragen dan het idee van een onschendbaar persoonlijke levenssfeer toelaat'.[50]

Dat moet aldus worden begrepen: dezelfde normatieve beginselen zijn niet geschikt om bescherming te verschaffen voor zoveel uiteenlopende soorten privacysferen. Onderscheid moet worden gemaakt tussen beschermingsobjecten en -doelen, en separate, ter zake doende normatieve kaders moeten daarop worden toegespitst.

De vraag is dan of bij alle verschillende privacysferen en uitwerkingen daarvan het Hof inderdaad uitgaat van gedifferentieerde normatieve uitgangspunten en criteria.[51] Dat is duidelijk het geval: het Hof toetst in verschillende contexten aan verschillende criteria. Onduidelijk is evenwel of variaties bestaan in de 'status' van de verschillende privacysferen, of een bepaalde beschermingsvariant noopt tot een striktere toetsing dan bij een andere variant. Zijn strafvorderlijke privacyinbreuken 'ernstiger' dan 'constitutionele' privacyinbreuken of inbreuken in de persoonsgegevenssfeer? Zo ja, komt dat wel voldoende tot uitdrukking in 's Hof rechtspraak? Bestaat, nu zoveel verschillende varianten van privacybescherming onder het bereik van art. 8 EVRM worden gebracht, het gevaar van een overvraging van het recht? Leidt het gegeven dat beschermingssferen van een zo uiteenlopende aard onder hetzelfde basiskader zijn gebracht tot een onderlinge wisselwerking waardoor laksere toetsing in één sfeer (onbedoeld) door kan werken in andere sferen waar de toetsing strikt zou moeten worden gehouden? Hoe moet worden omgegaan met privacyinbreuken die tegelijkertijd verschillende sferen raken? Wat geldt ingeval één en dezelfde inbreuk implicaties heeft in de strafvorderlijke en de persoonsgegevenssfeer? Wordt dan getoetst aan beide ter zake doende normatieve kaders, wordt daarbij een op de aard van de geraakte beschermingssfeer toegespitste gevolg voorzien?

Uiteindelijk gaat het hier om de vraag of de striktheid of aard van de strafvorderlijke privacybescherming zoals die door art. 8 EVRM (zou moeten

---

49 Ibidem, p. 7.

50 Ibidem.

51 Zie over het door hem omschreven privacyconcept in de Verenigde Staten: T. Blom, a.w., p. 16: 'Het is (…) de vraag of het bij deze drie privacyconcepten handelt om hetzelfde recht met dezelfde inhoud'.

worden) verschaft, door de toevoeging van zoveel verschillende soorten privacysferen in de bepaling gedevalueerd is geraakt doordien een algemene verwatering van standaarden heeft plaatsgevonden om tegemoet te kunnen komen aan het brede beschermingsvlak waarin de bepaling moet kunnen voorzien. Oftewel, is de horizontale extensivering van de bepaling ten koste gegaan van de verticale bescherming van de bepaling in de strafvorderlijke sfeer?

In het omgekeerde geval: is het juist zo dat de strafvorderlijke privacybescherming zelf alleen breder lijkt te zijn geworden vanwege de toevoeging van andere soorten privacybescherming aan het beschermingsconcept in art. 8 EVRM? Kan het zijn dat wat ogenschijnlijk op een strafvorderlijke privacyschending lijkt, omdat het zich heeft voltrokken in een strafvorderlijke context, eigenlijk een privacyschending betreft van een andere aard?

Beide mogelijkheden kunnen een verklaring bieden voor het uitblijven van een sterke doorwerking van (strafvorderlijke) privacyschendingen in de context van de eerlijkheid van de strafvervolging. In het eerste geval heeft (mogelijk ten onrechte en/of onbedoeld) een devaluatie plaatsgevonden van de strafvorderlijke privacybescherming, waardoor schendingen in die sfeer hun doorwerkingskracht hebben verloren, niet omdat strafvorderlijke privacyschendingen in principe als 'licht' worden beoordeeld, maar omdat het toekennen van een sterke doorwerking ertoe zou kunnen leiden dat ook aan andere, wel als 'lichter' op te vatten typen inbreuken eenzelfde doorwerkingscapaciteit zou moeten worden toegekend. In het tweede geval is het uitblijven van een doorwerking begrijpelijker: de privacyschending is in essentie niet van strafvorderlijke aard, de verbinding met de eerlijkheid van een (mede) op basis van een dergelijke schending gevoerde strafvervolging is gewoonweg niet aanwezig.

4.2.5 Een eerste verklaring voor de zwakke doorwerking van strafvorderlijke privacyschendingen

Ondubbelzinnig maakt de strafvorderlijke privacybescherming een belangrijk onderdeel uit van de bescherming die art. 8 EVRM biedt. Vast staat eveneens dat de strafvorderlijke privacybescherming één aspect betreft van een veel meer algemene notie. Ook andere privacysferen vallen onder het bereik van 8 EVRM. De beoordeling van de verschillende soorten schendingen verloopt langs andere normatieve kaders. Kan dan in bet bestaan van dergelijke gedifferentieerde privacysferen en daarop toegespitste beoordelingskaders een verklaring worden gevonden voor de geringe doorwerkingskracht van strafvorderlijke privacyschendingen in de context van strafvervolgingen?

In dat verband moet bezien worden wat de essentie is van de strafvorderlijke privacyschendingen die in de rechtspraak van het Hof een zo gering effect hebben gehad op de eerlijkheid van strafvervolgingen. Ging het daar wel om

'essentieel' strafvorderlijke inbreuken, of betroffen het veeleer schendingen die te herleiden zijn tot andere privacysferen? Kon er daarom geen sprake zijn van een sterke strafvorderlijke doorwerking? In het andere geval: moet worden vastgesteld dat 's Hofs keuze ten aanzien van de doorwerkingskracht van strafvorderlijke privacyschendingen gewoonweg berust op een geringschatting van de betekenis en ernst van strafvorderlijke privacyschendingen? Zo ja, is er dan aanleiding om ervan uit te gaan dat zulks niet gefundeerd kan worden geacht in een principiële keuze, maar volgt uit een onbedoelde verwatering van het te breed opgerekt privacyconcept? Kan ervan worden uitgegaan dat aan strafvorderlijke privacybescherming een status aparte toekomt en dat die verwatering onwenselijk moet worden geacht en dat aan strafvorderlijke privacyschendingen wél bijzondere gevolgen moeten worden verbonden binnen de context van strafvervolgingen?

Zo ja, moet dat leiden tot de gevolgtrekking dat art. 8 EVRM niet meer kan worden geacht te voldoen aan de beschermingsnoden die voortvloeien uit de verschillende soorten privacysferen, en dat splitsing van de bepaling, in ieder geval van de strafvorderlijke privacybescherming, thans aangewezen is, zodat recht kan worden gedaan aan de essentiële aard van de verschillende schendingsmodaliteiten, incluis de gevolgen die daaraan zouden moeten worden verbonden?

Voor een antwoord op die vragen is het noodzakelijk in te gaan op uitspraken van het Hof ten aanzien van strafvorderlijke privacyschendingen waarin het Hof geen sterke doorwerking in de context van strafvervolgingen heeft toegekend. Vooral gaat het daarbij, als gezegd, om 'bijzondere opsporingszaken'. Bij de uiteenzetting van de ter zake doende rechtspraak moeten de volgende vragen worden betrokken:

In de eerste plaats: wat is de aard van bijzondere opsporingsprivacyschendingen? Is die aard essentieel als strafvorderlijk op te vatten, of vloeit de extensivering van de bescherming van art. 8 EVRM (waardoor de bepaling van toepassing werd op een bepaalde bijzondere opsporingshandeling) voort uit een andere privacysfeer? In de tweede plaats: kan het uitblijven van doorwerking worden verklaard vanuit de aard van een bijzondere opsporingsschending?

In paragraaf 4.3 wordt ingegaan op de aard van de extensivering van art. 8 EVRM in het verband van de bijzondere opsporing. In paragraaf 4.4 wordt bezien of het uitblijven van doorwerking van dergelijke schendingen kan worden verklaard uit de niet-strafvorderlijke aard van bijzondere opsporingsschendingen.

4.3 WERKING VAN ART. 8 EVRM

Art. 8 EVRM is niet alleen van toepassing op inbreuken die worden veroorzaakt door de toepassing van klassieke strafvorderlijke dwangmiddelen, doch ook

op bijzondere opsporingsbevoegdheden. De vraag is aldus waarin de extensivering van de bepaling, zodat het ook van toepassing werd op de bijzondere opsporing, is gelegen. Is de bescherming in het verband van bijzondere opsporingsbevoegdheden volledig gebaseerd op het concept van strafvorderlijke privacybescherming, of is de uitgebreide bescherming ook mede gefundeerd op andere soorten beschermde privacysferen?

4.3.1 De algemene werking van art. 8 EVRM

De tekst van art. 8 EVRM luidt als volgt:

> '(1) Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
> (2) There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.'

In het eerste lid van art. 8 EVRM wordt het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer omschreven via een viertal aspecten daarvan, namelijk het begrip privé-leven in algemene zin, het gezinsleven, de woning en de correspondentie. Het begrip privé-leven moet worden gezien als het algemene, overkoepelende beschermingsobject van de bepaling; de overige elementen als deelaspecten daarvan moeten worden aangemerkt.[52] Het overkoepelende begrip van het privé-leven is ruimer dan de som van de deelaspecten.

Het tweede lid van art. 8 EVRM omvat de voorwaarden die in acht dienen te worden genomen bij het maken van inbreuken op de in het eerste lid van de bepaling omschreven beschermingssfeer. De in die clausule opgenomen beperkingsvoorwaarden zijn niet veel anders[53] dan die in andere beperkingsclausules bij de overige vrijheidsrechten zijn opgenomen. Art. 8 lid 2 EVRM omvat een drieledige eis: die van legaliteit (de inbreuk moet '*in accordance with the law*' zijn), die van een legitieme doelbinding (de inbreuk moet een '*legitimate aim*' nastreven) en die van noodzakelijkheid (de inbreuk moet '*necessary in a democratic society*' zijn). Bij de interpretatie van de beperkingclausule bij art. 8 EVRM gaat het Hof ervan uit dat de in art. 8 lid 2 EVRM opgesomde beperkingsmogelijkheden limitatief zijn (inbreuken kunnen niet op andere voorwaarden gelegitimeerd worden geacht) en dat zij eng dienen te worden uitgelegd.[54]

---

52 T. Blom, a.w., p. 2.
53 Het verschil tussen de beperkingsclausules van de vrijheidsrechten onder de artikelen 8 t/m 13 EVRM ligt in de opsomming van legitieme doelen op basis waarvan een inbreuk op de onderscheiden rechten kan worden gemaakt.
54 T. Blom, a.w., p. 105.

Bij toetsing aan art. 8 EVRM dient in de eerste plaats ten aanzien van een bepaald handelen of nalaten te worden vastgesteld of er sprake is van een inbreuk op het recht, zoals daaraan vorm is gegeven in het eerste lid van de bepaling. Indien daarvan geen sprake is, houdt de toetsing op. Indien wel een inbreuk wordt vastgesteld, dan moet die inbreuk worden getoetst aan de voorwaarden in de beperkingclausule van art. 8 lid 2 EVRM. Zo de inbreuk voldoet aan die voorwaarden, is de inbreuk gelegitimeerd. Zo niet, dan is het privacyrecht geschonden.

Aldus kunnen schendingen van het privacyrecht de volgende vormen aannemen: (1) een bepaalde toepassing is in het nationale recht ten onrechte niet erkend als inbreuk en daardoor is geen enkele beperkingsvoorwaarde is nageleefd; (2) van een bepaalde toepassing is in het nationale recht wel erkend dat deze een inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer en daarom is een wettelijke regeling getroffen voor die toepassing, echter die regeling moet als ontoereikend worden aangemerkt of is niet nageleefd en/of (3) een toepassing is niet in overeenstemming met een legitiem doel en/of is disproportioneel te achten.

4.3.2 Ontwikkelingen in de rechtspraak

Problematische aspecten van het privacyrecht betreffen met name de vraag naar de reikwijdte van het recht zoals omschreven in het eerste lid en naar reikwijdte en strekking van de legaliteitseis in de in het tweede lid vervatte beperkingclausule. Het is vooral bij de uitleg van deze vragen dat de extensivering van art. 8 EVRM, zodat het ook van toepassing werd op bijzondere opsporingsbevoegdheden, heeft plaatsgevonden.

De overige twee eisen in het tweede lid, die van de legitieme doelbinding en de eis dat een inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving, laten zich eveneens problematiseren in de context van de bijzondere opsporing, doch de realiteit van de rechtspraak van het Hof is, dat daarvan in de context van de (bijzondere) opsporing vooralsnog weinig werk is gemaakt. Oftewel: het is niet via de aanname van schendingen wegens strijdigheid met die voorwaarden dat de bescherming van art. 8 EVRM is uitgebreid naar de bijzondere opsporing toe. Wat de doelbindingseis betreft: de opname van de doelen ter voorkoming van criminaliteit en de bescherming van rechten van anderen in de beperkingsclausule, brengen met zich mee dat in de context van strafvorderlijke inbreuken, de voldoening daaraan welhaast gegeven is. Die voorwaarde heeft in de context van strafvordering daarmee in het algemeen zelfstandig weinig betekenis.

In het navolgende wordt ingegaan op de ontwikkelingen in de rechtspraak van het EHRM ten aanzien van art. 8 EVRM die van belang zijn voor de normerende werking van deze bepaling op de bijzondere opsporing. In de eerste plaats gaat het daarbij om een verruimde lezing van het privacyrecht als

bedoeld in het eerste lid van de bepaling. Die verruiming heeft op vier manieren gestalte gekregen: (1) in de nuancering van het zogeheten *Lüdi*-criterium, ofwel het criterium aan de hand waarvan werd bepaald of er een redelijke verwachting van privacy kan zijn; (2) in de verruiming van de privacysfeer naar de openbare ruimte; (3) in de doorwerking van de persoonsgegevensbescherming in het strafvorderlijke privacyconcept en (4) in de aanvaarding van een brede toerekening aan overheden van private inbreuken op de privacy in een strafvorderlijke sfeer.[55]

In de tweede plaats is een ontwikkeling waar te nemen in de lezing van de legaliteitseis in art. 8 lid 2 EVRM. Deze komt er, kort gezegd, op neer dat de kwaliteitseisen die worden gesteld aan de wettelijke grondslagen waarop inbreuken dienen te zijn gebaseerd, oplopen, afhankelijk van de ernst en de aard van die inbreuken. Gezamenlijk genomen komen die ontwikkelingen erop neer dat (1) in méér gevallen het bestaan van een beschermingswaardige privacysfeer wordt erkend en (2) in méér gevallen stringentere legaliteitseisen worden gesteld.

4.3.3 Verruiming van de reikwijdte van het recht als bedoeld in art. 8 lid 1 EVRM

De beoordeling van de vraag of er al dan niet sprake is van een inbreuk op het privacyrecht bij toepassing van klassieke strafvorderlijke opsporingsbevoegdheden is weinig problematisch geweest in de rechtspraak van het EHRM. De strafvorderlijke privacybescherming, dat onderdeel van art. 8 EVRM dat ongeveer samenvalt met de Amerikaanse vierde en vijfde amendement bescherming, is immers juist toegespitst op dergelijke onderzoekshandelingen, terwijl beide figuren – de strafvorderlijke onderzoeksbevoegdheden enerzijds en de mensenrechtelijke bescherming anderzijds – sterk gebonden zijn aan het op het eigendomsrecht georiënteerde privacyconcept. Net zo goed als de vrijheidsbenemende dwangmiddelen in een duidelijke verhouding staan tot het recht op vrijheid en veiligheid zoals omschreven in art. 5 EVRM, is de link tussen klassieke strafvorderlijke dwangmiddelen en art. 8 EVRM tamelijk solide en geenszins moeizaam.

Het eerste lid van art. 8 EVRM is bovendien ook geconcretiseerd in termen van specifieke beschermingsobjecten, waardoor de link tussen de bepaling en de klassieke dwangmiddelen nog concreter is. Het binnentreden, de doorzoeking, de inbeslagneming van private eigendom en de onderschepping van

55 De vraag naar de relatie tussen art. 8 EVRM en inbreuken door anderen dan het openbaar gezag valt, uitgaande van de tekst van de bepaling, eigenlijk onder de beperkingsvoorwaarden in het tweede lid van art. 8 EVRM. Daarin wordt het bestanddeel van 'een inmenging door het openbaar gezag' immers eerst aan de orde gesteld. Feitelijk gaat het hier echter om de vraag naar de toepasselijkheid van de verdragsbescherming en wordt deze horizontale werking hier daarom in die context besproken.

correspondentie, zijn allen probleemloos onder de werking van de bepaling te brengen. Een uitbreiding kon plaatsvinden bij de eerste bijzondere opsporingsmethode die in het nationale recht van een wettelijke grondslag werd voorzien, namelijk het afluisteren van telecommunicatie. De toepassing daarvan kon moeiteloos onder het begrip van correspondentie worden gebracht.[56] Een virtuele, van de grammaticale inhoud van de bepaling geabstraheerde lezing van het privacyrecht kreeg daarmee overigens voor het eerst gestalte. Andere methoden, zoals de vordering van telecommunicatiegegevens,[57] konden eveneens tamelijk gemakkelijk onder het correspondentiebegrip worden gebracht.[58]

Pas later, met de ontwikkeling van andere bijzondere opsporingsmethoden met een geheel eigen aard, werd de eerste vraag van het bij art. 8 EVRM behorende beoordelingskader gecompliceerder.[59] Dergelijke bijzondere opsporingsbevoegdheden staan in een meer subtiele verhouding tot het privacyrecht. Vaak is de toepassing van die bevoegdheden lastig te onderscheiden van dagelijkse handelingen die, wanneer zij buiten een strafvorderlijke context en doel worden uitgevoerd, vanuit privacy oogpunt bezien, niet problematisch zijn. Het privacyrecht kan ten aanzien van dergelijke opsporingshandelingen alleen van toepassing zijn wanneer geredeneerd wordt vanuit een bredere,

---

56 EHRM 2 augustus 1984, *Malone v. Het Verenigd Koninkrijk*, A, 82; EHRM 24 april 1990, *Huvig v. Frankrijk*, A, 176-B; EHRM 24 april 1990, *Kruslin v. Frankrijk*, A176-A. Ook zakelijke telefoongesprekken zijn in zelfde zin onder de bescherming van de bepaling gebracht: *Halford v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra,* noot 41, § 44.

57 *Malone v. Het Verenigd Koninkrijk, supra,* noot 56, § 84.

58 Zie P. de Hert, a.w., p. 74: '(a)rticle 8 of the Convention has also benefited from a wild interpretative method used by the Court. The result is commonly known as 'the dynamic character of the Strasbourg case law'. This 'remarkable aspect' of the European human rights practice, is no less than a straightforward departure from the traditional international public law principle of strict interpretation of treaties. On numerous occasions the Court emphasized that the Convention is "a living instrument which should be interpreted according to present-day conditions". In a similar vein the Court has repeatedly stressed that the Convention is intended to guarantee "not rights that are theoretical or illusory but practical and effective".This unconventional, but effective method of interpretation that opens the way for expanding the protection offered by the Convention, is of course very promising when considering new technological developments that challenge human rights in a way that could not be foreseen when drafting the Convention. The telephone tapping case law of the European Court is traditionally hailed as a powerful demonstration of the strength of the Convention. Although the Convention does not speak to us about modern means of communication, the Court has successively brought telephone conversations (Klass), telephone numbers (Malone), voice recording (P.G. & J.H.) under the scope of Article 8. This "dynamic" interpretation of the Convention is believed to bring e-mails under the scope in due time'. (Dat laatste met verwijzing naar: H.H. De Vries, Vertrouwelijkheid van e-mail in arbeidsverhoudingen, In: H.W.K Kaspersen & C. Stuurman, *Juridische aspecten van e-mail*, Deventer: Kluwer, 2001, 116-117 en L. Ascher/W. Steenbruggen, 'Het Emailgeheim op de werkplek. Over de toelaatbaarheid van inbreuken op het communicatiegeheim van de werknemer in het digitale tijdperk', NJB, 2001-37, 1788).

59 Zie over de verhouding tussen het privacyrecht en bijzondere opsporingsmethoden, T. Blom, a.w., o.a., p. 46-49.

teleologische benadering van de daarin geboden bescherming. Het Hof zou uiteindelijk kiezen voor een dergelijke benadering. Daaraan ging echter rechtspraak vooraf waarin duidelijk werd geworsteld met het bereiken van een goede symmetrie in de verhouding tussen het privacyrecht en de bijzondere opsporing.

4.3.3.1 Lüdi en de redelijke verwachting van privacy in het publieke domein

1) De redelijke verwachting van privacy in Lüdi

In de vroege jaren van de eerste confrontaties van het EHRM met de bijzondere opsporing, leek het Hof, met de uitspraak in *Lüdi v. Zwitserland*, de beschermende werking van art. 8 EVRM ten aanzien van de bijzondere opsporing in belangrijke mate te hebben belemmerd. Wat dat criterium betreft: in de beoordeling van een klacht ten aanzien van de schending van de persoonlijke levenssfeer door een undercoveragent kwam het Hof – anders overigens dan de Europese commissie – tot het oordeel dat die inzet op zich, doch ook in combinatie met de simultane interceptie van telefoongesprekken, in het geheel geen invloed had gehad op het privé-leven in de zin van art. 8 EVRM. Er was dus geen sprake van een inbreuk. Het hierboven bedoelde belemmerend effect van de *Ludi-uitspraak* vloeide voort uit de volgende, aan die beslissing ten grondslag gelegde redenering:

> 'Toni's actions took place within the context of a deal relating to 5 kg of cocaine. The cantonal authorities, who had been warned by the German police, selected a sworn officer to infiltrate what they thought was a large network of traffickers intending to dispose of that quantity of drugs in Switzerland. The aim of the operation was to arrest the dealers when the drugs were handed over. Toni thereupon contacted the applicant, who said that he was prepared to sell him 2 kg of cocaine, worth 200,000 Swiss francs (...). Mr. Lüdi must therefore have been aware from then on that he was engaged in a criminal act punishable under Article 19 of the Drugs Law and that consequently he was running the risk of encountering an undercover police officer whose task would in fact be to expose him'.

In deze laatste overweging wordt het zogeheten subjectieve privacy criterium ingelezen, dat daarop neerkomt dat wanneer geen subjectieve (redelijke) verwachting van privacy kan worden geacht aanwezig te zijn geweest, ook geen beroep kan worden gedaan op een inbreuk op het privacyrecht. Tot dusver lijkt de redenering niet problematisch: degene die verwacht waargenomen te worden, kan zich daarnaar schikken. De verdere gedachtegang die aan dat criterium wordt gekoppeld, is echter dat, wanneer iemand strafbare feiten pleegt, hij weet dat jegens hem opsporingsonderzoek kan worden verricht en hij dus geen redelijke verwachting kan hebben dat er in die context geen inbreuken zullen worden gemaakt op zijn privacy. Evenmin als degene die op een openbare weg loopt zich daarover kan beklagen dat anderen hem

aankijken, kan de burger die ervoor kiest strafbare feiten te plegen, privacybescherming verwachten.

De ruimte die de uitspraak laat voor die laatste lezing zou storend zijn voor de nadere ontwikkeling van de strafvorderlijke privacybescherming, met name ten aanzien van de bijzondere opsporingsbevoegdheden.[60],[61]

Na *Lüdi* bleef het lange tijd onzeker of het 'redelijke verwachting van privacy criterium' inderdaad bestendig zou worden overgenomen door het EHRM.[62] Het criterium werd pas in 1997 door het Hof bevestigd.[63]

2) Nuancering van het Lüdi-criterium, privacybescherming in het publieke domein

In *P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk*,[64] uit 2000, werd de hierboven genoemde, bezwaarlijke lezing van het *Lüdi*-criterium sterk genuanceerd. In die zaak werd geklaagd over, onder andere, de toepassing van een aantal bijzondere opsporingsmethoden zonder dat daarvoor een deugdelijke wettelijke grondslag bestond. Twee van die methoden waren niet eerder in de rechtspraak van het EHRM onder de reikwijdte van art. 8 lid 1 EVRM gebracht. Beoordeeld moest derhalve worden of die methoden überhaupt inbreuk maakten op de privacy. De nuancering van het *Lüdi*-criterium geschiedde in de context van de beoordeling van één van die methoden, namelijk het afluisteren en opnemen van stemmen op een politiebureau en in de cellen van de verdachten.

Niet alleen het *Lüdi*-criterium was hier overigens problematisch. In de eerste plaats waren de opnamen in het openbaar, althans niet in een tot de privacysfeer behorende ruimte, gemaakt. Eerdere rechtspraak van het Hof noopte in ieder geval tot de conclusie dat de openbare ruimte niet door art. 8 lid 1

60 Sterker, wanneer het was doorgezet, had deze lezing van het criterium veel kunnen terugdraaien van de klassieke strafvorderlijke bescherming die in de bepaling al erkend was. Ook bij een telefoontap, een doorzoeking en inbeslagneming e.d. kan immers worden volgehouden dat er geen privacy verwachting kan zijn wanneer de betrokkene door zijn eigen strafbaar handelen op die mogelijkheid alert moet zijn. De redenering zou dan zijn dat het spreken via zo een telefoonlijn of het aanwezig hebben van belastende, voor inbeslagneming vatbare voorwerpen in ruimtes, voor eigen risico van de verdachte moet komen.

61 Die uitspraak van het Hof, en de daaraan gekoppelde lezing daarvan, waarbij degene die strafbare feiten pleegt als het ware wordt uitgesloten van privacybescherming is niet onbekritiseerd gebeleven. Zie T&C Sv, Bijlage 5, EVRM, aant. 3 bij art. 8 en de aldaar aangehaalde: C. Fijnaut, De normering van het informatieve onderzoek in consitutioneel perspectief, preadvies Nederlandse Vereniging voor rechtsvergelijking, 1994, p. 50-51. Zie ook: T. Blom, a.w., p. 54, 56-59 en 214-215.

62 Dat was volgens Blom in EHRM 23 November 1993, *A. v. Frankrijk,* A, 277-B, nog niet duidelijk. T. Blom, a.w., p. 54.

63 Blom verwijst in dat verband naar: *Halford v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra,* noot 41. Zie ook: *Peck v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra,* noot 32.

64 *P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 42.

EVRM wordt beschermd.[65] In de tweede plaats leverde het *Lüdi*-criterium een beletsel op voor het aannemen van een inbreuk. Verdachten hadden zich immers schuldig gemaakt aan strafbare feiten, en zouden, in hierboven bedoelde lezing van dat criterium, daardoor geen redelijke verwachting meer kunnen hebben van privacy.

Het Hof deed eerstens blijken geenszins uit te gaan van die lezing van het *Lüdi*-criterium, waarin degenen die strafbare feiten plegen, van bescherming worden uitgesloten. De redelijke verwachting van het privacycriterium werd in *P.G. en J.H.* in het geheel niet gekoppeld aan het strafbaar oogmerk van de verdachten, maar betrokken op de redelijke verwachting van privacy die kon bestaan op grond van het vertrouwelijk karakter van de door hen in de desbetreffende ruimtes gevoerde gesprekken. De redenering dat verdachten door het plegen van strafbare feiten afstand doen van privacybescherming gaat derhalve niet op. Het strafbaar oogmerk vormt geen factor in de beoordeling van de redelijkheid van privacyverwachtingen.

Ten aanzien van de kwestie van de openbare ruimte kwam het Hof tot de volgende beoordeling:

> 'Private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition. The Court has already held that elements such as gender identification, name and sexual orientation and sexual life are important elements of the personal sphere protected by Article 8 (....) Article 8 also protects a right to identity and personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (...). It may include activities of a professional or business nature (...) There is therefore a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of 'private life'.[66]

Het gekozen perspectief is ondubbelzinnig virtueel van aard: de aanvaarding van de relationele privacy leidt ertoe dat de privacybescherming zich ook uitstrekt tot de publieke context. Het gegeven dat de opname van gesprekken niet op een privé locatie plaatsvond, behoeft vanuit die optiek geen beletsel te zijn. De volgende toevoeging is echter cruciaal:

> 'There are a number of elements relevant to a consideration of whether a person's private life is concerned by measures effected outside a person's home or private premises. Since there are occasions when people knowingly or intentionally involve themselves in activities which are maybe recorded or reported in a public manner, a person's reasonable expectations as to privacy maybe a significant, although not necessarily conclusive factor. A person who walks down the street will, inevitably be visible to any member of the public who is also present. Monitoring by techno-

65 In ECRM 12 december 1973, *X. v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nr.: 5877/72, belemmerde het gegeven dat de aldaar vergaarde persoonsgegevens (in die zaak ging het om een foto) in het openbaar waren geregistreerd, de toegang tot de bescherming van art. 8 lid 1 EVRM.

66 *P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 42, § 56.

logical means of the same public scene (for example, a security guard viewing through closed-circuit television) is of a similar character'.[67]

Duidelijk is dat privacybescherming binnen de woning of private plaatsen (zoals een eigen kantoor) het primaat heeft. Buiten dergelijke sferen kan niet bij voorbaat worden uitgegaan van bescherming. Onder omstandigheden kan worden gesteld dat een persoon zich zodanig heeft opgesteld in het publieke domein dat er geen redelijke verwachting kan zijn van privacybescherming. Dit kán, maar behoeft niet noodzakelijkerwijs een beslissende factor te zijn.

Ook in het publieke domein kan het uitgangspunt zijn dat privacybescherming aanwezig is, tenzij men zich doelbewust daarvan uitsluit, doch is de redelijke verwachting die men al dan niet heeft – ook in dat publieke domein – niet beslissend.

3) Onverwachte toepassingen

In *Perry v. Het Verenigd Koninkrijk*[68] werden de in *P.G. en J.H.* gekozen lijnen voortgezet. Daar ging het om van de verdachte heimelijk gemaakte videoopnamen, wederom op een politiebureau. Het Hof bevestigde woordelijk bovengenoemde kader uit *P.G. en J.H.* Het geval van *Perry* liet zich overigens, vanwege de aard van de in die zaak gewraakte specifieke methode, iets moeilijker inpassen in de nieuwe beschermingsruimte. Bij Perry immers werden er geen audio- maar beeldopnamen gemaakt. In eerdere rechtspraak was privacybescherming tegen beeldopnamen in het openbaar uitdrukkelijk ontzegd.

Stapsgewijs kon het Hof toch een inbreuk vaststellen. Het monitoren van de gedragingen van personen in publieke plaatsen door middel van fotografische apparatuur als daarmee geen registratie plaatsvindt, levert op zich geen inbreuk op, aldus het Hof.[69] Wanneer registratie echter wel plaatsvindt kan dat, ook wegens de systematische of permanente aard van de registratie, wél tot een inbreuk leiden. Dat ligt in lijn met de ontwikkeling van de rechtspraak met betrekking tot de persoonsgegevensbescherming.[70] Publicatie van dergelijk materiaal op een wijze of in een mate die verdergaat dan normaal voorzienbaar is, kan de handeling ook binnen het bereik van art. 8 lid 1 EVRM brengen.[71]

Ondanks dat de beeldopnamen in *Perry* in het openbaar waren gemaakt, was de (veiligheids)camera zo aangepast dat heldere beelden zouden worden gemaakt van Perry, was er een permanente registratie gemaakt, waren de beelden gemonteerd tussen beelden van andere personen, en was een compila-

67 Ibidem, § 57.
68 *Perry v. Het Verenigd Koninkrijk, supra*, noot 42.
69 Ibidem, § 38.
70 Ibidem, met verwijzing naar: EHRM 4 mei 2000, *Rotaru v. Roemenië*, (GC), Appl. nr.: 28341/95, §§ 43-44, EHRM 2000-V en EHRM 16 februari 2000, *Amann v. Zwitserland*, (GC), nr. 27798/95, §§ 65-67, EHRM 2000-II.
71 Ibidem, met verwijzing naar: *Peck v. Het Verenigd Koninkrijk, supra,* noot 32.

tie van alle beelden getoond aan getuigen en later ook op het onderzoek ter terechtzitting.

Bij de beantwoording van de vraag of hier sprake was van een inbreuk op de privacy hechtte het Hof er belang aan dat Perry naar het politiebureau was gebracht om deel te nemen aan een Oslo-confrontatie en dat hij had geweigerd te participeren. Ongeacht of hij zich bewust was van de veiligheidscamera's of niet, kon hij volgens het Hof niet verwachten dat zijn beeltenis op video zou worden vastgelegd noch dat die beelden zouden worden gebruikt bij een video identificatieparade en als bewijs bij een strafvervolging. Deze door de politie geadopteerde '*ploy*' ging verder dan het normale of verwachte gebruik van beveiligingscamera's. Dat bleek al uit het gegeven dat de politie verplicht was om toestemming te vragen en er een ingenieur aan te pas moest komen om de camera aan te passen. De registratie van de beelden en de verwerking daarvan in een montage bestemd voor nader gebruik, konden derhalve volgens het Hof worden aangemerkt als de verwerking of verzameling van persoonlijke data met betrekking tot Perry.

Het verschil tussen deze zaak en die van *Lupker v. Nederland*,[72] waarin de Commissie geen privacyinbreuk had aangenomen bij het gebruik van foto's voor (strafvorderlijke) identificatiedoeleinden was, dat de foto's in Lupker niet via een privacyinbreuk in het bezit van de politie waren gekomen. Perry had zijn beeltenis niet vrijwillig afgestaan, noch waren de opnamen gemaakt onder omstandigheden waarin hij redelijkerwijs zou kunnen anticiperen op registratie en gebruik voor identificatiedoeleinden.

Ook in *Perry* speelde het feit dat verzoeker (mogelijk) strafbare feiten had gepleegd geen rol bij de privacybeoordeling. Er is derhalve geen aanleiding om uit te gaan van een andere houding van het Hof ten opzichte van het in *P.G. en J.H.* ingenomen standpunt dat de burger, ook die welke strafbare feiten beoogt te plegen, in de openbare ruimte privacybescherming geniet, *tenzij* hij zich zo opstelt dat ervan kan worden uitgegaan dat hij afstand doet van zijn privacyrecht en daardoor geen redelijke verwachting meer kan hebben van privacybescherming.

Waar het gaat om de specifieke methode van het maken van visuele beelden met apparatuur, is het uitgangspunt echter wel dat de burger die zich in de openbare ruimte begeeft, zich daarmee welhaast noodzakelijkerwijs (actief) blootstelt aan de mogelijkheid – net zo goed als hij door zijn medemens kan worden waargenomen – dat hij door surveillance camera's wordt waargenomen. Ook die burger hoeft echter niet bedacht te zijn op verdere verwerking van zijn aldus verkregen persoonsgegevens.

72 ECRM 7 december 1992, *Lupker v. Nederland*, Appl. nr.: 18395/91.

4) Conclusies ten aanzien van het redelijke verwachtingscriterium
De nuancering van het redelijke verwachtingscriterium komt daarmee op het volgende neer:

1 het al dan niet plegen van strafbare feiten speelt geen rol bij een privacybeoordeling;
2 ook in de openbare ruimte geniet de burger privacybescherming, *tenzij* hij zich zo opstelt dat hij daarvan afstand doet en daardoor geen redelijke verwachting meer kan hebben van privacybescherming, en
3 al heeft hij geen redelijke verwachting van privacybescherming omdat hij zich op bovenbedoelde wijze in het openbaar heeft begeven, is het ontbreken daarvan niet beslissend voor de beantwoording van de vraag of hij toch bescherming genoot.
4 bij de beoordeling van de redelijkheid van de verwachting van de burger is namelijk niet beslissend of de burger zelf *subjectief* een (redelijke) verwachting van privacybescherming had, want de werkelijkheid kan heel anders zijn dan hij in zijn voorstelling voor mogelijk zou kunnen houden.

In die laatste omstandigheid is een directe verbinding te zien tussen de uitbreiding van de beschermingsruimte en de heimelijkheid waarmee bijzondere opsporingsbevoegdheden worden toegepast. Bij de bijzondere opsporing wordt de verdachte misleid. Zijn subjectieve verwachtingen, die redelijk kunnen zijn onder normale omstandigheden (waarin geen misleidend onderzoek wordt verricht), kunnen derhalve niet bepalend zijn met betrekking tot heimelijke onderzoekshandelingen. De kernvraag is dus of, objectief gesproken, de toepassing van een onderzoeksmethode, *onverwacht* is.

4.3.3.2 Doorwerking van de persoonsgegevensbescherming in de strafvorderlijke context

Met de hierboven gegeven uiteenzetting van de *Perry* uitspraak is reeds de tweede ontwikkeling in de reikwijdte van de strafvorderlijke privacybescherming aangestipt, namelijk de doorwerking van de persoonsgegevensbescherming in de strafvorderlijke context.

In *Perry* waren de onderzoekshandelingen objectief gesproken onverwacht, omdat, hoewel een ieder erop bedacht moet zijn dat hij in de openbare ruimte door middel van technische apparatuur kan worden waargenomen, die waarneming toch een inbreuk kan opleveren wanneer er sprake is van een permanente registratie. De grondslag voor de bescherming ligt dan in de sfeer van het privacyrecht op het terrein van de persoonsgegevens. Elke registratie van een beeltenis brengt een persoonsgegevensverwerking met zich mee. Die visuele persoonsgegevens kunnen daarna verder worden verwerkt: zij kunnen worden gekopieerd, getoond aan andere personen, en dergelijke. Elke verdere stap die wordt genomen met eenmaal vergaarde persoonsgegevens, levert dan een nadere inbreuk op de privacy op. Het gaat echter niet om een strafvorder-

lijke privacyinbreuk, doch om een inbreuk in de sfeer van de persoonsgegevensbescherming. Daarmee heeft de persoonsgegevensbescherming een doorwerking in een strafvorderlijke context. De inbreuk is echter in dat geval niet essentieel strafvorderlijk van aard.

De strekking van de doorwerking van de persoonsgegevensbescherming in de strafvorderlijke sfeer is immens. Het gevolg is immers dat elke strafvorderlijke onderzoekshandeling waarmede persoonsgegevens worden vergaard (en verder bewerkt) onderhevig is aan de voorwaarden die gelden bij privacybescherming in de sfeer van persoonsgegevens.[73] In elke situatie waarin in een strafvorderlijke context verkregen gegevens worden geregistreerd, ook geverbaliseerd, is er dan sprake van een (nadere) inbreuk, naast de inbreuk die al dan niet wordt gemaakt door de toepassing van de onderzoekshandeling zelf.

De doorwerking van de persoonsgegevensbescherming in de strafvorderlijke context is tot uitdrukking gekomen in *Doerga v. Nederland*,[74] waar niet alleen de opname van telefoongesprekken in een penitentiaire inrichting (die werden opgenomen naar aanleiding van een verdenking ter zake van een vluchtpoging, met het doel de veiligheid in de inrichting te waarborgen) als inbreukmakend op de persoonlijke levenssfeer werd aangemerkt, doch ook het bewaren van die gegevens gedurende acht maanden en de latere verstrekking van die gegevens aan een officier van justitie in het kader van een andere strafzaak tegen de verdachte. De vaststelling van een schending op dat laatste punt maakt de uitspraak in *Doerga* innovatief. De uitspraak behoort tot de 'bijzondere opsporingsrechtspraak' in die zin dat de strafvorderlijke uitwisseling van persoonsgegevens onder het bereik van art. 8 EVRM is gebracht.

Het effect van de multidisciplinariteit van het privacyrecht en de grote invloed die de voortschrijdende ontwikkeling van de notie van persoonsgegevens bescherming heeft op de privacybescherming in de strafvorderlijke sfeer is duidelijk zichtbaar. De sfeer van persoonsgegevensbescherming is zodanig tot ontwikkeling gekomen, dat het onlosmakelijk verbonden is geraakt met de strafvorderlijke beschermingssfeer. Het resultaat van de verbinding van de twee sferen is dat bij elke strafvorderlijke onderzoekshandeling die leidt tot de verkrijging en verdere verwerking van persoonsgegevens, een inbreuk wordt gemaakt op het privacyrecht, ongeacht of de toepassing van de opsporingshandeling zelf een inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer. In het geval dat de strafvorderlijke toepassing waarmee de persoonsgegevens zijn

---

73 Ook in *P.G. en J.H.* werd ten aanzien van de opname van stemmen op het politiebureau via de specifieke sfeer van de persoonsgegevensbescherming een inbreuk geconstrueerd. *P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 42, §§ 58-60. Zie voor niet strafvorderlijke inbreuken op de persoonsgegevensbescherming verder: – via de opname van stemmen op het politiebureau – werd geconstrueerd de reeds genoemde zaken van *Amann v. Zwitserland*, *supra*, noot 70; *Peck v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 32 en *Craxi v. Italië*, *supra*, noot 33.

74 EHRM 27 april 2004, *Doerga v. Nederland*, Appl. nr.: 50210/99, NJ 2004, 651, m.nt. PMe.

verkregen zelf geen inbreuk maakt, gaat het dan niet om een strafvorderlijke privacyschending, maar een schending in de sfeer van de persoonsgegevensbescherming. Wanneer de strafvorderlijke onderzoekshandeling wél zelf een inbreuk maakt én daarmee ook persoonsgegevens worden verkregen (en verder verwerkt) cumuleren de twee typen inbreuken. Per saldo betekent dit dat bij strafvorderlijke onderzoekshandelingen er welhaast altijd sprake is van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, zo niet via de klassieke strafvorderlijke bescherming dan via de bescherming van persoonsgegevens.

Hierboven is geopperd dat de reden voor de geringe doorwerkingscapaciteit van privacyschendingen in de context van bijzondere opsporingstoepassingen mogelijk ligt in het ontbreken van een essentieel strafvorderlijke aard van die toepassingen. Die mogelijkheid wordt met het voorgaande meer plausibel. Als een privacyschending eigenlijk niet voortvloeit uit de strafvorderlijke maar uit de persoonsgegevensbeschermingssfeer, is het verband tussen de schending en de strafvorderlijke sfeer toevallig. Het ligt dan (meer) in de rede dat een dergelijke schending niet sterk doorwerkt naar de sfeer van de strafvervolging: het verband met het strafvorderlijke beschermingsconcept is dan zwak. Bezien moet dan worden of de privacyschendingen in de zaken waarin het Hof privacyschendingen in bijzondere opsporingszaken niet (sterk) heeft laten doorwerken in de daarop volgende strafvervolgingen, essentieel strafvorderlijk van aard waren, of juist een basis hadden in het persoonsgegevensbeschermingsconcept.

4.3.3.3 Toerekening inbreuken derden aan overheid

Een nadere uitbreiding van de reikwijdte van de bescherming van het privacyrecht is te zien in rechtspraak waarin het Hof door anderen dan het 'openbaar gezag' gemaakte privacyschendingen aan overheden toerekende.[75]

In *M.M. v. Nederland*[76] was onder verantwoordelijkheid en met medeweten van het Openbaar Ministerie opnameapparatuur bevestigd op de telefoon van de getuige S. (tevens een vermeende slachtoffer). S. nam de gesprekken die zij met verzoeker voerde op. Voor het afluisteren en opnemen was geen toestemming gegeven door een rechter-commissaris. Bovendien was – zoals bij het afluisteren van telecommunicatie toen nog verplicht was – geen gerechtelijk vooronderzoek tegen verdachte geopend. M. voerde in Straatsburg aan dat er sprake was van een inmenging in zijn persoonlijke levenssfeer door het openbaar gezag.

---

75 Ook in *Peck* en *Craxi* was er (mede) sprake van een toerekening van het handelen van derden aan de overheid. In *Peck* was het de BBC die de beelden van Peck had uitgezonden, terwijl onder andere de publicatie van tapgegevens in een krant aan de overheid werd toegerekend. *Peck v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra,* noot 32 en *Craxi v. Italië*, *supra*, noot 33.

76 EHRM 27 april 2004, *M.M. v. Nederland*, Appl. Nr.: 50210/99, NJ 2004, 651, m.nt. Pme.

Vastgesteld kon worden dat het de politie was geweest die het voorstel had gedaan aan S. de telefoongesprekken met klager op te nemen. De cassetterecorder was met voorafgaande toestemming van de officier van justitie op haar telefoontoestel aangesloten. De politie deed voorts de suggestie dat zij haar gesprekken met klager zou sturen zodat het strafbare feit zou worden besproken en gaf haar instructies over de bediening van het apparaat. Opsporingsambtenaren kwamen naar haar woning om de opnames op te halen. Het werd aan S. overgelaten om klager te brengen tot het doen van een belastende verklaring en om de cassetterecorder te bedienen.

Het Hof vergeleek het geval van *M.M.* met die van *A. v. Frankrijk*.[77] In die zaak had een burger op eigen initiatief bij een hoofdcommissaris van politie aangifte gedaan van een samenspanning tot een moord, en voorgesteld verdachte A. te bellen en het gesprek op te nemen. In die zaak stelde het Hof vast dat:

> '(...) the undertaking complained of by the applicant depended on Mr Gehrling and Mr Aimé-Blanc working together. They can hardly be dissociated from each other. The former played a decisive role in conceiving and putting into effect the plan to make the recording, by going to see the Chief Superintendent and then telephoning Mrs A. Mr Aimé-Blanc, for his part, was an official of a "public authority"'.

De politiecommissaris had volgens het Hof een cruciale bijdrage aan de executie van het schema geleverd door zijn kantoor, zijn telefoon en zijn cassetterecorder beschikbaar te stellen. Hoewel hij zijn meerderen niet had ingelicht over zijn handelingen en ook niet de toestemming had gezocht van een onderzoeksrechter, trad hij op in de uitvoering van zijn taak als een hooggeplaatste politieambtenaar. Daaruit volgde dat de publieke autoriteiten dermate betrokken waren geweest bij de 'operatie' dat de verantwoordelijkheid ervoor bij de overheid kon worden neergelegd. Daarenboven, de aard van de handeling was zodanig dat aan verzoeker bescherming toekwam onder het nationale recht. Ofwel, verzoeker had juist door de overheid beschermd moeten worden tegen dergelijke schendingen van zijn privacyrecht.

Dezelfde overwegingen waren ook in *M.M.* van toepassing. Ook hier hadden opsporingsambtenaren, met toestemming van de officier van justitie, een *'crucial contribution to the execution of the scheme'* geleverd. In dit geval waren de opsporingsambtenaren bovendien verantwoordelijk voor het initiatief. De officier van justitie en de politie handelden daarbij allen in de uitoefening van hun formele taken. Ook hier kon de schending aan de overheid worden toegekend.

Van belang is de volgende toevoeging aan het eerder uiteengezette kader in de *M.M.* zaak. Het feit dat het een private persoon is die door de politie

77 EHRM 23 november 1993, *A. v. Frankrijk*, A, 277-B.

wordt aangezet tot bewijsvergaring en dat het feitelijk die burger is die de controle heeft over de gebeurtenissen, doet niet aan de overheidsaansprakelijkheid af. Want: '(t)o accept such an argument would be tantamount to allowing investigating authorities to evade their responsibilities under de Convention by the use of private agents'.

Dat S. geheel gerechtigd zou zijn geweest om – zonder bemoeienis van een publieke autoriteit – gesprekken van verzoeker op te nemen en deze naar eigen goeddunken te gebruiken, maakte het ook niet anders, nu de overheid wel betrokken was geweest.[78]

De uitspraak geeft aanleiding tot de vraag naar de betekenis van de door het hof gebezigde 'toerekeningsconstructie'. Hier wordt immers niet gekozen voor de vaststelling van een horizontale schending en een daaruit voortvloeiende positieve verplichting van de overheid om de burger te beschermen jegens een andere burger. De redenering van het Hof is, dat er sprake kan zijn van een zodanige betrokkenheid van de publieke autoriteiten bij een horizontale inmenging dat die inmenging wordt geacht door de overheid te zijn uitgevoerd.

Aan de overheid wordt daarmee niet het verwijt gemaakt dat er niet is voldaan aan een positieve verplichting om burgers te beschermen tegen horizontale schendingen. De aansprakelijkheid wordt 'verticaal' gevestigd: de gedraging van de particulier geldt als een gedraging van de overheid vanwege de betrokkenheid van de overheid bij de inbreuk.

Daarnaast blijft nog de vraag open, wanneer sprake is van voldoende betrokkenheid om te oordelen dat de aansprakelijkheid van de Staat wordt '*engaged*'. Het Hof past in *M.M.* de reeds in *A. v. Frankrijk* gebezigde criteria toe. Die criteria kunnen als volgt worden geduid: in de eerste plaats moet er sprake zijn van een *'crucial contribution to the execution of the scheme'* en in de tweede plaats moet deze bijdrage worden geleverd door een hooggeplaatste (politie)functionaris die handelt in de uitvoering van zijn (formele) (politie)taak.

Wat de *'crucial contribution to the execution of the scheme'* betreft: in de zaak van *A. v. Frankrijk* ging het om het voor een korte tijd beschikbaar stellen van het kantoor, telefoon en cassetterecorder van de politiefunctionaris aan de burger die het gesprek voerde met A. In *M.M.* was ook apparatuur beschikbaar gesteld door politiefunctionarissen, en hoewel deze werd aangesloten op een telefoon in de woning van S. zelf, kon de bijdrage in dit geval als verdergaand dan in *A. v. Frankrijk* worden gekenmerkt. Hier werd de actie namelijk uitgevoerd op initiatief van opsporingsambtenaren, door hen werden instructies gegeven over hoe het gesprek diende te worden gestuurd en over de bediening van de apparatuur.

Wat de tweede voorwaarde ten aanzien van de hoedanigheid van de betrokken functionaris betreft: onduidelijk is *hoe* hoog geplaatst deze moet

78 Overigens werd hier niet een inbreuk aangenomen op het algemene privacyrecht maar op het in art. 8 lid 1 EVRM specifiek genoemde correspondentierecht.

zijn om aansprakelijkheid van de overheid te kunnen aannemen. In *M.M.* was gehandeld met toestemming (en derhalve onder het gezag) van de officier van justitie en handelden alle betrokken functionarissen in de uitvoering van hun opsporingstaak. In *A. v. Frankrijk* ging het om een hoofdcommissaris van politie. De conclusie kan zijn dat de betrokkenheid van een hooggeplaatste opsporingsambtenaar in dit verband voldoende zal zijn.

De eisen voor de toerekening van 'derden-schendingen' aan overheden blijken in ieder geval niet zwaar te zijn. Waar de overheid burgers betrekt bij de bijzondere opsporing, al dan niet in kader van een overeenkomst, kunnen de voorwaarden van art. 8 EVRM niet worden omzeild. Deze rechtspraak van het Hof werpt een belangrijke barrière op tegen de al te voortvarende inzet van burgers in dit verband. Nu de inzet van burgers geen ontheffing van verantwoordelijkheden onder art. 8 EVRM met zich mee kan brengen, wordt voorkomen dat burgers worden ingezet vanuit de gedachte dat zij niet onderworpen zijn aan dezelfde beperkingen die gelden voor opsporingsambtenaren. Waar strafvorderlijke overheden op de hoogte zijn van particuliere acties, zeker wanneer deze acties van overheidswege worden gestuurd, blijft de overheid daarvoor verantwoordelijk.[79]

4.3.4 Ontwikkelingen in verband met de legaliteitseis

De eerste beperkingsvoorwaarde van art. 8 lid 2 EVRM betreft de legaliteitseis: inbreuken dienen in overeenstemming te zijn met het recht, waaruit voortvloeit dat inbreuken alleen dan te legitimeren zijn wanneer daarvoor een toereikende wettelijke basis geldt. De legaliteitsvraag valt uiteen in een aantal componenten. Ten eerste moet de mogelijkheid om inbreuk te maken enige basis hebben in

79 Zie anders rechter Palm in zijn dissenting opinion bij deze uitspraak: '(t)he majority of the Chamber refers to the case A. v. France and finds that the same considerations as in that case apply in the present case (paragraphs 38 and 39). They also express the view that the present case, like that of A. v. France, is characterised by the police setting up a private individual to collect evidence in a criminal case (paragraph 40 above). In my opinion the present case can be clearly distinguished from the A. v. France case. In the A. v. France case, a man came to the police headquarters and spoke to a Chief Superintendent. The man volunteered to call up a person and make that person speak about a planned murder. The superintendent agreed and the conversation was taped by the superintendent on his tape-recorder which was connected to his telephone in his office. The superintendent afterwards kept the tapes.In that case, everything happened on police premises, and the whole operation was managed by the police in such a way that it came close to beginning a police investigation. The facts in the present case are quite different on the essential points, as have been described above.The role of the police in a modern society is very much debated and it is a common understanding today that the police force should, apart from usual police work, also offer help to the individual citizen who turns to them where this can be done without harming other interests. It is to be hoped that this judgment will not result in making police work more difficult and the police themselves less motivated to inform and help the public'.

de nationale wet.[80] Ten tweede moet die wettelijke basis voldoen aan de eisen van 'voorzienbaarheid' ('*foreseeability*') en 'toegankelijkheid' ('*accessibility*'), hetgeen meebrengt dat de inbreuk moet voldoen aan de '*rule of law*' als bedoeld in de preambule van het verdrag en omkleed moet zijn met evenredige waarborgen, de zogeheten kwaliteitseisen voor de wettelijke grondslag.[81] Ten derde vloeit uit de legaliteitseis voort dat de nationale regeling ook *in concreto* moet worden nageleefd. Ook ten aanzien van deze eisen zijn ontwikkelingen waar te nemen in de bijzondere opsporingsrechtspraak van het Hof.

4.3.4.1 Een basis in het nationale recht

Bij de eis ten aanzien van het bestaan van enige basis in het nationale recht is van belang wat voor rechts- of wetsbegrip daarbij wordt gehanteerd.[82] Uit oudere rechtspraak van het Straatsburgse Hof blijkt niet dat een wettelijke regeling zou zijn vereist, laat staan een regeling bij wet in formele zin.[83] De vereiste basis kon worden gevonden niet alleen in een '*statute*' maar ook in '*unwritten law*'[84] Ook in de context van heimelijke opsporing bleek, in de *Malone* zaak, een basis van jurisprudentie en bestuurspraktijk voldoende te zijn voor het afluisteren van telefoongesprekken.[85] Dat gold voor het Hof niet alleen als tegemoetkoming aan de *common law* leden die uit de aard van hun juridische stelsels anders voortdurend in schending zouden kunnen zijn, doch ook voor de 'continentale' leden.[86]

De recentere – hierna te behandelen- rechtspraak van het EHRM geeft echter de sterke indruk van een omgaan wat de vormgeving (en daarmee de kwaliteit) van de wettelijke basis betreft. Opvallend in de rechtspraak van het Hof is de veelvuldige afwijzing van de Britse *Home Office Guidelines* als deugdelijke wettelijke grondslag voor de toepassing van zware bijzondere onderzoeksmethoden.

Die benadering van het Hof blijkt overigens niet uit een uitdrukkelijk aangepaste formulering ten aanzien van de eis dat de inbreuk enige basis moet hebben in het nationale recht. Het vloeit eerder voort uit de – hierna te bespreken – verfijning van de kwaliteitseisen die gelden voor de nationale regelingen. Algemeen geldt bij deze eisen namelijk dat deze stringenter worden naarmate de aard en omvang van de inbreuk als ernstiger moeten worden opgevat. Gelet op de eisen die zelfs bij betrekkelijk lichte inbreuken worden gesteld aan de

80 T. Blom, a.w., p. 106.
81 Ibidem, p. 111.
82 Ibidem, p. 106.
83 Ibidem.
84 Ibidem, met verwijzing naar: EHRM 26 april 1979, *Sunday Times v. Het Verenigd Koninkrijk*, A. 30, § 47.
85 Ibidem, met verwijzing naar: *Malone v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 56.
86 Ibidem, p. 106-107, met verwijzing naar: *Kruslin v. Frankrijk*, *supra*, noot 56; *Huvig v. Frankrijk*, *supra*, noot 56.

vorm en kwaliteit van de grondslagen daarvoor in het nationale recht, kan ervan worden uitgegaan dat een niet wettelijke regeling over het algemeen niet meer zal voldoen.

4.3.4.2 Toegankelijkheid, voorzienbaarheid, rule of law en procedurele waarborgen: basis in de rechtspraak oude stijl

De legaliteitseis brengt voorts met zich mee dat de nationale regeling moet voldoen aan de eisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid, in overeenstemming moet zijn met de eisen van de *rule of law* en '*adequate and effective safeguards against arbitrary interference and abuse*' moet bevatten.[87] Toegankelijkheid, oftewel, '*accessibility*' betekent dat de burger kennis moet hebben kunnen nemen van de regeling.[88] Daarbij is van belang of de betreffende regeling is gepubliceerd.[89] In *Chapell* waren de relevante wetsteksten en jurisprudentie wél gepubliceerd, hetgeen als voldoende werd aangemerkt in dit verband.[90] In *Groppera-radio AG e.a.* bleek (in het verband van art. 10 lid 2 EVRM) dat (integrale) publicatie geen absoluut vereiste is: in die zaak waren niet alle regels met betrekking tot het internationale telecommunicatierecht gepubliceerd, maar de regeling bleef toch toegankelijk.[91] 'De toegankelijkheid is volgens het Europese Hof mede afhankelijk van de inhoud, het betreffende rechtsgebied en aantal en kwaliteit van degenen voor wie die regeling bestemd is. (…) 'Van een zakelijke onderneming mag volgens het Hof worden verwacht dat zij professionele hulp inroept om geïnformeerd te raken omtrent de inhoud van de regels die op haar van toepassing zijn'.[92]

De tweede kwaliteitseis, die van de voorzienbaarheid, brengt mee dat de nationale norm voldoende duidelijk dient te zijn geformuleerd.[93] De regeling moet voldoende bepaald en begrijpelijk zijn (al dan niet met deskundigenadvies)[94] terwijl een zekere vaagheid wel aanvaardbaar is.[95] Daarbij zijn regelingen die discretionaire bevoegdheden toebedelen aanvaardbaar.[96]

---

87 Ibidem, p. 111. Deze kwaliteitseisen werden volgens Blom voor het eerst geformuleerd in de *Sunday Times* zaak, waar het overigens niet ging om de beperkingsclausule bij art. 8, maar die van art. 10 EVRM. Ibidem.

88 Ibidem, p. 111.

89 Ibidem, p. 112, met verwijzing naar: EHRM 25 maart 1983, *Silver e.a. v. Het Verenigd Koninkrijk*, A, 61, § 87.

90 Ibidem, met verwijzing naar: EHRM 30 maart 1989, *Chappell v. Het Verenigd Koninkrijk*, A, 152-A, § 56.

91 Ibidem, met verwijzing naar: EHRM 28 maart 1990. *Groppera-radio AG e.a. v. Zwitserland*, A, 173, § 68.

92 Ibidem.

93 Ibidem, p. 112-113.

94 Ibidem, p. 113.

95 Ibidem.

96 Ibidem, p. 114.

Een te ruime wettelijke basis kan niet worden '(…) gecompenseerd door nadere normering in nationale jurisprudentie'.[97] Anderzijds behoeven de verder vereiste waarborgen tegen willekeur (de procedurele waarborgen die ook behoren tot de kwaliteitseisen voor de wettelijke regeling) niet in de wettelijke regeling zelf te zijn opgenomen.[98] Ten aanzien daarvan geldt dat zij wel nader geregeld kunnen zijn in instructies, administratieve praktijken of richtlijnen, uiteraard voor zover deze wel toegankelijk zijn.[99] In *Malone* heeft het Hof reeds de gedachte uitgesproken dat de eisen aan de voorzienbaarheid strenger worden wanneer het gaat om heimelijk toegepaste opsporingsmethoden.[100] Daarbij is het bestaan van rechterlijk toezicht van belang.[101]

4.3.4.3 Verfijning van de legaliteitseis

Als gezegd heeft zich in de recente rechtspraak van het Hof een verfijning van de legaliteitseis voorgedaan. Ook hier geldt weer de belangrijke uitspraak in *P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk* als omslagpunt voor de bedoelde verfijning. De basis voor het in die zaak uitdrukkelijk uiteengezette ter zake doende denkkader was ook wel in eerdere rechtspraak zichtbaar.

Reeds in *Kruslin*, *Huvig* en *Kopp*[102] had het Hof immers al duidelijk gemaakt dat bij de toepassing van onderzoeksmethoden, die ernstige inbreuken maken op de rechten onder art. 8 EVRM, zoals de telefoontap, extra criteria hebben te gelden.[103] De wetgeving moet dan '*particulary precise*' zijn en de wettelijke regels moeten '*clear*' en '*detailed*' zijn. In *P.G. en J.H.* werd die gedachtegang geconcretiseerd. Door aan te geven dat bij lichtere inbreuken een meer algemene grondslag voldoende is, maakte het Hof duidelijk dat de legaliteitseis oploopt naarmate de inbreuk zwaarder is.

Verwarrend in dit verband was de uitspraak van het EHRM in *Amann*, welke uitspraak het bestaan van de oplopende schaal in het ongewisse bracht. Daarin stelde het Hof immers ook stringente precisie-eisen ten opzichte van wat als een beperkte inbreuk kan worden gezien, namelijk de enkele opslag van persoonsgegevens zonder dat ter zake nadere bewerkingen plaatsvonden. Dat betekende ofwel dat dezelfde precisie-eisen hebben te gelden, ongeacht de ernst van een inbreuk, ofwel dat de opslag van persoonsgegevens als een zware inbreuk moet worden opgevat.

Een mogelijke verklaring voor de ongerijmdheid die de *Amann*-uitspraak mee lijkt te brengen, kan in het volgende worden gevonden. Hierboven is

97 Ibidem, p. 115.
98 Ibidem.
99 Ibidem.
100 Ibidem, p. 115-166, met verwijzing naar, o.a.: *Malone v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 61.
101 Ibidem, p. 116, met verwijzing naar: EHRM 6 september, *Klass e.a. v. Duitsland,* A, 28.
102 EHRM 25 maart 1998, *Kopp v. Zwitserland,* 25 maart 1998, Reports 1998-II, § 72.
103 Zie ook (in verband met de eerste twee genoemde zaken): T. Blom, a.w., p. 118.

geopperd dat mogelijk een verschil in ernst bestaat tussen schendingen van privacy in de verschillende sferen die tot het recht behoren. Oftewel, mogelijk moeten strafvorderlijke privacyschendingen worden beoordeeld als aparte categorie van schendingen in de sfeer van persoonsgegevensbescherming. Alle sferen hebben dan een eigen 'ernst-schaal'. Dan is er ook niet één oplopende legaliteitsschaal, maar zijn er aparte schalen voor elke te onderscheiden privacysfeer.

Denkbaar is daarmee dat de schaal die geldt voor de strafvorderlijke beschermingssfeer losstaat van die welke geldt in de sfeer van persoonsgegevensbescherming. Moeilijk zou het ook zijn inbreuken in de twee verschillende sferen tegen elkaar af te wegen: de zwaarte van een bepaalde strafvorderlijke inbreuk laat zich wel wegen ten opzichte van een andere strafvorderlijke inbreuk, hetzelfde geldt voor inbreuken in de sfeer van persoonsgegevensbescherming, doch onderling lijken de andersoortige inbreuken slecht vergelijkbaar. In een strafvorderlijke context lijkt het enkele bewaren van persoonsgegevens niet ernstig, terwijl dat wel het geval kan zijn in de sfeer van persoonsgegevensbescherming. Andersom is in de strafvorderlijke context een doorzoeking in een woning op te vatten als een zware inbreuk, terwijl in de sfeer van persoonsgegevens een dergelijke doorzoeking weinig betekenis zal hebben indien daarbij geen persoonsgegevens worden vergaard. Of het Hof met een dergelijk helder doelbewustzijn te werk gaat ten aanzien van deze gescheiden sferen blijkt niet uit de rechtspraak. Een uitdrukkelijke afbakening zoals hier voorgesteld is daarin niet te vinden. Evenwel laat dat onderscheid wel de uiteenlopende uitkomsten in de rechtspraak verklaren, hetgeen in ieder geval plausibel maakt dat verschillen in de privacybeschermingssferen – al dan niet bewust – wel hun doorwerking hebben in concrete beoordelingen.

De nadere uitwerking van de legaliteitseis kreeg in *P.G. en J.H.* gestalte in de beoordeling van de toepassing in die zaak van een tweede gewraakte methode, namelijk die van het opvragen van gebruikersgegevens en verkeersgegevens ten aanzien van het telefoonnummer van één van de verdachten. Ook ten aanzien van deze methode werd de inbreuk (op het privacy- en op het correspondentierecht) niet betwist. Het Hof maakte echter veel werk van de beoordeling van de zwaarte van deze inbreuk. Het bijhouden van gegevens ten aanzien van gevoerde telefoongesprekken maakt, aldus het Hof, niet per se een inbreuk op art. 8 EVRM. Zo is dat niet het geval wanneer telecommunicatiebedrijven dergelijke gegevens zelf bijhouden, met het doel van facturering. Door de in principe niet inbreukmakende aard van de handeling moet onderscheid worden gemaakt tussen deze 'methode' en die van de interceptie van telecommunicatie, die onwenselijk en illegaal is in een democratische samenleving, *tenzij* ze gerechtvaardigd wordt door een bepaald (strafvorderlijk) doel.[104] Zodoende is feitelijk ook een nader criterium gegeven voor de van

104 *P.G. en J.H., supra*, noot 42, § 42, met verwijzing naar *Malone v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 56, §§ 83-85.

het al dan niet inbreukmakend karakter van toepassingen: het *doel* van een bepaalde maatregel kan daarbij bepalend zijn.

Ten aanzien van de methode van opvragen en gebruik van telecommunicatiegegevens kwam het Hof tot de volgende beoordeling. De kwaliteitseis voor de wettelijke regeling verwijst effectief ('*essentially*') naar overwegingen van voorzienbaarheid en toegankelijkheid. Wat vereist wordt qua waarborgen zal afhankelijk zijn, ten minste in enige mate, van de aard en de omvang ('*extent*') van de inbreuk in kwestie. In deze zaak had de door de toepassing verkregen informatie betrekking op de telefoonnummers die vanuit de woning van één van de verdachten werden gebeld tussen twee specifieke data. Die informatie had geen betrekking op de inhoud van de gesprekken of op de identiteit van degenen die ze voerden. De aldus verkregen informatie en het gebruik[105] dat daarvan gemaakt kon worden, was derhalve beperkt. De inbreuk was dus niet als bijzonder ernstig op te vatten.

Voor de inbreuk bestond wel een wettelijke grondslag. Deze was tamelijk algemeen, volgens verzoekers te algemeen. De verkrijging van de gegevens was namelijk gebaseerd op sectie 45 van de *Telecommunications Act 1984* en sectie 28 lid 3 van de *Data Protection Act 1984*: daarin werd alleen geregeld dat telefoonbedrijven en andere verwerkers van persoonsgegevens niet strafbaar of onrechtmatig handelen wanneer zij telecommunicatiegegevens verstrekken aan strafvorderlijke autoriteiten in de context van opsporingsonderzoeken. Geen specifieke regeling bestond bovendien in het nationale recht ten aanzien van de opslag en vernietiging van dergelijke informatie.

Dergelijke zware eisen behoeven bij een bevoegdheid als de onderhavige volgens het Hof echter niet te worden gesteld, omdat de aard en de mate van de inbreuk die daarmee wordt veroorzaakt, anders dan bij een telefoontap of bij het direct afluisteren in de woning, niet als bijzonder ernstig is op te vatten. Dat bracht het Hof tot het oordeel dat de afwezigheid van waarborgen omtrent gebruik, opslag en vernietiging niet een risico van misbruik met zich meebrengt[106] en dat de bewuste wetgeving voldeed aan de legaliteitseis.[107]

105 Dat betreft weer een verwijzing naar de sfeer van de persoonsgegevensbescherming.

106 *P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk, supra*, noot 42, § 47.

107 Zie voor een bevestiging van de oplopende legaliteitseis: EHRM 5 november 2002, *Allan v. Het Verenigd Koninkrijk,* Appl.nr.: 48539/99 (direct afluisteren op een politiebureau); EHRM 27 mei 2003, *Hewitson v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nr.: 50015/99 (direct afluisteren in werkplaats); EHRM 16 juli 2002, *Armstrong v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nr. 48521/99 (direct afluisteren in woning), EHRM 12 juni 2003, *Chalkley v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nr.: 63831/00 (direct afluisteren in woning). In alle gevallen werd de bestaande wettelijke grondslag te licht bevonden, gelet op de ernst van de inbreuken. In *Perry* was de wettelijke grondslag gedetailleerd en werd voldoende bevonden. Die regeling was echter *in concreto* niet nageleefd. *Perry v. Het Verenigd Koninkrijk, supra*, noot 42.

4.3.4.4 Bepaling van de ernst van een inbreuk: heimelijkheid en de combinatie van inbreuken, incluis persoonsgegevensverwerking

De vraag is dan, uitgaande van de regel dat een zwaardere inbreuk een navenant zware wettelijke grondslag behoeft, hoe de zwaarte van een inbreuk moet worden gemeten. Indicaties ter zake zijn reeds in de voorgaande uiteenzetting van de rechtspraak van het Hof gegeven. In de eerste plaats gaat het niet alleen om de mate van inbreuk, maar ook om de aard daarvan. Daarmee is echter niet veel gezegd. Wel zijn in de verschillende uitspraken twee meer inhoudelijke aanknopingspunten te vinden.

In de eerste plaats komt in de rechtspraak meermalen naar voren het effect van de heimelijke toepassing van bepaalde inbreukmakende maatregelen. De heimelijkheid maakt de inbreuk zwaarder en vraagt om een concretere wettelijke regeling. De logica achter die werking is helder: bij inbreuken geldt dat in de regeling daarvan, (procedurele) waarborgen tegen misbruik aanwezig moeten zijn en dat hoe zwaarder de inbreuk is, hoe beter die waarborgen geregeld moeten zijn. Bij heimelijke toepassing van methoden is de ruimte voor misbruik veel groter en dient er daarom een wettelijke regeling te bestaan waarin die nadere misbruikgevoeligheid is verdisconteerd en zoveel mogelijk (procedurele) waarborgen zijn ingebouwd ter compensatie van de met heimelijkheid gepaard gaande risico's. Bij de toepassing van niet-heimelijke onderzoeksmethoden kunnen de eisen afgezwakt worden geacht omdat de burger dan op de hoogte is van de toepassing en zich daartegen kan verweren, althans zich in het bewaken van zijn rechten actief kan opstellen.

Dat brengt mee dat de heimelijkheid waarmee de bijzondere opsporing per definitie gepaard gaat, in beginsel noopt tot een concretere regeling dan die van de klassieke strafvorderlijke onderzoeksmethoden waarvan de toepassing openlijk geschiedt.

Aldus werkt het aspect van de heimelijke toepassing in twee opzichten door in de bepaling van art. 8 EVRM. De heimelijke toepassing kan in de eerste plaats betekenen dat vanwege de *onverwachte* toepassing in een situatie waarin normaal gesproken geen redelijke verwachting van privacy bestaat (omdat zij plaatsvindt in het openbaar), het aannemen van een verwachting ten aanzien van de mogelijkheid van een bepaalde toepassing weer onredelijk wordt. Zo werkt de heimelijkheid door in de vraag naar het al dan niet bestaan van een inbreuk. De tweede doorwerking is het hier bedoelde verzwarende effect dat de heimelijke toepassing heeft, in die zin dat meer eisen worden gesteld aan de wettelijke grondslag daarvoor.

Welke lijn tekent zich af in de oplopende schaal van de legaliteitseis? Daarvoor geeft het Hof in de uitspraak in *Doerga*[108] bruikbare aanknopingspunten. De meest vergaande legaliteitseis die wordt gesteld in het kader van

108 Zie ook de reeds genoemde *Silver* e.a. zaak, *Silver v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 89.

inbreuken op verdragsrechten, wordt niet gesteld in de context van de strafvordering maar in die van het strafrecht. De materieelrechtelijke legaliteitseis moet worden gezien als de meest strikte, hetgeen in lijn is met de aparte status die deze eis heeft in het nationale recht en in art. 7 EVRM, waar zij geldt als een niet-derogabel, dus absoluut, mensenrecht.

Direct daaronder vallen de strafvorderlijke, heimelijke inbreuken op de privacy. Anders is dat alleen wanneer andere strafvorderlijke inbreuken uit hun aard (omdat het gaat om een inbreuk in een intens beschermde sfeer zoals de woning) als zeer zwaar moeten worden aangemerkt. Die redeneringen volgend moet als bijzonder zwaar worden aangemerkt een heimelijke inbreuk in de woning: vandaar ook dat de grondslag voor het direct afluisteren in een woning in de boven omschreven Britse zaken volstrekt tekort schoot.

In de tweede plaats ligt een nadere indicatie voor de inhoudelijke invulling van de zwaarte van een inbreuk wederom in de doorwerking van de persoonsgegevensbescherming in de strafvorderlijke context. Bij de beoordeling van verschillende in die zaken geconstateerde inbreuken, hechtte het Hof namelijk belang aan de verschillende stappen die met reeds vergaarde gegevens werden ondernomen. In *P.G. en J.H.* was van belang dat de stemmen van verdachten permanent waren geregistreerd – een bewerking die een op zich niet-inbreuk makende handeling onder het bereik van art. 8 lid 1 EVRM brengt – onderworpen aan analyse, en ter vergelijking gekoppeld aan andere persoonsgegevens. Ook bij *Perry* was er sprake van permanente registratie, waarbij de camera's bovendien op een wijze waren opgesteld dat er kwalitatief goede beelden konden worden verkregen (dus er werden meer details opgenomen). Vervolgens werden die beelden verwerkt tussen andere beelden en getoond aan getuigen en later ook op een openbare terechtzitting.

In de sfeer van de persoonsgegevensbescherming levert elke stap – elke nadere bewerking – een verzwaring van de inbreuk op. Dat mechanisme werkt door in de strafvorderlijke context.

Duidelijk is dat de persoonsgegevensbescherming, evenals het aspect van de heimelijkheid, ook een dubbele werking heeft in de bepaling van art. 8 EVRM. Niet alleen heeft de persoonsgegevens-bescherming een effect op de beoordeling van de 'inbreuk-vraag', maar ook op de vaststelling van de zwaarte van de inbreuk en daarmee op de vraag naar de vereiste precisie van de wettelijke grondslag. Elke strafvorderlijke onderzoekshandeling die leidt tot vergaring van persoonsgegevens en verdere bewerking daarvan – en reeds de verbalisering moet worden gezien als een verdere bewerking – maakt inbreuk op de sfeer van de persoonsgegevensbescherming. Dat geldt ook voor het toevoegen daarvan aan een procesdossier, het verdere gebruik van die persoonsgegevens in een ander onderzoek, de openbaarmaking daarvan ter openbare terechtzitting en dergelijke. Een al te voortvarende bewerking kan leiden tot de aanname van een zware inbreuk op art. 8 lid 1 EVRM. Een tweede gevolg is dit, namelijk dat de eisen van art. 8 lid 2 EVRM ook voor de strafvorderlijke verwerking van persoonsgegevens gelden, ongeacht of een vergelijking

met de zwaarte van strafvorderlijke inbreuken op een en dezelfde schaal mogelijk is. De nationale wettelijke regeling dient dus niet alleen te voorzien in een voldoende wettelijke grondslag voor de toepassing van inbreukmakende opsporingsbevoegdheden maar ook in een even gedegen grondslag voor de virtuele inbreuken die worden veroorzaakt door de verdere verwerking van de aldus vergaarde persoonsgegevens.

4.3.4.5 Naleving nationale regeling

Aan de vraag naar het bestaan van een wettelijke basis is noodzakelijkerwijs gekoppeld de vraag of in het concrete geval die nationale wettelijke basis ook is nageleefd. Ten aanzien van die vraag kunnen twee soorten geschillen bestaan. In de eerste plaats kan er een verschil van mening zijn over de feiten, uitgaande van een gemeenschappelijke lezing van het recht. Van belang is in dat geval in hoeverre het Hof tot een feitenvaststelling kan overgaan en bij welke partij de bewijslast zal worden gelegd. Een algemene lijn valt daarin niet te ontwaren: het Hof blijft in feitelijke aangelegenheden terughoudend.

In de tweede plaats kan er een verschil van mening zijn over de juiste interpretatie van het nationale recht zelf. De vraag is dan of dat het recht de toepassing al dan niet toestond. Dat brengt het aspect van de rechterlijke interpretatievrijheid, dat onderdeel uitmaakt van legaliteitstoetsing, aan de orde.

In de wat oudere rechtspraak geeft het Hof blijk van een marginale houding ten opzichte van deze laatste legaliteitseis: als de nationale rechter van oordeel was geweest dat het overheidsoptreden in overeenstemming was met het nationale recht, was het Hof snel geneigd daarmee genoegen te nemen. De terughoudendheid van het Hof volgde uit de algemene *'deferential'* houding van het Hof bij de interpretatie van het nationale recht: dat is primair een aangelegenheid voor de nationale autoriteiten en het is niet aan het Hof zijn eigen oordeel daarvoor in de plaats te stellen. Waar er sprake was van bestendige rechtspraak op een bepaald punt, diende deze niet te worden gepasseerd door het Hof. Het Hof beperkte zich tot de vaststelling of in het licht van de bewoordingen van de desbetreffende bepalingen en de stand van de jurisprudentie dienaangaande, de nationale staat in redelijkheid kon menen dat de beperkende maatregelen in overeenstemming waren met het (*in abstracto* verdragsconforme) nationale recht.

In *Kruslin* en *Huvig* werd de interpretatie van een vage en brede bepaling, zodat deze op nieuwe, door de tekst van de regeling niet gedragen situaties van toepassing werd, aanvaardbaar geacht. Ook in *Lüdi* ging het Hof akkoord met de ruime interpretatie die het *Bundesgericht* aan de wettelijke bepaling die de bevoegdheid tot het afluisteren van telecommunicatie gaf opdat zij ook van toepassing zou zijn op een preliminaire fase van het onderzoek, waarbij de feiten nog niet gepleegd waren en het tappen dus 'pro-actief' plaatsvond.

De toebedeling van een ruime interpretatievrijheid in die zaken moet worden gekoppeld aan het gegeven dat het Hof in het verleden wat betreft de eis van een wettelijke basis wel flexibeler is geweest: niet alles behoefde immers in de wet te zijn geregeld. De thans mogelijk als analogisch op te vatten interpretaties werden acceptabel geacht, mits kon worden vastgesteld dat de nationale rechter in redelijkheid tot die beslissing had kunnen komen.

Ook die flexibiliteit lijkt het Hof thans van zich te hebben afgeschud. Die ontwikkeling is het gevolg van de verscherping van de legaliteitseis ten aanzien van de vereiste precisie van de wettelijke grondslag. Wanneer daaraan nadere eisen worden gesteld, heeft dat het logische gevolg dat nationale interpretaties strikter moeten worden beoordeeld.

Te verwachten viel dan ook – naar aanleiding van de stringentere omgang met de legaliteitseis – dat het EHRM zich meer zou gaan permitteren ten opzichte van de interpretatie van het nationale recht en daarmee ten opzichte van de vraag of een wettelijke basis daadwerkelijk kon worden geacht te zijn nageleefd, ongeacht wat de nationale rechter daarvan had gevonden.

Illustratief voor dat laatste is de uitspraak in *Perry*, waarin de wettelijke regeling voor de aldaar gewraakte onderzoekshandeling voldoende werd bevonden. De niet-naleving van die wettelijke regeling, ondanks het fiat van de Britse rechter ter zake, leidde tot het oordeel dat art. 8 EVRM was geschonden. Aan de legaliteitseis was toch niet voldaan, niet omdat de regeling *in abstracto* ondeugdelijk was, maar omdat deze niet correct was nageleefd. Hoe concreter een wettelijke regeling, des te gemakkelijker de vaststelling kan worden gedaan dat deze niet is nageleefd: de regeling in *Perry* was zeer gedetailleerd, waardoor verzuimen duidelijk vast te stellen waren.

De verdergaande bereidheid van het Hof om zelf tot interpretatie van nationale grondslagen over te gaan, is echter niet beperkt tot gevallen waarin een zeer concrete regeling aanwezig is. In *Doerga v. Nederland* werd de interpretatie van de Hoge Raad van de bestaande (niet voldoende concrete) wettelijke basis voor opslag en verdere verstrekking van de via een telefoontap verkregen gegevens volstrekt gepasseerd door het Hof. Waar de Hoge Raad de nationale regeling zo had gelezen dat deze uiteindelijk werd geacht te machtigen tot de opslag en verdere verstrekking van gegevens en het optreden aldus in overeenstemming met het nationale recht had bevonden, oordeelde het Hof dat het nationale recht niet zo ruim gelezen kon worden. Opgemerkt werd door het Hof dat de ondeugdelijkheid van de wettelijke grondslag in de zin van de voorzienbaarheid juist bleek uit het gegeven dat de nationale rechter in staat was geweest om tot een analogische interpretatie van de regeling te komen.[109] Waar de nationale rechter ruimte heeft voor analogische wetstoepassingen, is daarmee gegeven dat de basis te weinig concreet is. In ieder geval is deze vergaande bemoeienis in de interpretatieve aangelegenheden van de

109 *Doerga v. Nederland, supra*, noot 74, § 52.

nationale rechter ver verwijderd van de *'deferential'* houding, die het Hof in dat verband aannam in het *Lüdi*-arrest.

De waar te nemen verscherping van de nalevingseis binnen de context van legaliteitsbeoordelingen heeft geen zelfstandige betekenis. Zeker brengt deze niet mee dat een bepaald gevolg aan op deze basis aangenomen legaliteitsschendingen moet worden gekoppeld. Vaststelling van niet-naleving van een wettelijke regeling komt er in dit verband slechts op neer dat niet is voldaan aan de legaliteitseis en dat er daarom sprake is van een privacyschending.

Wel is de verscherping van de nalevingseis van belang in die zin dat ook daaruit blijkt dat er meer eisen worden gesteld aan de kwaliteit van de wettelijke grondslag voor inbreuken. Enerzijds wint de nalevingseis aan betekenis doordien wettelijke regelingen meer gedetailleerd zijn en meer onderdelen bevatten die verzuimd kunnen worden. Anderzijds brengen striktere kwaliteitseisen voor wettelijke regelingen mee dat het Hof actiever tot toetsing van de naleving daarvan overgaat.

4.3.4.6 Conclusies ten aanzien van de ontwikkelingen in verband met de legaliteitseis

Onderzoekshandelingen die een inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer moeten enige wettelijke basis hebben. Deze basis moet toegankelijk en voorzienbaar zijn, hetgeen de eisen meebrengt van precisie, en de aanwezigheid van (procedurele) waarborgen ter voorkoming van willekeurige toepassing. Door de oplopende schaal is de vereiste mate van precisie van de wettelijke grondslag afhankelijk van de *aard* en de *zwaarte* van de inbreuk. Opvallend is daarbij de rol die heimelijke toepassing van dergelijke maatregelen speelt: heimelijke toepassing maakt de precisie-eisen stringenter.

Opvallend is eveneens dat de persoonsgegevensbescherming ook doorwerkt in de context van de beoordelingen in het verband van de legaliteitseis in art. 8 lid 2 EVRM. Daarin kan verdere steun worden gevonden voor de gedachte dat privacyschendingen die het Hof niet sterk heeft laten doorwerken in de context van strafvervolgingen, eerder herleid moeten worden naar het persoonsgegevensbeschermingsconcept dan naar het strafvorderlijke. Niet alleen in die gevallen immers waarin een 'persoonsgegevensinbreuk' ten onrechte niet is erkend in de nationale context, maar ook in gevallen waar een schending wordt vastgesteld door onverenigbaarheid met de legaliteitseis, kan dat gelegen zijn in de ondeugdelijkheid van een nationale regeling in het licht van de persoonsgegevensbescherming.

Algemeen blijkt, wanneer alle ontwikkelingen ten aanzien van de legaliteitseis gezamenlijk in ogenschouw worden genomen, dat het Hof deze beperkingsvoorwaarde bij art. 8 EVRM niet alleen bijzonder concreet heeft uitgewerkt, maar dat er ook gesproken kan worden van een strikte, integrale toetsing. Daartoe draagt zeker de bereidwilligheid bij van het Hof tot een eigen interpretatie van de betekenis van nationale regelingen over te gaan. De legaliteitseis

heeft binnen de context van art. 8 EVRM een cruciale werking. Dat het privacyrecht zo 'schendingsgevoelig' is, ligt ook aan de kritische houding van het Hof ten aanzien van de legaliteitsvoorwaarden die bij art. 8 EVRM gelden. Dat is in verband met de doorwerkingscapaciteit van Art. 8 EVRM-schendingen in de context van art. 6 EVRM van belang. Uit een sterke legaliteitsregel kan immers ook een nalevingseis worden afgeleid. Die blijkt er in de context van art. 8 EVRM inderdaad te zijn. Onvoldoende is dat een deugdelijke wettelijke regeling aanwezig is in het nationale recht. Die regeling moet in het concrete geval ook worden nageleefd. De nalevingseis in art. 8 EVRM is echter weer niet zodanig sterk, dat een overtreding van de nationale regeling een sterke doorwerking heeft in de context van een strafvervolging. Bezien moet nog worden waarom dat zo is. Vastgesteld kan echter worden dat de legaliteitseis, vooral de daarin ingelezen nalevingseis, wel een grondslag verschaft voor doorwerking in de context van art. 6 EVRM. Dat zou vooral gelden wanneer die eis in zou kunnen worden gespiegeld. Indien zodoende een brug zou kunnen worden geconstrueerd tussen de twee nalevingseisen (in art. 8 en in art. 6 EVRM) zou dat de basis kunnen zijn voor een sterkere doorwerking van privacygerlateerde normschendingen.

4.3.5 (De onveranderde) eisen van legitieme doelbinding en noodzakelijkheid in een democratische samenleving

1) Terughoudendheid bij de toetsing aan legitieme doelbinding en noodzakelijkheid in een democratische samenleving

Ten aanzien van de twee overige beperkingsvoorwaarden in art. 8 lid 2 EVRM zijn geen opmerkelijke ontwikkelingen in de rechtspraak van het EHRM te constateren op het terrein van de strafvordering. De toetsing aan de doelbindingseis is en blijft (ook in het algemeen) weinig substantieel. Zeker op het terrein van de strafvordering, waar welhaast bij voorbaat is voldaan aan de eis van een legitiem doel, heeft deze voorwaarde weinig betekenis.[110]

Ook bij de eis dat inbreuken noodzakelijk moeten zijn in een democratische samenleving is weinig ontwikkeling te zien in de strafvorderlijke context.

110 Een inbreuk heeft bij art. 8 EVRM een legitiem doel als het plaatsvindt 'in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights or freedoms of others'. Strafvorderlijke inbreuken die worden gedaan in de context van een opsporingsonderzoek zullen bijna noodzakelijkerwijs gedekt zijn, met name door de onderdelen 'prevention of crime' en 'protection of the rights or freedoms of others' en, wanneer het om de bestrijding van de handel in verdovende middelen gaat, 'public health'. Deze 'legitimate aims' hebben in de verdragsrechtspraak volgens Blom '(…) weinig afzonderlijke aandacht gekregen. Eventuele interpretatie van de doelcriteria vindt steeds plaats in relatie tot wat noodzakelijk wordt geacht in een democratische samenleving'. T. Blom, a.w., p. 129.

Rechtspraak waarin art. 8 EVRM in een strafvorderlijk verband, op basis van de proportionaliteitseis bestaat wel, doch levert geen opvallende beperkingen op.[111] De Hert analyseert de rechtspraak ten aanzien van de noodzakelijkheidseis als volgt.

> 'The fundamental shortcoming we observe is Strasbourg's reluctance to carry out the political control of human rights infringements that is made obligatory by the requirement in the second paragraphs of Articles 8 to 11 that restrictions must be "necessary in a democratic society". In our opinion the Strasbourg judges are too hesitant and reluctant to apply this check and they clearly prefer the much more secure testing of the legality requirement (is there a law?). (...) Almost always the requirement of "necessity" is brought back to the question of proportionality, in some cases supplemented by the requirement that the reasons for the interference are relevant and sufficient.(...). The reluctance of the judges to check the necessity requirement in Article 8 not only follows from their mild check of proportionality (as opposed to necessity), but also from their willingness to give Member States a wide margin of appreciation when creating privacy-limiting powers. We seldom find strict scrutiny by the European Court in the context of Article 8'. (...). A great deal of critical work will have to be done in the future to assess the real weight of the European human rights framework'.[112]

Wil het Hof toekomen aan de noodzakelijkheidsvraag, moet zijn vastgesteld dat een inbreuk wel voldoet aan de overige in de beperkingsclausule opgenomen eisen. Als het Hof overgaat tot een noodzakelijkheidstoetsing, betekent dat dat in het nationale recht een voldoende wettelijke grondslag bestond voor de te toetsen inbreuk. De vaststelling van een schending op basis van de proportionaliteitstoetsing komt dan neer op het oordeel dat een nationale overheid feitelijk onzorgvuldig is omgesprongen met het privacyrecht. De schending berust immers niet op een technisch gebrek in het nationale recht of een niet naleving daarvan: het is de nationale regeling die een dergelijke inbreuk toestaat die wordt afgewezen. Daarmee treedt het Hof, met de vaststelling van een schending via de proportionaliteitsvraag, diep in het beleidsterrein

111 Zie: *Craxi v. Italië; supra*, noot 33; *Peck v. Het Verenigd Koninkrijk, supra,* noot 32, § 76-87; EHRM 16 juli 2002, *Société Colas est e.a. v. Frankrijk,* Appl.nr: 37971/97; EHRM 28 april 2005*, Buck v. Duitsland*, Appl.nr.: 41604/98, § 45.

112 P. de Hert, a.w., 91-93.

van nationale overheden.[113] De terughoudende opstelling binnen strafvorderlijke contexten kan daardoor worden verklaard.[114]

2) Kaders

De proportionaliteitstoets komt op het volgende neer. De vraag of de inbreuk '*necessary in a democratic society*' is, bestaat uit twee vragen, namelijk: (1) of zij is ingegeven door een '*pressing social need*' en (2) of er een evenredige verhouding bestaat tussen de ernst van de inbreuk en het belang dat met de inbreuk wordt gediend.[115] De voor de inbreuk aangedragen redenen moeten bovendien '*relevant*' en '*sufficient*' zijn en wel in het licht van de geclausuleerde doelcriteria.[116]

In het *Handyside-arrest* gaf het Hof, in de context van art. 10 lid 2 EVRM, de volgende uiteenzetting van de betekenis van 'necessary':

> '(t)he Court notes at this juncture that, whilst the adjective "necessary", within the meaning of Article 10 para. 2, is not synonymous with "indispensable" (cf., in Articles 2 para. 2 and 6 para. 1, the words "absolutely necessary" and "strictly

113 Zie: EHRM 7 december 1976, *Handyside v. Het Verenigd Koninkrijk,* Appl.nr.: 5493/72, A-24, § 48: '(t)he Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights (...). The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted (Article 26. (...) By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them'.

114 Zie voor een geval waarin het Hof uit de aard der zaak, namelijk het gegeven dat hier beroep werd gedaan op de schending van een positieve verplichting op het terrein van het milieu zich bijzonder terughouded opstelde: EHRM 9 juni 2005, *Fadeyeva v. Rusland,* Appl.nr.: 55723/00, §§ 104-105: '(i)n another group of cases where the State's failure to act as at issue, the Court has also preferred to refrain from revising domestic environmental policies. In a recent Grand Chamber judgment the Court held that "it would not be appropriate for the Court to adopt a special approach in this respect by reference to a special status of environmental human rights" (...). In an earlier case the Court held that "it is certainly not for (...) the Court to substitute for the national authorities any other assessment of what might be best policy in this difficult technical and social sphere. This is an area where the Contracting Parties are to be recognised as enjoying a wide margin of appreciation" (...). It remains open to the Court to conclude that there has been a manifest error of appreciation by the national authorities in striking a fair balance between the competing interests of different private actors in this sphere. However, the complexity of the issues involved with regard to environmental protection renders the Court's role primarily a subsidiary one. The Court must first examine whether the decision-making process was fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded to the individual by Article 8 (...), and only in exceptional circumstances may it go beyond this line and revise the material conclusions of the domestic authorities (...)'. Desondanks kwam het Hof tot de vaststelling van een schending op dit punt.

115 T. Blom, a.w., p. 135.

116 Ibidem.

> necessary" and, in Article 15 para. 1, the phrase "to the extent strictly required by the exigencies of the situation"), neither has it the flexibility of such expressions as "admissible", "ordinary" (cf. Article 4 para. 3), "useful" (cf. the French text of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1), "reasonable" (cf. Articles 5 para. 3 and 6 para. 1) or "desirable". Nevertheless, it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of "necessity" in this context'.[117]

De term '*necessary*' moet dus ergens tussen die min of meer extensieve uitleggingen worden begrepen. Ten aanzien van de beoordeling van de '*pressing social need*' bestaat er voor de lidstaten ook een *margin of appreciation*.[118] In het algemeen geldt ten aanzien van de 'noodzakelijkheidstoets' dat de noodzaak niet wordt verondersteld aanwezig te zijn, maar door de overheid aannemelijk moet worden gemaakt.[119]

3) Subsidiariteitseis

De werking van een subsidiariteitseis is zichtbaar in *Campbell v. Het Verenigd Koninkrijk*,[120] waarin toezicht was gehouden op alle correspondentie tussen een gedetineerde en zijn raadsman. Het Hof ging ermee akkoord dat er aanleiding kan zijn tot het houden van toezicht op correspondentie van gedetineerden. Daarvoor moet wel sprake zijn van een *'reasonable cause to believe that it contains an illicit enclosure which the normal means of detection have failed to disclose'*. Ook in dat geval zou de maatregel echter beperkt moeten blijven tot opening van de correspondentie en zouden er waarborgen moeten bestaan om te garanderen dat de correspondentie inderdaad niet wordt gelezen, zoals de eis dat deze alleen in het bijzijn van de gedetineerde kan worden geopend. Waar het gaat om correspondentie tussen de gedetineerde en zijn raadsman, zou correspondentie alleen mogen worden gelezen onder exceptionele omstandigheden, namelijk wanneer er sprake is van een 'reasonable cause to believe that the privilege is being abused in that the contents of the letter endanger prison security or the safety of others or are otherwise of a criminal nature'. Wat als '*reasonable cause*' zou mogen aangemerkt is afhankelijk van de omstandigheden, maar 'it presupposes the existence of facts or information which would satisfy an objective observer that the privileged channel of communication was being abused'. *In casu* was het Hof dan ook niet overtuigd van een zo vergaande noodzaak om toezicht te houden op de correspondentie van

---

117 EHRM 7 december 1976, *Handyside v. Het Verenigd Koninkrijk,* Appl. nr.: 5493/72, A-24, § 48. Zie ook T. Blom, a.w., ibidem.

118 T. Blom, a.w., p. 135.

119 Ibidem, p. 136. Zie EHRM 25 februari 1993, *Funke. v. Frankrijk,* A 256-A, § 57, waarin het Hof stelde dat de noodzaak voor inbreuken '(...) in a given case must be convincingly established'. Zie ook: EHRM 28 april 2005, *Buck v. Duitsland*, Appl.nr.: 41604/98, § 45.

120 EHRM 25 maart 1992, *Campbell v. Het Verenigd Koninkrijk,* Series A, 233. Zie over het subsidiariteitsbeginsel bij art. 8 lid 2 EVRM, T. Blom, a.w., p. 140.

verzoeker. Het zou voldoende zijn geweest wanneer de correspondentie van Campbell bij daartoe gebleken noodzaak werd onderzocht.[121]

4) Conclusies

Van de noodzakelijkheidstoetsing in de strafvorderlijke context gaat geen sterke beperkende werking uit. Dat geldt zeker ten opzichte van maatregelen *in abstracto*: het Hof zal niet geneigd zijn een wettelijke maatregel bij voorbaat in strijd te achten met de eisen van doelbinding en noodzakelijkheid. De beperkende werking van deze eisen moet gezocht worden in gevallen van concrete toepassing.

De terughoudendheid van het Hof op het terrein van de proportionaliteitstoetsing is in de context van de bijzondere opsporing bezwaarlijk. De vergaande ontwikkelingen op het terrein van de bijzondere opsporing, ook buiten Nederland, geven alle aanleiding voor een stringentere houding van het Hof op het terrein van de noodzakelijkheid. Buiten het verband van de noodzakelijkheidstoetsing heeft het Hof zich wel actief betoond bij de normering van de bijzondere opsporing. De bereidwilligheid van het Hof om de privacybescherming in dat verband te extensiveren stopt echter na de legaliteitstoetsing. Kennelijk acht het Hof de bijzondere opsporing vanuit het perspectief van art. 8 EVRM in het algemeen wel aanvaardbaar. Vanuit Straatsburg wordt vooral verlangd dat de wettelijke regeling van de bijzondere opsporing deugdelijk is.

4.3.6 Conclusies ten aanzien van de normerende werking van art. 8 EVRM

Het Hof leest art. 8 EVRM bijzonder ruim. Als *Leitmotiv* in de Straatsburgse rechtspraak doet het concept van de autonome betekenis zich gestaag gelden in de invulling van de notie van de persoonlijke levenssfeer. Die eigen, autonome omkadering van art. 8 EVRM dreigt evenwel, juist vanwege de daarbij aangebrachte, pragmatische verbreding van het privacyrecht, te ontaarden in een decrescendo in de effectieve waarborging van het privacyrecht. De breedte van de verdragsinterpretatie zou daardoor wel eens ten koste kunnen gaan van de diepte ervan.

De nuancering van het in het *Lüdi*-arrest ten eersten male toegepaste 'redelijke verwachtingscriterium' heeft tot een geweldige verbreding van het begrip geleid, evenals de acceptatie van de doorwerking van persoonsgege-

121 Zie met betrekking tot de werking van de subsidiariteitseis in het verdragsverband ook: EHRM 2 oktober 2001, *Hatton v. Het Verenigd Koninkrijk,* Appl.nr.: 36022/97, § 106 (zie anders: de uitspraak van de Grand Chamber, EHRM 8 juli 2003, *Hatton v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nr.: 36022/97, § 125-140; EHRM 12 december 2002, *Ploski v. Polen*, Appl.nr.: 26761/95, §§ 36-39; EHRM 4 april 2000, *Litwa v. Polen*, Reports of Judgments and Decisions 2000-III, §§ 79-80 en EHRM 25 januari 2005, *Enhorn v. Zweden*, Appl.nr.: 56529/00, § 55 (in verband met art. 5 EVRM).

vensbescherming in de strafvorderlijke context en de verruiming van overheidsaansprakelijkheid ten opzichte van horizontale 'strafvorderlijke' inbreuken. Die verruimingen van het privacyrecht maakten het mogelijk dat de bijzondere opsporing onder de bescherming van art. 8 EVRM kon worden gebracht.

De verbreding van het privacyrecht is doorgevoerd in de interpretatie van de beperkingseisen van het tweede lid van art. 8 EVRM: het stellen van steeds stringentere eisen bij de legaliteitsbeoordeling werkt immers eveneens in het voordeel van de bredere, substantieve bescherming.

De via de verruiming van het privacyrecht ontstane beschermingsruimte voor de strafvorderlijk aangesproken burger wordt evenwel door het Hof gedesavoueerd: derivaat van de uitrekking van het privacybegrip is namelijk, zoals hierna zal blijken, dat de aldaar behaalde winst geen stuwkracht heeft in de richting van art. 6 EVRM. Dat wil zeggen, het bij art. 8 EVRM gewonnen terrein laat zich moeizaam transformeren naar winst in de context van de strafvervolging.

4.4 De doorwerking van schendingen van art. 8 EVRM in de eerlijkheid van de strafvervolging als bedoeld in art. 6 EVRM

Bezien moet thans worden hoe het Hof tot een beoordeling komt van de doorwerkingskracht van een privacyschending in een bijzonder opsporingsonderzoek in de strafvervolging. Kan voor de geringe betekenis die dergelijke schendingen hebben in de context van de eerlijkheid als bedoeld in art. 6 EVRM een verklaring worden gevonden in de type privacyschendingen dat door de bijzondere opsporing worden veroorzaakt? Zo nee, moet dan worden geconcludeerd dat het Hof in het algemeen weinig betekenis toekent aan privacyschendingen in het opsporingsonderzoek, ook wanneer deze wel essentieel van strafvorderlijke aard zijn?

4.4.1 Eerste, a-typische, basis voor de zwakke doorwerking

De uitspraak in *Schenk v. Zwitserland*[122] betrof het eerste geval waarin een anterieure privacyschending in het opsporingsonderzoek geen fataal gevolg had voor de eerlijkheid van de daarop volgende strafvervolging. Die zaak is in dit verband wel a-typisch, daar geen formele vaststelling werd gedaan van een privacyschending in het vooronderzoek. Wel was geklaagd over schending van art. 8 EVRM, doch die klacht was door de Europese Commissie wegens niet uitputting van nationale rechtsmiddelen niet-ontvankelijk verklaard. Strikt

122 EHRM 12 juli 1988, *Schenk v. Zwitserzland,* Appl.nr.: 1987/131/182.

bezien kan dus niet worden gezegd dat de basis voor de zwakke doorwerking van art. 8 EVRM in de context van art. 6 EVRM in deze zaak is gelegd, omdat de merites van de klacht ten aanzien van art. 8 EVRM niet werden beoordeeld.[123]

Wel werd ervan uitgegaan dat bij het opsporingsonderzoek onrechtmatig was gehandeld en werd de onrechtmatigheid *gerelateerd* aan het privacyrecht. Het Hof ging bij de beoordeling dus wel uit van een onderliggende schending van art. 8 EVRM: '(t)he Court has no jurisdiction to examine it (de privacyschending, FPÖ) as such, but that does not prevent consideration of it under another relevant provision, in this instance Article 6 para. 1'.[124]

De kern van de klacht in *Schenk* betrof het gebruik tot bewijs van een door een derde onrechtmatig opgenomen telefoongesprek. Niet alleen was geen toestemming gegeven voor de opname door de competente autoriteiten, maar was het heimelijk opnemen zoals in deze *casus* had plaatsgevonden onder het nationale recht zelfs een strafbaar feit.[125] Nu de klacht betrekking had op het bewijsgebruik, bracht het Hof allereerst tot uitdrukking bij de beoordeling een '*deferential*' houding te moeten aannemen.

> 'According to Article 19 of the Convention, the Court's duty is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting States in the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention. (...) While Article 6 of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the

123 Zulks overigens tot grote onvrede van een aantal *dissenting* rechters die meenden dat '(...) the Court should have considered the facts under Article 8 (...) of the Convention as well as under Article 6 (...). This would probably have led both of us to find that each of those Articles (...) had been violated'. (*Joint dissenting opinion* van rechters Pettiti and De Meyer). De Meyer stelde daarnaast in een zelfstandige *dissent* dat '(...) the facts established in the judgment disclosed, both as regards the making of the disputed recording and as regards its use in court proceedings, a violation of the applicant's right to the confidentiality of his telephone communications as well as a violation of his right to a fair hearing. It is true that the application was declared inadmissible by the Commission in so far as it related to the making of the recording. But the "case" (...) was referred to us and, by that very fact, so also were "all questions of fact and of law" which arose in the course of considering it (...). Furthermore, the making and use of the disputed recording were "directly related" (...) to each other: they formed a whole which could hardly be split up, both in law and in fact. The making of the recording was a necessary prerequisite of its use, just as its use was at the same time the purpose and "extension" (...) of the making of it. Both gave rise to complaints which were not only obviously connected (...) and "intimately linked" (...) but essentially the same. There was accordingly no reason why we should not have looked at the process in issue as a whole. Everything pointed to the fact that in each of its two phases it had violated the two fundamental rights in question'.

124 *Schenk, supra*, noot 122, § 40.

125 Ibidem, § 43.

admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law'.[126]

Art. 6 EVRM bevat geen regels ten aanzien van de toelaatbaarheid van bewijs, dus het Hof kan alleen via de overkoepelende eerlijkheidstoetsing tot een beoordeling van het bewijsgebruik komen. Wegens de algemeenheid van die toetsing, kan het hof daarbij geen concrete bewijsuitsluitingsregels formuleren: '(t)he Court therefore cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible. It has only to ascertain whether Mr. Schenk's trial as a whole was fair'.[127]

De toetsing aan de algemene eerlijkheidseis leverde op dat de rechten van verzoeker bij het bewijsgebruik niet waren veronachtzaamd. Verzoeker was (later) op de hoogte gesteld van de onrechtmatigheid van de niet door een rechterlijke machtiging ondersteunde opname. Hij was bij het eindonderzoek in de gelegenheid gesteld de authenticiteit en het gebruik daarvan aan te vechten. Hij had ook gebruik gemaakt van die mogelijkheden en was initieel akkoord gegaan met het afspelen van de opname ter zitting. Dat hij niet succesvol was in zijn betwisting van de authenticiteit en het gebruik, deed daaraan niet af.

Verzoeker had daarenboven ook gevraagd om een onderzoek van P. – die de opnamen had gemaakt – waaraan gevolg was gegeven. P. was opgeroepen als getuige en had door de verdediging gehoord kunnen worden. De politieinspecteur die verantwoordelijk was voor het onderzoek had ook opgeroepen kunnen worden, maar de verdediging had diens oproeping nagelaten.[128]

Daarnaast hechtte het Hof eraan dat de opname *'(...) was not the only evidence on which the conviction was based*'. Ook andere getuigen waren gehoord, incluis die door de verdediging waren opgeroepen. De rechter was ook zorgvuldig omgegaan met de motivering van zijn beslissing op dit punt. De uitgebreide bewijsbeslissing bracht het Hof ook overigens tot de conclusie dat hier sprake was geweest van een zorgvuldig gemotiveerd oordeel over het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijs: '(i)t emerges clearly from this passage that the criminal court took account of a combination of evidential elements before reaching its opinion.'[129]

Daarenboven hechtte het Hof belang aan het gegeven dat de nationale rechter niet tot bewijsuitsluiting was overgegaan omdat de inhoud van het bewijs toch ingebracht had kunnen worden. Het zou namelijk mogelijk zijn geweest, degene die de onrechtmatige opname had gemaakt zelf als getuige te horen over de inhoud van het gesprek. Het gebruik van het bewijs werd aldus niet in strijd met eerlijkheidseisen bevonden.

---

126 Ibidem, § 45-46.
127 Ibidem, § 45-46.
128 Ibidem, § 47.
129 Ibidem, § 48. Het betrof hier overigens een tamelijk uitgebreide motivering.

4.4.2 Eerste basis voor een toetsingskader voor de beoordeling van de eerlijkheid van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs

Het belang van *Schenk* ligt in de eerste plaats in het daarin genomen principiële besluit dat art. 6 EVRM geen *'rules on the admissibility of evidence as such'* neerlegt, dat de kwestie van de regeling van het bewijsgebruik derhalve primair een nationale aangelegenheid is, en dat de rol van het Hof beperkt is tot een algemene eerlijkheidstoetsing. Bepaaldelijk principieel was de beslissing dat het Hof '*could not exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the (...) kind (concerned) (might) be admissible*'. Het Hof was in die keuze overigens verdeeld. In hun *Joint Dissenting Opinion* verzetten rechters Pettiti, Spielmann, De Meyer and Carrillo Salcedo zich stellig tegen het besluit:

> '(a)dmittedly, the Court has limited the scope of its judgment by confining it to the particular facts, but it was, in our view, under an obligation to address the problem of the unlawfulness of the evidence. To our very great regret, we cannot share the majority's view since, in our opinion, compliance with the law when taking evidence is not an abstract or formalistic requirement. On the contrary, we consider that it is of the first importance for the fairness of a criminal trial.
>
> No court can, without detriment to the proper administration of justice, rely on evidence which has been obtained not only by unfair means but, above all, unlawfully. If it does so, the trial cannot be fair within the meaning of the Convention. In the instant case, it is not disputed that "the recording in issue was obtained unlawfully" (...). Even if the courts which determined the charge against the applicant relied, as is noted in the judgment, on "evidence other than the recording but which corroborated the reasons based on the recording for concluding that [the person concerned] was guilty" (...), it remains true that they "admitted the recording in evidence" (...) and that their decisions were "partly" (...) founded on the disputed cassette' For these reasons, we have reached the conclusion that in this case there was a violation of the right to a fair trial as secured in Article 6 of the Convention'.

Het verschil van mening tussen de *dissenters* en 's Hof meerderheid ligt in de waardering van het belang van de rechtmatigheid van de verkrijging van het bewijs. De eersten zien de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek, althans voor zover dat onderzoek tot bewijsgebruik leidt, als een primaire voorwaarde voor de eerlijkheid van een strafvervolging. Daaruit volgt dat het Hof tot een integrale toetsing moet overgaan. Zij lijken zelfs zo ver te gaan dat zij de eis stellen dat het gebruik van bewijs dat via onrechtmatig optreden is vergaard zondermeer als oneerlijk moet worden afgewezen, ook zonder dat een nadere bezinning op de aard en de effecten van de onrechtmatigheid en op de rol die dat bewijs in de procedure heeft gespeeld dient plaats te vinden.

In dat laatste worden zij door de meerderheid zeker niet gevolgd. Ook los daarvan hecht het Hof echter ook minder belang aan de rechtmatigheid

van het opsporingsonderzoek vanuit het perspectief van de eerlijkheid van de vervolging. Het Hof geeft immers ook niet aan dat een stringente toetsing moet plaatsvinden op dit punt. De mogelijkheid van een fatale doorwerking van een onrechtmatigheid is gesteld in een 'nee, tenzij' redenering. In principe of *in abstracto* wordt niet uitgegaan van oneerlijkheid bij onrechtmatig verkregen bewijsgebruik: voor een oneerlijkheidskwalificatie moeten andere indicaties zijn.

De volgende normatieve aspecten in de Schenk uitspraak kunnen als relevant worden gekwalificeerd. De in het vorige hoofdstuk beschreven gelede normstelling die geldt bij de beoordeling van het bewijsgebruik is in deze uitspraak al zichtbaar. Als uitgangspunt geldt het algemene eerlijkheidskader: de verdachte moet ten aanzien van het bewijsgebruik zijn recht op tegenspraak kunnen uitoefenen. Van belang is daarbij dat de verdachte bij de verwezenlijking van zijn recht op tegenspraak ook een eigen inspanningsverplichting heeft. Tot dusver is het gehanteerde normatieve kader niet anders dan bij andere algemene eerlijkheidsbeoordelingen.

Meer toegespitst op de bewijsrechtelijke aard van de materie zijn de eisen dat het onrechtmatig verkregen bewijs niet uitsluitend de basis vormt van een veroordeling en dat de rechter zijn beslissing ter zake (in voldoende mate) motiveert. Nu het Hof zo uitdrukkelijk de uitgebreide motivering van de nationale rechter in de *Schenk* zaak een belangrijke rol laat spelen, moet worden geconcludeerd tot een striktere motiveringseis dan die in andere (normale) situaties geldt. De rechter moet bij verweren aangaande het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs in ieder geval doen blijken onderzoek te hebben gedaan en zijn beslissing te motiveren. Daarmee wordt gewaarborgd dat de rechter tot een uitdrukkelijke en voorzichtige beoordeling komt ten aanzien van de eerlijkheid van het gebruik van het onrechtmatig verkregen bewijs.

Voorts is het volgende van belang. Het Hof hecht er belang aan dat de nationale rechter niet tot bewijsuitsluiting was overgegaan omdat uitsluiting weinig betekenisvol zou zijn geweest. De inhoud van het opgenomen gesprek had hoe dan ook in het proces kunnen worden ingebracht door P. zelf als getuige te horen. Dat gegeven heeft het Hof niet sterk benadrukt, maar duidelijk is wel dat het een belangrijke algemene betekenis kan hebben. De redenering heeft betrekking op de zogeheten alternatieve causaliteit. Dat relativeringsmechanisme heeft de volgende werking: wanneer de inhoud van het bewijs ook via andere wegen dan de onrechtmatige verkrijging kan worden ingebracht, is er geen, in ieder geval minder aanleiding om tot bewijsuitsluiting over te gaan. Relevant is dus of de informatie ook op andere wijze dan via onrechtmatige vergaring verkregen had kunnen worden.[130]

130 Zie over alternatieve causaliteit en de theoretische alternatieve causaliteit (ofwel, het Amerikaanse concept van de *'inevitable discovery exception'* in welk geval het bewijs niet in een andere vorm bestond, maar theoretisch in een andere vorm kan kunnen worden

Aldus kunnen uit de Schenk-uitspraak de volgende basisregels worden geformuleerd:

- In principe of *in abstracto* behoeft het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs niet tot een eerlijkheidsgebrek te leiden, evenmin geldt dat elk gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs tot een oneerlijkheidsoordeel moet leiden.
- Dat geldt in ieder geval niet bij onrechtmatig handelen onder het nationale recht, zelfs niet wanneer dat handelen samenvalt met een strafbaar feit.
- De rechter dient bij het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs blijk te geven van een zorgvuldig onderzoek en zijn beslissing ter zake motiveren.
- De verdachte moet daarbij in voldoende mate in de gelegenheid worden gesteld om zijn recht op tegenspraak uit te oefenen, met inbegrip van de verwezenlijking van zijn informatierechten als het oproepen van door hem wenselijke geachte getuigen.
- De verdachte verliest aanspraak op zijn procedurele rechten indien hij zich onvoldoende inspant om die te verwezenlijken.
- Wanneer de inhoud van het gebruikte, onrechtmatig verkregen bewijs ook ingebracht kan worden via een alternatieve bron, is er juist een indicatie dat het gebruik van het onrechtmatige verkregen bewijs niet problematisch is.
- Een indicatie voor eerlijkheid is weer gegeven in de waarborg dat de rechter zijn bewijsbeslissing niet uitsluitend op het onrechtmatig verkregen bewijs baseert.

4.4.3 Ontwikkeling kader

In *Khan v. het Verenigd Koninkrijk* werd de zwakke doorwerking van art. 8 EVRM-schendingen in de context van art. 6 EVRM geformaliseerd. In die zaak werd namelijk wél formeel een privacyschending vastgesteld.

Die schending volgde uit het ontbreken van een deugdelijke wettelijke grondslag in het nationale recht voor de toepassing (van de bijzondere opsporingsmethode) van direct afluisteren in een woning. De ter zake doende, toentertijd geldende, grondslag in het nationale recht was al eerder door de commissie in de *Govell*[131] zaak beoordeeld en onvoldoende bevonden. *In Khan* sloot het Hof zich bij dit oordeel aan:

> '(i)n the context of covert surveillance by public authorities, in this instance the police, domestic law must provide protection against arbitrary interference with

verkregen): M.C.D. Embregts, aant. 5.10 op art. 359a (suppl. 119, december 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

131 ECRM 26 februari 1997, *Govell v. Het Verenigd Koninkrijk,* Appl. nr.: 27237/95.

> an individual's right under Article 8. Moreover, the law must be sufficiently clear in its terms to give individuals an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are entitled to resort to such covert measures (...). At the time of the events in the present case, there existed no statutory system to regulate the use of covert listening devices, although the Police Act 1997 now provides such a statutory framework. The Home Office Guidelines at the relevant time were neither legally binding nor were they directly publicly accessible. The Court also notes that Lord Nolan in the House of Lords commented that under English law there is, in general, nothing unlawful about a breach of privacy. There was, therefore, no domestic law regulating the use of covert listening devices at the relevant time'.[132]

Het Hof ging bij de toetsing volgens het eerder in *Schenk* uiteengezette kader te werk, maar voegde daaraan het volgende toe.

> 'It is not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, unlawfully obtained evidence – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the "unlawfulness" in question and, where violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found'.

Daarin is een concretisering te zien van het *Schenk*-kader. In die overweging is te lezen dat voor de eerlijkheid van het bewijsgebruik bepalend kan zijn de aard van de onrechtmatigheid en, waar die onrechtmatigheid samenvalt met een verdragsrecht, de aard van de verdragsschending. Daarmee is een inhoudelijk aanknopingspunt gegeven: de aard van de onrechtmatigheid kan bepalend zijn bij de beoordeling van de eerlijkheid van het gebruik.

Met die toevoeging omvat het kader voor de beoordeling van de eerlijkheid van het bewijsgebruik drie aspecten. Bepalend voor de doorwerking zijn:

1 de aard van de onrechtmatigheid;
2 het gewicht dat bij de bewijsbeslissing is toegekend aan het onrechtmatig verkregen bewijs, en
3 de deugdelijkheid van de bij de beoordeling in acht genomen – compenserende – waarborgen, waaronder de waarborgen die worden verschaft door de verwezenlijking van de actieve procesrechten van de verdachte en de gedegen rechterlijke motivering.

Die aspecten zijn nader uitgewerkt in latere rechtspraak. Op de uitwerkingen van de drie aspecten wordt hieronder ingegaan.

---

132 EHRM 12 mei 2002, *Khan v. Het Verenigd Koninkrijk*, NJ 2002, 180, §§ 26-27.

4.4.3.1 De aard van de onrechtmatigheid

1) Substantiële regels en formaliteiten, verdedigingsbelang en betrouwbaarheid

In *Schenk* was al gebleken dat een onrechtmatigheid, die in het nationale recht zelfs een strafbaar feit oplevert, niet steeds oneerlijkheid meebrengt bij daaruit voortvloeiend bewijsgebruik. In *Schenk* was de onrechtmatigheid evenwel niet formeel gelijkgesteld met een privacyschending. De vraag is dus of een schending van een verdragsrecht bij het opsporingsonderzoek naar haar aard een groter effect heeft op de eerlijkheid van de vervolging dan strafbaar handelen in het opsporingsonderzoek. Oftewel, moet een verdragsschending als ernstiger worden opgevat dan strafbaar handelen, althans vanuit het perspectief van de eerlijkheid van het bewijsgebruik?

In *Schenk* was al een indicatie gegeven dat een privacyschending niet per se als bijzonder ernstig moet worden opgevat. De onrechtmatige (strafbare) handeling in die zaak kwam immers feitelijk wel neer op een privacyschending. Waar het Hof zoveel belang zou hebben gehecht aan de naleving van art. 8 EVRM bij het opsporingsonderzoek, in die zin dat een privacyschending zou kunnen doorwerken naar de eerlijkheid van de strafvervolging, was het immers wel mogelijk geweest de schending van het verdragsrecht in de beslissing te verdisconteren. Het Hof nam de onderliggende privacyschending wel in aanmerking, maar verbond daaraan geen bijzondere consequenties.

In *Khan* werd wel een privacyschending aangenomen, doch deze kon ook niet leiden tot een sterke doorwerking. Noch een strafbaar feit, noch een privacyschending is daarmee bij voorbaat van dien aard dat zij een fatale betekenis moeten hebben voor de eerlijkheid.

Een belangrijk verschil tussen de *Khan*-zaak en de *Schenk*-zaak is het volgende. In *Khan* viel de privacyschending niet samen met een strafbaar feit onder het nationale recht. De vraag rijst dan wat het geval zal zijn wanneer een onrechtmatigheid tegelijkertijd samenvalt met een strafbaar feit naar het nationale recht én een privacyschending. Verhelderend is daarbij het onderscheid dat het Hof aanbrengt in typen privacyschendingen.

2) Formaliteiten

In *Khan* vloeide de privacyschending voort uit een strijdigheid met de verdragsbepaling omdat voor het direct afluisteren in een woning geen toereikende basis bestond in het nationale recht. Het ging hier dus om een 'legaliteitsschending'. Binnen de categorie van legaliteitsschendingen ging het om een schending van de legaliteitseis *in abstracto.* De basis in het nationale recht voor het direct afluisteren werd gebrekkig bevonden, maar was *in casu* wel nageleefd. De schending van het privacyrecht viel dus niet samen met een overtreding van het nationale recht.

In *Doerga v. Nederland*[133] was het ook een abstract legaliteitsgebrek dat tot de vaststelling van een privacyschending leidde. Ook in dat geval was niet in strijd met de nationale regeling gehandeld, maar de nationale regeling voldeed niet aan de eisen van art. 8 lid 2 EVRM. Wederom was de verdragsschending niet van dien aard dat het bewijsgebruik problematisch werd geacht:

> '(t)he complaint of "unlawfulness" in the instant case relates exclusively to the fact that there was no statutory authority for the interference with the applicant's right to respect for private life and that, consequently, such interference was not "in accordance with the law", as that phrase has been interpreted under Article 8 § 2 of the Convention'.

In *P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk,*[134] waarin wederom (mede) het direct afluisteren in een woning op basis van de *Home Office Guidelines* een rol speelde, was wél in strijd gehandeld met de (ook weer gebrekkige) nationale regeling. In strijd immers met die *Guidelines* was de daarin vereiste voorafgaande schriftelijke toestemming van de *Chief Constable* pas achteraf gegeven. Het Hof zei daarover het volgende:

> 'Though the applicants asserted that in this case, unlike Khan, the police had not operated in conformity with the Home Office Guidelines, the Court notes that it is not argued that this rendered the police actions unlawful. While the Chief Constable gave written confirmation of authorisation retrospectively, there is no suggestion that he had not in fact been informed and given his oral permission. It is not established that any substantive precondition for the police exercising their surveillance powers was not in fact complied with. The "unlawfulness" in the present case therefore relates exclusively to the fact that there was no statutory authority for the interference with the applicants' right to respect for private life and that, accordingly, such interference was not "in accordance with the law", as that phrase has been interpreted in Article 8 § 2 of the Convention'.[135]

De overweging blinkt niet uit in helderheid: het Hof stelt eerst dat de niet-naleving van de *Guidelines* het handelen niet *unlawful* maakte, maar spreekt daarna over dat handelen als wel *unlawful.* Wat het Hof moet bedoelen, is dat het handelen wel *unlawful* was in die zin dat de *Guidelines* niet waren nageleefd, maar niet in die zin dat sprake was van een ernstige onrechtmatigheid. Ofwel, de onrechtmatigheid viel niet samen met de niet-naleving van een *substantive precondition* van de regeling.

In essentie was toestemming wel gegeven, alleen de wijze waarop dat was gedaan was in strijd met het nationale recht. De overtreding betrof echter niet meer dan een formaliteit. De nationale regeling was wezenlijk niet aangetast.

---

133 *Doerga v. Nederland, supra*, noot 74.
134 *P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk, supra*, noot 42.
135 *P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk, supra*, noot 42, § 78.

De overtreding was vermoedelijk wel substantieel geweest in het geval dat er direct was afgeluisterd zonder toestemming van de *Chief Constable* (ook niet mondeling) of wanneer er toch was afgeluisterd nadat hij zijn toestemming had ontzegd.

In *Wood v. Het Verenigd Koninkrijk*,[136] waren ten aanzien van de nationale regeling '(...) no findings by the domestic courts of any unlawfulness or failure to comply with the requirements of PACE. Though the trial judge found that the police had not operated in conformity with the *Home Office Guidelines* in one aspect, it is not argued that this rendered the police actions unlawful'. Ook in dat geval was art. 8 EVRM geschonden, doch die schending kon niet doorwerken in de strafvervolging. Hetzelfde gewicht werd in *Doerga* toegekend aan een niet-naleving van de Nederlandse regeling.[137] Ook in dat geval was de eerlijkheid van de strafvervolging niet aangetast door schending door een 'formaliteit' van het privacyrecht.

3) (Herstelbare) substantiële regels

In *Perry v. het Verenigd Koninkrijk*[138] vloeide de schending van art. 8 EVRM niet voort uit het ontbreken van een toereikende wettelijke grondslag, maar juist uit de niet-naleving van de (deugdelijke) nationale regeling in het concrete geval.

In dit geval betrof de overtreding van de nationale regeling meer substantiële aspecten. Nadat heimelijk opnamen waren gemaakt van Perry, waren die beelden getoond aan getuigen waarvan er twee Perry herkenden als deelnemer aan twee overvallen.

Verschillende onderdelen van de nationale regeling waren daarbij niet nageleefd. Eerst was verzuimd voorafgaand toestemming aan Perry te vragen voor de video-opname. Hij was achteraf niet op de hoogte gebracht van de opnamen noch van het gebruik daarvan bij een identificatieparade. Daardoor was hij ook niet op de hoogte gesteld van de aan hem toekomende rechten in dat verband, namelijk om de video te bezichtigen, bezwaar te maken tegen de inhoud en zijn raadsman aanwezig te laten zijn bij het tonen van de band aan getuigen. Zodoende was hij niet in de gelegenheid gesteld om te participeren in het toezicht over het traject, ondanks dat de wet hem te dien einde zeer specifieke rechten toekende.

De verzuimen in *Perry* hadden daarmee betrekking op de waarborgen die waren verwerkt in de nationale regeling (door het bestaan waarvan die rege-

136 Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 20 januari 2004, *Wood v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl. nr.: 2341/02.

137 *Doerga v. Nederland, supra*, noot 74.

138 *Perry v. Het Verenigd Koninkrijk, supra*, noot 42.

ling als deugdelijk kon worden aangemerkt).[139] Dergelijke nationale regels betroffen dus niet zuiver formaliteiten. Het Hof deed de verzuimen dan ook niet af als niet-substantieel.[140]

Desalniettemin leidde de grotere ernst van de overtredingen er niet toe dat de onrechtmatigheid van dien aard werd dat een eerlijkheidsgebrek moest worden aangenomen. Ongeacht de (meer ernstige) aard van de onrechtmatigheid, was van oneerlijkheid geen sprake omdat de nationale rechter in staat was geweest herstel te bewerkstelligen ten aanzien van de verzuimde vormen. De rechter had namelijk de door die waarborgen beoogde bescherming achteraf kunnen verwezenlijken.

> '(T)he trial judge reviewed the making of the videotape in some detail and (...) he found that there was no unfairness in the use of the film for identification purposes as the eleven persons used as volunteers were suitable comparators, more in fact than the required eight. Though the applicant's solicitor had not been present at the showing of the film to the witnesses, the video film showed the process by which the tape was shown to witnesses and the applicant and the court were able to see how the witnesses had, or had not, reached an identification of the applicant'.[141]

De door de verzuimde regels beoogde bescherming was dus feitelijk niet aangetast. De verdachte heeft onder de nationale regeling het recht aanwezig te zijn zodat hij toezicht kan houden met het oog op mogelijkheden als dat bij de confrontatie geen personen worden gebruikt die een aanmerkelijk ander uiterlijk hebben en dat getuigen bij de confrontatie oneigenlijk worden beïnvloed. Hoewel hij in de uitoefening van zijn aanwezigheidsrecht was beperkt, was hij niet aangetast in zijn belangen daar achteraf kon worden vastgesteld dat de identificatieprocedure was uitgevoerd op een manier waartegen hij geen bezwaar had kunnen maken indien hij wel aanwezig zou zijn geweest. Aldus past het Hof hier een relativeringsmechanisme toe bij de beoordeling van de betekenis van het vormverzuim: de verdachte is door het verzuim niet geraakt in het belang dat de regeling beoogt te verschaffen.

Ook ingeval van verzuimen ten aanzien van meer substantiële onderdelen van de nationale regeling staat niet bij voorbaat vast dat de aard van de overtreding van dien aard is dat een sterke doorwerking in de strafvervolging geïndiceerd is. Ook waar een verzuim als ernstiger moet worden opgevat dan

---

139 De regel dat vooraf schriftelijke toestemming moet worden gevraagd voor direct afluisteren (de regel was niet nageleefd in *P.G. en J.H.)* kan ook worden gezien als een waarborg. De overtreding van die regel was echter niet als ernstig opgevat door het Hof omdat de toestemming wél mondeling was gegeven.

140 Zie ook *Perry v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 42, § 48: '(...) the Court would note that the safeguards relied on by the Government as demonstrating the requisite statutory protection were, in the circumstances, flouted by the police'.

141 Ibidem.

de overtreding van een zuivere formaliteit, is herstel nog mogelijk. Wel is duidelijk dat het Hof meer eisen stelt aan het herstel in dat verband. Niet alleen de reguliere herstelvoorwaarden – de verzekering van de verwezenlijking van de actieve procesrechten door de verdachte, de motiveringsplicht en de bewijsminimumregel – zijn van toepassing. Ook dient een feitelijke correctie te worden aangebracht in die zin dat het doel van de verzuimende waarborgen toch wordt verwezenlijkt. In *Perry* konden achteraf de rechten van de verdachte, die hij niet had kunnen uitoefenen bij het opsporingsonderzoek, toch worden verwezenlijkt. Waar er achteraf herstel plaatsvindt van dergelijke gebreken, is de onrechtmatigheid daarmee opgeheven.[142]

Het daadwerkelijk herstel van de vormverzuimen kreeg daarmee in twee stappen gestalte: (1) toezicht kon achteraf worden uitgeoefend doordat de identificatieprocedure op band was opgenomen en later kon worden getoond en (2) door dat toezicht achteraf kon worden vastgesteld dat de belangen van de verdachte niet waren geschaad.

Onduidelijk is of in het omgekeerde geval, wanneer er geen opnames beschikbaar waren geweest van de identificatieparade, waardoor herstel in bovenbedoelde zin niet mogelijk zou zijn geweest, de onrechtmatigheid van dien aard zou zijn geweest dat de eerlijkheid van de strafvervolging zou zijn aangetast. Gesteld dat ter zitting niet zou kunnen worden vastgesteld of *'suitable comparators'* waren ingezet, of dat de getuigen zonder beïnvloeding tot een identificatie waren gekomen, dan was de verdachte wel in zijn belangen geschaad. Dan zou immers de betrouwbaarheid van de identificaties in het geding zijn. Bij het gebruik tot bewijs van de informatie dat twee van de getuigen tot een positieve herkenning waren gekomen, zou dan het risico bestaan dat de veroordeling mede gebaseerd was op mogelijk inhoudelijk onbetrouwbaar bewijs.

Het Hof zegt in *Perry* niet uitdrukkelijk dat de aard van de onrechtmatigheid in dat geval wél een eerlijkheidsverstorend effect zou hebben gehad, dat in deze zaak het bewijsgebruik oneerlijk zou zijn geweest wanneer geen herstelmogelijkheden hadden bestaan is zeker houdbaar. Een aanknopingspunt bij de beoordeling van de aard en doorwerkingskracht van vormverzuimen is dan dat zij problematisch zijn in het licht van de eerlijkheid wanneer het verzuim een onbetrouwbaarheidsrisico introduceert en de betrouwbaarheid niet kan worden getoetst.

4) Nadere beoordelingsfactoren, proportionaliteit, subsidiariteit en bewijslast

Uit de rechtspraak van het Hof blijken nog een aantal factoren een rol te spelen bij de beoordeling van de aard van de onrechtmatigheid. In de eerste plaats toont het Hof zich bereid de aard (of ernst) van het verzuim te beoordelen in het licht van proportionaliteits- en subsidiariteitseisen. Hier gaat het echter

142 *Perry v. Het Verenigd Koninkrijk, supra*, noot 42.

niet om de proportionaliteit (of subsidiariteit) in de zin van de derde beperkingsvoorwaarde in art. 8 lid 2 EVRM, maar om een aparte toetsing in het kader van de legaliteitsvoorwaarde. Deze toetsing heeft niet zozeer betrekking op de privacyschending, maar op de toepassing van de onrechtmatige handeling zelf. Het effect van de proportionaliteitstoetsing is in dit verband dat de aard van een onrechtmatigheid niet zelfstandig beslissend is voor de vaststelling van de effecten die deze zou moeten hebben op de eerlijkheid. De omstandigheden waaronder het verzuim zich heeft voltrokken kunnen daarbij ook een rol spelen.

In *Wood* is de subsidiariteitsgedachte duidelijk tot uitdrukking gebracht: '(...) the Court of Appeal (...) was of the view that the police had been justified in applying the measures on the basis that normal policing means had not worked and would not work in the future'. In *Perry* merkt het Hof op dat: 'that the applicant had already been afforded a number of opportunities to participate in a conventional identification parade and failed to make use of them'. Die vaststelling kan aldus worden gelezen. Nu verzoeker het de autoriteiten zo moeilijk maakte, en bovendien te verwachten viel dat hij ook zou weigeren deel te nemen aan een videoconfrontatie, was er geen alternatief middel en was het verzuim, gelet op de omstandigheden, proportioneel te noemen.

Proportionaliteits- en subsidiariteitsoverwegingen kunnen ook wel worden ingezet nadat het (onrechtmatige) karakter van een bepaalde toepassing is vastgesteld, maar kunnen dan alleen een rol spelen bij de beoordeling van de gevolgen die aan de onrechtmatigheid dienen te worden verbonden. In dat laatste geval kunnen die beginselen dan ook alleen een rol spelen waar er ruimte is om het gevolg te bepalen: in geval van onherstelbare, fatale normovertredingen kan een proportionaliteits- of subsidiariteitsoverweging er niet toe leiden dat een strafvervolging uiteindelijk toch als eerlijk worden aangemerkt.

Tot slot is, in verband met de toetsing van de aard van de onrechtmatigheid, de door het Hof gehanteerde bewijslastverdeling van belang. Door het Hof wordt daarbij geen eenduidige lijn gevolgd. Waar onduidelijkheid bestaat over hoe een opsporingsonderzoek is uitgevoerd, dus of zich überhaupt iets heeft voorgedaan dat mogelijk in strijd zou kunnen zijn met het verdrag of met het nationale recht, toont het Hof zich in voorkomende gevallen bereid een schending van art. 6 EVRM aan te nemen. Dan wordt evenwel geen oordeel gegeven over de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek, maar is de informatievoorziening zo gebrekkig dat de rechtmatigheid niet kan worden getoetst. De eerlijkheid van de vervolging wordt derhalve op basis van strijdigheid met de interne openbaarheidseisen in art. 6 EVRM aangenomen.[143] In situaties waarin de feiten over het onderzoek niet duidelijk zijn, zijn er dus

143 Zie wederom EHRM 24 juni 2003, *Dowsett v. Het Verenigd Koninkrijk*, Reports of Judgments and Decisions 2003-VII.

twee drempels die genomen moeten worden. Eerst moet worden vastgesteld wat zich heeft afgespeeld, pas daarna kan de rechter de rechtmatigheid beoordelen en de gevolgen vaststellen die een eventuele onrechtmatigheid zou moeten hebben voor zijn verdere oordeelsvorming. De verbinding tussen de rechtmatigheidstoetsing en de kwaliteit van de informatievoorziening is bijzonder sterk. Door die verbinding spelen de normatieve kaders voor interne openbaarheid in 'rechtmatigheidszaken' vaak een belangrijke rol, zozeer dat de beoordeling zich van de rechtmatigheidskwestie naar de openbaarheidskwestie kan verplaatsen.

Eveneens gecompliceerd is de situatie waarin wel vaststaat wat zich feitelijk bij het opsporingsonderzoek heeft voltrokken, doch een verschil van mening bestaat over de waardering van de rechtmatigheid van het voorgevallene in het licht van het nationale recht of het verdrag. Ondanks dat, zoals hierboven gesignaleerd, de ontwikkeling van de bij legaliteitsbeoordelingen aangehouden standaarden ertoe heeft geleid dat het Hof thans verdergaat in een eigen interpretatie van de reikwijdte van het nationale recht, zijn er geen aanknopingspunten aan de hand waarvan kan worden voorspeld wanneer het Hof het oordeel van de nationale rechter zal passeren.

In *Choudhary v. Het Verenigd Koninkrijk*,[144] was geen onrechtmatigheid aangenomen door de nationale gerechten. Het Hof stelde zich '*deferential*' op: '(t)he Court recalls that it is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law'. Alleen waar een beweerde overtreding van het nationale recht samen zou kunnen vallen met een schending van art. 8 EVRM wil het Hof uitgaan van een bredere taak: '(...) since failure to comply with domestic law entails a breach of Article 8, the Court can and should exercise a certain power of review in this matter (...)'. Als het gegeven dat een mogelijke onrechtmatigheid een verdragsrecht raakt tot een verdergaande toetsingstaak voor het Hof leidt, zou het Hof bij de aanname van een raakvlak met het verdrag (en dat kan ook een raakvlak met art. 6 EVRM betreffen) *ipso facto* een verdergaande toetsingstaak hebben. In *Choudhary* ging het Hof dan ook over tot een eigen interpretatie van het nationale recht:

> '(...) under section 1(2)(b) of the 1985 Act, it is lawful for a person to intercept a telephone call where the interceptor has reasonable grounds for believing that the person to whom, or the person by whom, the communication is sent has consented to the interception. The existence of reasonable grounds is a question of fact to be decided on the available evidence. In the present case, the other party to the telephone conversation, GB, was, at the time of the interception, assisting the police as an informer. According to the applicant, the trial judge found, as a matter of fact, that the police officer who intercepted the call had reasonable grounds to

144 Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 4 mei 1999, *Choudhary v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl. nr.: 40084/98.

> believe that GB consented. In these circumstances, the Court is satisfied that the interception was carried out in accordance with English law'.

In *Butkevičius v. Litouwen*[145] leunde het Hof wel weer sterk op het oordeel van de nationale rechter: '(t)he Court notes that, in contrast to the Schenk case, the tape recordings of the present applicant's conversations were not obtained in breach of domestic law. The courts at three instances examined in depth and rejected as unsubstantiated the applicant's complaints in this respect'.

Inconsistentie op dit punt is bezwaarlijk. Het Hof zou in alle gevallen waarin geschil bestaat over de naleving van het nationale recht tot integrale beoordeling van de reikwijdte van de nationale regeling moeten overgaan. Dit is vooral van belang nu, bij de beoordeling van de aard van de onrechtmatigheid, de betekenis van een verzuim in de nationale context een zo grote rol lijkt te spelen. Bij de vaststelling van de effecten die een onrechtmatigheid zou moeten hebben op de eerlijkheid grijpt het Hof ter beoordeling van de aard van de onrechtmatigheid immers steeds terug op de betekenis van een verzuim in het nationale recht. Terughoudendheid aan de zijde van het Hof bij de interpretatie van het nationale recht is daarom niet (meer) houdbaar.

4.4.3.2 Het gewicht van het gebruik bij de veroordeling

De eis dat bij het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs ook extra ondersteunend bewijs aanwezig moet zijn is niet absoluut: de mate waarin ander bewijs wordt verlangd, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

In *Khan* was de veroordeling feitelijk alleen gebaseerd op het onrechtmatig verkregen materiaal (Khan had wel een bekennende verklaring afgelegd, maar alleen nadat de rechter had besloten het onrechtmatig verkregen bewijs niet uit te sluiten). Daarin leek de *Khan*-uitspraak af te wijken van de *Schenk*-uitspraak, waarin het Hof een striktere bewijsminimumregel hanteerde. Het Hof deed die discrepantie als volgt af.

> 'It is true that, in the case of Schenk, weight was attached by the Court to the fact that the tape recording at issue in that case was not the only evidence against the applicant. However, the Court notes in this regard that the recording in the Schenk case, although not the only evidence, was described by the Criminal Cassation Division of the Vaud Cantonal Court as having "a perhaps decisive influence, or at the least a not inconsiderable one, on the outcome of the criminal proceedings" (...). Moreover, this element was not the determining factor in the Court's conclusion'.[146]

---

145 Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 28 november 2000, *Butkevičius v. Litouwen*, Appl. nr.: 48297/99.

146 *Khan v. Het Verenigd Koninkrijk, supra,* noot 132, § 37.

De *Schenk*regel werd aldus afgezwakt: de bewijsminimumregel gaat niet zo ver dat een veroordeling niet uitsluitend gebaseerd kan zijn op onrechtmatig verkregen bewijs, noch dat het in overwegende mate daarop kan zijn gebaseerd. De regel is hooguit dat er wel ander bewijs moet zijn. In *Khan* was zelfs die zwakkere standaard niet behaald. In dat geval was dat echter ook niet noodzakelijk nu '(i)n the present circumstances, where the tape recording was acknowledged to be very strong evidence, and where there was no risk of it being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker'.[147] In de ontvankelijkheidsbeslissing in *Hewitson v. Het Verenigd Koninkrijk* herhaalde het Hof die regel:

> 'where the disputed material is acknowledged to be very strong evidence, and where there is no risk of it being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker. The central question is rather whether the proceedings as a whole were fair, and, as in the Khan case, the existence of fair procedures to examine the admissibility and test the reliability of the disputed evidence takes on importance.[148]

Een veroordeling kan dus wel uitsluitend op onrechtmatig verkregen bewijs worden gebaseerd. Voorwaarde is daarbij dat het bewijs inhoudelijk een hoog betrouwbaarheidsgehalte heeft, alsook zelfstandig overtuigend is.

Waar er wel ondersteunend bewijs is, heeft dat juist weer een relativerend effect op de bezwaren tegen het gebruik. In Doerga v. Nederland hechtte het Hof belang aan het feit ' that the recording of the applicant's telephone conversation with his sister was not the only evidence on which the applicant's conviction was based'.[149]

De bewijsmininumregel bij onrechtmatig verkregen bewijs betreft derhalve niet een bijzonder hoge standaard. Zeker geldt niet de strikte eis die van toepassing is bij het gebruik van gedeeltelijk (afgeschermde) getuigenverklaringen tot bewijs, in welk geval een veroordeling niet '*solely or to a decisive extent*', op dat bewijs kan zijn gebaseerd. Toch moet ervan worden uitgegaan dat bij het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs wel een *verhoogde* standaard ten opzichte van de normale situatie (waarin er geen sprake is van onrechtmatige verkrijging) geldt. Rechtmatig verkregen bewijs kan zonder problemen dienen als zelfstandige basis voor een veroordeling, tenzij dat bewijs de bewijsbeslissing inhoudelijk niet zou kunnen dragen. Bij onrechtmatig verkregen bewijs moet er sprake zijn van aanvullend bewijs, tenzij het onrechtmatig verkregen bewijs inhoudelijk bijzonder sterk is.

147 Ibidem.
148 *Hewitson v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 115.
149 *Doerga v. Nederland, supra*, noot 74.

4.4.3.3 De (kwaliteit van) de begeleidende waarborgen, het recht op tegenspraak, nuancering via de verdedigingsparticipatie-eis en de eis van afdoende motivering

Bij het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs is hoe dan ook van belang dat de verdachte in de gelegenheid wordt gesteld om zijn procesrechten uit te oefenen op het punt van de rechtmatigheid van de bewijsverkrijging en de eerlijkheid van het gebruik daarvan als bewijs. Voorts wordt geëist dat de nationale rechter ervan blijk heeft gegeven dat wel op de materie is ingegaan, incluis de aard van de onrechtmatigheid. Die eis komt neer op een motiveringsplicht. Het Hof hecht er verder aan dat het nationale recht de rechter wel toestaat tot bewijsuitsluiting over te gaan: het niet benutten van die discretie is vervolgens iets anders.[150]

Deze waarborgencompensatie eis kan echter worden genuanceerd wanneer de verdediging nalaat die rechten te activeren, terwijl daarbij geen belemmeringen werden opgeworpen. Inactiviteit komt voor risico van de verdachte, daarmee verliest hij aanspraak op zijn rechten. De eerder genoemde overweging van het Hof in de Perry-uitspraak, namelijk dat 'that the applicant had already been afforded a number of opportunities to participate in a conventional identification parade and failed to make use of them', kan ook aldus worden gelezen. Verzoeker kon niet meer klagen dat hem participatie in het traject was ontzegd, daar hem eerst de mogelijkheid was geboden aan een fysieke Oslo-confrontatie mee te doen. Had hij daarmee ingestemd, dan had hij bezwaar kunnen maken tegen de gang van zaken. In ieder geval heeft de houding van *Perry* vooraf wel een rol gespeeld bij de beoordeling van de betekenis van de verzuimen in zijn zaak.

In *Allan v. Het Verenigd Koninkrijk* bleek dat een functionele relatie bestaat tussen de inhoudelijke betrouwbaarheid van het bewijs en de standaarden die gelden voor de waarborgencompensatie. Allan had geklaagd dat het via heimelijke opnamen (in zijn cel) verkregen bewijs als onbetrouwbaar moest worden gekwalificeerd: de opnamen waren niet van een goede kwaliteit en de opgenomen gesprekken bevatten veel tegenstrijdigheden. Hij stelde dat hij op de hoogte was van de mogelijkheid dat de opnamen werden gemaakt (en hield vermoedelijk daarmee rekening bij het doen van uitlatingen). Uit de opnamen bleek dat in bepaalde mate werd gefluisterd en dat handgebaren werden gemaakt. Het Hof stelde op het punt van de betrouwbaarheid van het bewijs vast dat:

> '(...) an assessment of the strength or the reliability of the evidence concerned is not a straightforward matter. The applicant's conduct as a whole must have played a role in the assessment of the evidence and this Court is not well placed to express

150 *Khan v. Het Verenigd Koninkrijk, supra*, noot 132, § 38*; P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk, supra*, noot 42, § 78.

> a view. In those circumstances, the existence of fair procedures to examine the admissibility and test the reliability of the evidence takes on even greater importance'.[151]

De waarborgen dienen dus sterker te worden aangezet naarmate het bewijs inhoudelijk minder betrouwbaar is. Dat komt erop neer dat de rechter uitgebreid onderzoek moet doen naar het door de verdachte gestelde omtrent de rechtmatigheid van de bewijsverkrijging en het gebruik daarvan. Dat bleek ook uit *Perry*, waar immers slecht denkbaar is dat de eerlijkheid in stand zou zijn gebleven wanneer het niet mogelijk was geweest achteraf controle uit te oefenen over de gang van zaken bij de identificatieparade of die controle was uitgebleven. Ook bij mogelijke onbetrouwbaarheid kan de verdediging echter door inactiviteit het recht op benadrukte toetsing verspelen. In *P.G. en J.H.* voerden de verzoekers in Straatsburg aan dat het bewijs in hun zaak, anders dan dat in Khan, niet '*strong and cogent*' was. De uitgevoerde analyse van hun stemmen (die alleen mogelijk was geweest doordien heimelijk stemmonsters waren opgenomen van verzoekers tijdens hun detentie) leverde niets meer op dan dat het '*likely*' was dat hun stemmen overeenstemden met de stemmen die in de woning van een medeverdachte waren opgenomen. In hun zaak had echter niet een zo uitgebreid onderzoek plaatsgevonden als in de *Khan* zaak: ook zij waren in de gelegenheid gesteld om het bewijsgebruik bij een *voire dire* aan te vechten, doch er was geen verlof tot appel gegeven. Het bewijsgebruik was aldus maar in één instantie beoordeeld. Toch kwam het Hof niet tot de conclusie dat de waarborgencompensatie te summier was geweest: verzoekers hadden bij de *voire dire* de authenticiteit van de beeldopnamen niet aangevochten. Vermoedelijk deden zij dat pas in Straatsburg. Het feit dat in *P.G. en J.H.*, ook weer anders dan bij *Khan*, de nationale regeling niet was nageleefd, bracht daarin geen verandering. Die regeling was immers niet op substantiële wijze overtreden.

Ook bij de vaststelling van de standaarden voor de vereiste waarborgencompensatie speelt dus de inhoudelijke betrouwbaarheid van het onrechtmatig verkregen bewijs een belangrijke rol. Ook de aard (en ernst) van het verzuim is bepalend voor de mate waarin de rechter zich moet inspannen om de verdachte alle gelegenheid te geven zijn grieven ten aanzien van de bewijsverkrijging en -gebruik te voeren. Nader bepalend is hier echter ook de mate waarin de verdediging tot activering van de eigen procesrechten overgaat. Het niet benutten van kansen heeft een sterk beperkende werking op de in dat verband aan te houden eisen.

---

151 *Allan v. Het Verenigd Koninkrijk, supra*, noot 107.

4.4.4 Conclusies ten aanzien van het toetsingskader

1) Wederzijdse beïnvloeding toetsings- en herstelaspecten
Duidelijk staan de drie aspecten van de toetsings- en hersteleisen bij het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs, namelijk (de vaststelling van) de aard van de onrechtmatigheid, het gewicht dat bij een veroordeling aan het onrechtmatig verkregen bewijs wordt toegekend en de compensatie-eisen, in een onderling beïnvloedende verhouding tot elkaar. De uitwerking van één aspect is afhankelijk van de uitwerking van de ander. Naarmate de aard van de onrechtmatigheid als ernstiger moet worden opgevat, worden de overige eisen benadrukt, sterk herstel of de aanwezigheid van aanvullend bewijs kan de ernst van een verzuim weer relativeren. Daarbij geldt als overkoepelend relativeringsmechanisme een vergaande eis van verdedigingsparticipatie. Ook bij een meer ernstig, substantieel verzuim is voor het Hof aanvaardbaar dat ter zake geen compensatie is geboden indien de verdediging nalatig is geweest in het activeren van haar eigen procesrechten. De rechter is niet verplicht *ex officio* tot nadere toetsing over te gaan. Daarin ligt nu de zwakte van de adversaire procesrechten: als de verdachte wordt opgevat als mondige, sterke procespartij, hoort daar ook bij dat hij er niet op kan rekenen dat de rechter zijn zaak voor hem zal voeren wanneer hij dat zelf niet doet.

2) Het aspect van de betrouwbaarheid
Opvallend bij de toetsing van de doorwerkingskracht van privacyschending in de eerlijkheid van de strafvervolging is dat daarbij dat de inhoudelijke betrouwbaarheid van het onrechtmatig verkregen bewijs een belangrijke rol lijkt te spelen. Dat geldt niet alleen bij de vaststelling van de aard van de privacyschending (de toetsing zelf) maar ook bij de hersteleisen.

Uit *Perry* blijkt dat, wanneer verzuimde vormen in dienst staan van de verzekering van de betrouwbaarheid van de onderzoeksresultaten, de onrechtmatigheid een sterk verstorend effect kan hebben op de strafvervolging. De hersteleisen dienen dan zwaar te worden aangezet. Uit *Khan* blijkt dat de betrouwbaarheid van bewijs ook een invloed heeft op de bewijsminimumregel: waar de inhoudelijke betrouwbaarheid zeer sterk is, is de noodzaak voor aanvullend bewijs minder dringend.

Dat kan overigens ook betekenen dat overige procedurele waarborgen, zoals de motiveringsplicht en de mate waarin de verdachte in de gelegenheid moet worden gesteld zijn actieve procesrechten uit te oefenen op het punt van de rechtmatigheid van het onderzoek, eveneens worden afgezwakt ingeval het onrechtmatig verkregen bewijs inhoudelijk zeer betrouwbaar zou zijn. Zo ja, dan moet de conclusie mogelijk zijn dat EHRM vooral betekenis toekent aan eventuele onrechtmatigheden indien zijn samenvallen met een indhoudelijke betrouwbaarheidsproblematiek.

3) Rechtmatigheid als zelfstandig doel

Het eerlijkheidsconcept omvat echter meer dan de opdracht te streven naar waarheidsvinding. Onderdeel van dat concept is dat bij strafvorderlijk onderzoek ook bepaalde normen in acht worden genomen die de waarheidsvinding juist niet bevorderen. Ook bij inhoudelijk zeer sterk bewijs kan de wijze waarop het verkregen is, de eerlijkheid zozeer aantasten dat herstel niet meer mogelijk is. Hoeveel compensatie de rechter ook toepast, hoeveel alternatieve bewijsbronnen beschikbaar zijn, hoe sterk het bewijs inhoudelijk is, bepaalde vormverzuimen kunnen een absolute eerlijkheidsbelemmering opleveren.

Tot dusver blijkt het gebruik van via privacyschendingen verkregen bewijs in de verdragsrechtspraak steeds herstelbaar te zijn. Bovendien lijken in die rechtspraak niet al te hoge eisen te worden gesteld aan herstel in dit verband. Niet alleen is het Hof nimmer tot de conclusie gekomen dat via een privacyschending verkregen bewijs had moeten worden uitgesloten, schending van art. 6 EVRM wegens gebrekkig herstel is eveneens niet aan de orde geweest. Determinant in verband met de mate waarin herstel dient te worden bewerkt lijkt ook te zijn de inhoudelijke betrouwbaarheid van het bewijs. Naarmate bewijs inhoudelijk meer betrouwbaar is, lijken de hersteleisen te worden afgezwakt. Het is ook deze rechtspraak van het Hof die tamelijk gemakkelijk tot de conclusie kan voeren dat art. 6 EVRM geen regels bevat ten aanzien van de het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs. Die conclusie is evenwel niet juist. Voor zover ter zake geen kader zou bestaan, zou het Hof immers klachten over het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs passeren. Daargelaten dat bij privacyschendingen de uitkomst steeds is dat geen schending van art. 6 EVRM wordt aangenomen, toetst het Hof dergelijke klachten wel. In de tweede plaats stelt het Hof wél schending van art. 6 EVRM vast wegens het gebruik van bewijs dat via schending van andere verdragsnormen (in ar. 3 of art. 6 EVRM) is verkregen, ofwel omdat dat bewijs niet had mogen worden gebruikt, ofwel omdat herstel gebrekkig wordt geacht. In dergelijke gevallen lijkt inhoudelijke betrouwbaarheid niet een grote rol te spelen. De verklaring voor het verschil is daarmee gelegen in de aard van de privacynorm, de schending waarvan voor het Hof geen vergaande implicaties heeft in de strafvorderlijke context.

4) Transformatie van met privacyschendingen samenvallende onrechtmatigheden naar art. 6 EVRM-normen

Tussen privacynormen en art. 6 EVRM-procesnormen bestaat te veel afstand, waardoor de schending van de eersten niet bij voorbaat doorwerkt naar de eerlijkheid van de strafvervolging. Willen privacyschendingen wél doorwerken, dan moeten zij kunnen worden getransformeerd naar een (eerlijk)-procesnorm. Dat wil zeggen, een privacyschending is in zichzelf weinig relevant in de context van de strafvervolging, omdat zij geen strafvorderlijke waarden raakt. Omgekeerd zou dat moeten betekenen dat indien een privacyschending wel samenvalt met een belangrijke (in art. 6 EVRM vervatte) strafvorderlijke norm,

de implicaties daarvan bij bewijsgebruik groter zou kunnen zijn. Te denken valt aan samenloop met het recht op rechtsbijstand: in strijd met het nationale recht wordt het gesprek tussen een raadsman en zijn gedetineerde cliënt direct afgeluisterd. Te denken valt ook aan een privacyschending die tegelijkertijd het zwijgrecht van de verdachte aantast. Van belang is aldus dat verschillende privacyschendingen juist worden gekwalifceerd in termen van implicaties die zij kunnen hebben voor strafvorderlijk meer relevante normen. Voor zover overige normschendingen eveneens aan de orde zijn bij een privacyschending, zal dat immers betekenis hebben voor de wijze waarop met aldus verkregen bewijs dient te worden omgegaan. Andersom, als de aard van een privacyschending zodanig is dat geen enkel raakvlak met art. 6 EVRM-normen kan worden gevonden, dan is die schending gewoonweg niet relevant in de context van de strafvervolging. In die gevallen kan de toetsingseis dan inderdaad afgezwakt worden geacht.

5) Een legaliteitsnorm in art. 6 EVRM?

Wat zou dan het geval zijn wanneer er wel van uit wordt gegaan dat in art. 6 EVRM een legaliteitseis bestaat, in die zin dat eerlijkheid ook met zich meebrengt dat het nationale recht wordt nageleefd, ongeacht of niet-naleving daarvan een (overige) verdragsnorm raakt? De omgang van het Hof met privacyschendingen in het opsporingsonderzoek lijkt het bestaan van een dergelijke regel te ondersteunen. Waar immers vastgesteld wordt dat het verdrag is geschonden, leidt dat niet zelfstandig tot een doorwerking in de strafvervolging. In de context van de strafvervolging lijkt het hof weinig belang te hechten aan de privacyschending *an sich*.

Het Hof heeft echter ook veel aandacht voor de betekenis van de privacyschending in termen van het nationale recht. Van belang lijkt te zijn hoe ernstig de overtreding is in de nationale context. Dat kan aldus worden begrepen. Art. 6 EVRM stelt de eis dat strafvorderlijk onderzoek, dus ook het opsporingsonderzoek, wordt verricht in overeenstemming met het nationale recht. Als een privacyschending tevens strijd oplevert met het nationale recht, dan is wederom een procesnorm overtreden, namelijk dat opsporingsonderzoek wordt uitgevoerd op de wijze bij de wet voorzien. Dan gaat het daarbij evenwel niet om een sterke procesnorm: ook dergelijke privacyschendingen, die dus ten minste vertaald kunnen worden naar een legaliteitsnorm in art. 6 EVRM, zijn herstelbaar.

Zo een dergelijke legaliteitsnorm inderdaad in art. 6 EVRM worden gelezen, dan zou de verdragsrechtelijke bescherming in de context van de rechtmatigheid van het onderzoek samenvallen met de betekenis die wordt toegedicht aan art. 1 WvSv en art. 359a WvSv in dat verband: alle verzuimen van het nationale recht, ongeacht of daarmee een verdragsrecht wordt geraakt, kunnen op die grondslagen tot bepaalde rechtsgevolgen leiden in de context van een strafvervolging. Het aan verzuimen te verbinden gevolg blijft dan wel afhankelijk van de aard en ernst van het verzuim, vooral bezien vanuit het verdrag.

6) Categorieën privacyschendingen vanuit het perspectief van art. 6 EVRM

De volgende differentiatie kan dan worden aangebracht binnen de categorie van privacyschendingen in opsporingsonderzoeken:

- privacyschendingen die in strijd zijn met het nationale recht. Dan is de toetsingsstandaard van toepassing die wordt aangehouden bij gevaarzetting van andere (wel sterke, absolute) opsporingsnormen in art. 6 EVRM. Daarbij is van belang wat de ernst van de overtreding is in de nationale context;
- privacyschendingen die alleen in strijd zijn met het verdrag, doch niet in strijd met het nationale recht. Deze privacyschendingen zijn weinig relevant in de context van de strafvervolging; de toetsings- en hersteleisen zijn dan afgezwakt;
- privacyschendingen die tevens schending opleveren van een andere procesnorm in art. 6 EVRM dan de legaliteitseis. Bij deze categorie is niet relevant wat de betekenis van het vormverzuim is in het nationale recht. Dergelijke privacyschendingen kunnen onder andere zijn:
- privacyschendingen die aanleiding geven tot een betrouwbaarheidsprobleem (dan wordt de onschuldpresumptie geraakt);
- privacyschendingen die het recht op rechtsbijstand raken (dan is het recht op rechtsbijstand als bedoeld in art. 6 lid 1 en lid 3 onder (c) geraakt);
- privacyschendingen die disproportioneel worden bevonden (dan werkt dat door naar het proportionaliteitsbeginsel in art. 6 EVRM) .

Indien in art. 6 EVRM een legaliteitseis als hierboven bedoeld kan worden ingelezen, dan kan buiten de context van privacyschending ook een vierde mogelijkheid worden toegevoegd aan dit schema, namelijk:

- overtredingen van het nationale recht die niet samenvallen met een privacyschending en ook niet met een andere procesnorm dan de legaliteitseis in art. 6 EVRM. Hierbij gaat het om de procesnorm dat opsporingsonderzoek dient te worden verricht op de wijze zoals voorzien in het nationale recht. Daarbij moet op dezelfde voet worden getoetst als bij de hierboven eerstbedoelde privacyschendingen. Wel kan er dan vanuit worden gegaan dat de ernst van de overtreding gering zal zijn, daar geen sprake is van een schending van een mensenrecht.

Merkwaardig is dan dat overtreding van een nationale norm die niet samenvalt met een verdragsrecht (anders dan de legaliteitseis in art. 6 EVRM), binnen de context van de strafvervolging minder betekenis heeft dan een privacyschending die niet samenvalt met een overtreding van een nationale procesnorm. Zo curieus is dat echter niet. Dat een privacyschending niet doorwerkt in een strafvervolging betekent immers niet dat zich geen ernstige mensenrechtenschending heeft voorgedaan. De overheid blijft dan verplicht tot herstel. Alleen behoeft dat herstel niet in de context van de strafvervolging plaats te vinden. Het verband met de strafvervolging ontbreekt immers. Dat is anders bij een

schending van het nationale recht. Dan heeft immers een opsporingsonderzoek niet op een door de wet voorziene wijze plaatsgevonden.

7) Niet strafvorderlijke privacyschendingen en privacyschendingen die samenvallen met art. 6 EVRM-normen

Privacyschendingen kunnen vermoedelijk pas een invloed van betekenis in de context van een strafvervolging wanneer zij samenvallen met schendingen van art. 6 EVRM-normen. Valt die categorie van privacyschendingen nu samen met de hierboven afgebakende categorie van essentieel strafvorderlijke privacyschendingen? Is het dan inderdaad juist dat bepaalde privacyschendingen niet doorwerken in de context van de strafvervolging omdat zij niet behoren tot het strafvorderlijke privacyconcept als hiervoor bedoeld?

Het (klassieke) strafvorderlijke privacyconcept is omschreven als de '*property-based*' notie van bescherming tegen onrechtmatige inbreuken in de context van de strafvordering, vooral in de sfeer van de woning, althans buiten het publieke domein. In de Amerikaanse *search and seizure* doctrine komen beide aspecten (de '*property-based*' bescherming en de strafvorderlijke context) tot uitdrukking in de conjunctie van het vierde en het vijfde amendement: de essentieel strafvorderlijke (privacy)bescherming bestaat waar die amendementen '*run into each other*'. Daarvan uitgaande zouden het de privacyschendingen, die eerder zijn geconstrueerd vanuit de persoonsgegevens-beschermingssfeer (en die dus niet behoren tot het klassieke strafvorderlijke privacyconcept, of uitbreidingen daarvan) kunnen zijn die geen schending opleveren van een art. 6 EVRM-norm.

Echter, wanneer de verschillende typen privacyschendingen die zich in de hierboven uiteengezette zaken hebben voorgedaan in ogenschouw worden genomen, blijkt die redenering niet te kloppen.

In *Allan* volgde de privacyschending uit het (zonder een toereikende wettelijke grondslag) afluisteren en opnemen van gesprekken die verzoeker voerde (met een informant) in het publieke domein, althans op het politiebureau en in zijn cel. Normaal gesproken zou aan Allan, onder het klassieke strafvorderlijke privacyconcept, geen bescherming zijn toegekomen.

Ondanks dat het hier evenwel niet ging om een klassieke, strafvorderlijke privacyschending, had deze privacyschending juist wél tot gevolg dat de standaarden van toetsing en herstel sterker werden aangezet. Belangrijk is dit: het was niet zozeer de privacyschending die aanleiding gaf tot een stringentere toetsing, maar de mogelijke inhoudelijke onbetrouwbaarheid van het bewijs.

In *P.G. en J.H.*[152] werd ook direct afgeluisterd in een woning, waardoor de privacyschending op dat punt moet worden geacht vanuit het klassiek strafvorderlijke privacyconcept te zijn geconstrueerd. Dat gegeven kon er echter niet toe leiden dat de schending een bijzondere betekenis verkreeg in de context van de eerlijkheid van de vervolging. Datzelfde geldt voor *Khan*. Ook daar was in een woning direct afgeluisterd, maar kon de privacyschending bijna geen doorwerking hebben in de strafvervolging: in dat geval was de wettelijke grondslag (hoewel deze ondeugdelijk was in het licht van het privacyrecht) wél nageleefd, bovendien was het bewijs inhoudelijk zeer betrouwbaar.

De schending in *Perry* had de sterkste doorwerking. Het ging in dat geval weer niet om een schending die voortvloeide uit het klassiek strafvorderlijke beschermingsconcept. De schending voltrok zich immers in het publieke domein en werd zelfs hoofdzakelijk geconstrueerd vanuit het persoonsgegevensbeschermingsconcept. De doorwerking van de onrechtmatigheid vloeide uit twee omstandigheden voort: de wettelijke regeling was niet nageleefd en daardoor ontstond ook een betrouwbaarheidsprobleem.

Privacyschendingen die een sterke doorwerking hebben in de context van de strafvervolgingen vallen dus niet samen met privacyschendingen die voortvloeien uit het klassiek strafvorderlijke privacyconcept. Ongeacht welk type privacybescherming aan de orde is, de doorwerkingskracht daarvan hangt af van de schending van een art. 6 EVRM-norm.

Het is dus niet zo dat het strafvorderlijke privacyconcept aan betekenis heeft verloren vanwege de te vergaande horizontalisering van het privacyrecht, waardoor de essentie van strafvorderlijke privacybescherming verloren is gegaan doordien de privacystandaarden algemeen zijn verlaagd. De inlijving van nieuwe beschermingssferen in het privacyconcept als die van de persoonsgegevensbescherming heeft geen negatief effect gehad op de doorwerkingskracht van strafvorderlijke privacyschendingen. Er bestaat geen wezenlijk verschil tussen de wijze waarop meer klassieke strafvorderlijke en andere typen privacyschendingen doorwerken bij bewijsgebruik.

De conclusie moet zijn dat het Hof gewoonweg weinig betekenis hecht aan privacyschendingen in de context van de strafvervolging. Doorwerking is er pas wanneer de privacyschending tevens schending oplevert van een art. 6 EVRM norm. De privacyschending zelf heeft net zoveel relevantie bij de strafvervolging als een 'toevallige' schending van een ander vrijheidsrecht bij het opsporingsonderzoek zou hebben. Wanneer een bepaalde maatregel bij het opsporingsonderzoek ertoe zou leiden dat de vrijheid van meningsuiting zou worden beknot, zou dat – los van het feit dat daarmee geen bewijs wordt

152 In *P.G. en J.H.* was er ook direct afgeluisterd op het politiebureau en was wellicht ook wel sprake van een betrouwbaarheidprobleem, echter verzoekers hadden het recht op nader onderzoek op dat punt verspeeld door niet om een dergelijk onderzoek te vragen in de nationale procedure. *P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 42.

vergaard – ook geen betekenis hebben in de context van een strafvervolging, tenzij transformatie naar een art. 6 EVRM-norm mogelijk zou zijn. Hetzelfde geldt buiten het verband van het opsporingsonderzoek. Een gedetineerde wiens vrijheid van vereniging en vergadering zou worden geschonden, kan dat moeilijk aanvoeren als een eerlijkheidsbeperkende factor bij de strafvervolging. In de context van art. 8 EVRM: wanneer de 'constitutionele' privacy van een gedetineerde zou worden geschonden (door het stellen van beperkingen ten aanzien van zijn persoonlijke levenskeuzes) levert dat geen schending op van een art. 6 EVRM-norm, en is zij in de context van de strafvervolging niet relevant.

8) Privacyschending niet de basis voor de doorwerking van onrechtmatigheden in de strafvervolging

Wanneer in het kader van een opsporingsonderzoek door middel van een onrechtmatige opsporingstoepassing art. 8 EVRM wordt geschonden, is het niet de privacyschending die de toetsingseis in art. 6 EVRM activeert, maar de onrechtmatigheid zelf. Die onrechtmatigheid raakt ofwel:

1 zelf direct een art. 6 EVRM-norm (een betrouwbaarheidsnorm, het zwijgrecht of het uitlokverbod), ofwel
2 deze raakt een in art. 6 EVRM in te lezen legaliteitseis, in de zin van een nalevingseis, dus ook weer een art. 6 EVRM-norm. De toetsingseis in art. 6 EVRM wordt geactiveerd omdat het opsporingsonderzoek niet heeft plaatsgevonden op de wijze door de wet voorzien.

9) Devaluatie van strafvorderlijke privacybescherming?

Moet inderdaad worden geconcludeerd dat door bovenomschreven rechtspraak een algemene devaluatie heeft plaatsgevonden van het strafvorderlijke privacyrecht? Heeft de multidisciplinaire verbreding van het privacyrecht zoals hiervoor omschreven werkelijk geen effect gehad op de uitwerking van 's Hofs rechtspraak ten aanzien van privacyschendingen bij opsporingsonderzoeken?

Over het algemeen kan worden gesteld dat de art. 8 EVRM 'doorwerkingsrechtspraak' van het Hof als slecht of minstens als opmerkelijk wordt ervaren.[153] Roberts and Zuckerman noemen de uitspraak in *Khan* op dit punt

153 Zie ook Mevis in zijn noot bij *Doerga v. Nederland, supra*, noot 74: '(...) zoals bekend, waagt het EHRM zich nauwelijks aan uitspraken over de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs, althans niet in veel verdergaande mate dan de expliciete mededeling dat zelfs het gebruik van met schending van art. 8 verkregen bewijsmateriaal niet reeds daardoor in strijd komt met het recht van de verdachte op een "fair trial" (...). Op dit niet onbelangrijke punt was de klacht van Doerga niet eens ontvankelijk verklaard. (...) De algemene, nogal voor de hand liggende, opinie is dat deze benadering te weinig recht doet aan de eis van een fair proces. Zie in die zin reeds de bijdrage "The integrity of the criminal proces requires the exclusion of illegally obtained evidence" in de Proceedings of the First World Conference on New Trends in Criminal Investigation and Guidence uit 1997'.

'interesting' en 'disappointing for human rights enthusiasts'.[154] De Hert en Koops zijn kritischer: '(d)oor aan schending van het privacyrecht geen consequenties te verbinden voor de eerlijkheid van de procesvoering, ontneemt Straatsburg aan het privacyrecht de status van grondrecht',[155] (...)'(z)o blijft het recht op een eerlijk proces eenzaam overeind staan in een spookstad van opgeblazen grondrechten'.[156] Lawson waardeert deze opvatting van De Hert en Koops als volgt:

> 'De Hert en Koops omschreven het Khan-arrest als 'een nieuwe vorm van privacyschaamteloosheid of cynisme': het zou een onderdeel vormen van een al langer bestaande trend om aan het recht op privacy ' leeg te lepelen'. Men kan daar tegenin brengen dat ook de recente jurisprudentie van het EHRM zoveel voorbeelden van een ruimhartige interpretatie van artikel 8 EVRM biedt, dat er van een Straatsburgs complot om de bepaling te ondermijnen geen sprake lijkt te zijn'.[157]

De privacybescherming *an sich* mag evenwel niet verzwakt zijn, de zwakte van de doorwerking van privacyschendingen in strafvervolgingen erkent ook Lawson: '(...) feit is wel dat Khan bijzonder weinig doet voor de effectieve handhaving van art. 8 EVRM'.[158] Ook Dommering is niet positief over de keuzes van het Hof:

> '(a)l met al is de aanpak van het Hof toch sterk gefragmenteerd: wél schending van artikel 8 EVRM en dus onrechtmatig bewijs, wél schending van artikel 13 want geen adequate rechtsmiddelen tegen de schending van artikel 8 EVRM en daarom schending van artikel 13 EHRM, (bedoeld zal zijn: EVRM, FPÖ) maar ondanks dat tóch een fair trial en geen schending van artikel 6 EVRM. Het arrest illustreert overigens treffend dat het losknippen van de privacyschending van de uitsluitbaarheid van het daardoor verworven bewijs, het noodzakelijk maakt dat er adequate rechterlijke controle is in de voorfase van het proces op de rechtmatigheid van de bewijsgaring'.[159]

Waar Dommering zoekt naar alternatieve vormen van bescherming, uitgaande van de huidige lijn van de rechtspraak van het Hof (via simultaan, in plaats van retroactief, rechterlijk toezicht), wordt ook wel bepleit dat strafvorderlijke privacybescherming in het vooronderzoek juist via andere constructies dan via de toetsing van de eerlijkheid (van het bewijsgebruik) moet worden bewerkt. Buruma, die overigens (ook) een rol van belang ziet weggelegd voor

---

154 P. Roberts/A. Zuckerman, Criminal Evidence, Oxford University Press, 2004, p. 178.
155 P. de Hert/B-J. Koops, Privacy is nog steeds een grondrecht, Ars Aequi, 2001/12, p. 972.
156 Ibidem, p. 974.
157 R.A. Lawson, Hoe exclusief dient de 'exclusionary rule' te zijn? In: P.D. Duyx/P.D.J. van Zeben (Red.), Via Straatsburg, Liber Amicorum B.E.P. Myer, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2004, p. 203-204.
158 Ibidem.
159 Dommering in zijn noot *P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 42.

toezicht op rechtmatigheid door de rechter-commissaris,[160] ziet een basis voor bewijsuitsluiting buiten art. 6 EVRM, namelijk in de positieve verplichting voor nationale overheden schending van art. 8 EVRM te voorkomen.[161]

Ook rechters Loucaides en Tulkens dragen in hun (*partly concurring, partly dissenting) opinions* bij respectievelijk *Khan* en *P.G. en J.H.* een alternatieve beschermingsconstructie aan.[162]

> 'I cannot accept that a trial can be "fair", as required by Article 6, if a person's guilt for any offence is established through evidence obtained in breach of the human rights guaranteed by the Convention. It is my opinion that the term "fairness", when examined in the context of the European Convention on Human Rights, implies observance of the rule of law and for that matter it presupposes respect of the human rights set out in the Convention. I do not think one can speak of a "fair" trial if it is conducted in breach of the law',[163] aldus Loucaides.

---

160 Y. Buruma, Normering van de opsporing, In: *Brants, C.H./Mevis. P.A.M./Prakken, E./Reinjtjes, J.M.,* (Red.) Op zoek naar grondslagen, Strafvordering 2001 ter discussie, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2003, p. 92-94.

161 Ibidem, p. 86-88. Zie in dat verband De Hert, die vanuit zijn perspectief dat in art. 8 EVRM al teveel procedurele aspecten zijn verwerkt, zich tegen een dergelijke, procedurele operationalisering van deze bepaling zou verzetten: '(w)e have observed that the Court has gradually developed the view that a legal basis for privacy infringements should not only exist, but that it should also meet some qualitative requirements, namely accessibility and foreseeability. Especially the latter requirement has allowed the Court to fuse the due process requirements of Article 6 ECHR and the effective remedy requirement of Article 13 into Article 8 ECHR concerning privacy. (...) However, fusing into Article 8 the due process requirements of Article 6 ECHR and the effective remedy requirement of Article 13 is, so we believe, detrimental for both provisions, especially Article 13. Elements of procedural rights are borrowed to construe a substantive norm, and the result is used to interpret the procedural rights. Although some rationale can be found to transform Article 8 into a procedural norm, we feel that something odd is happening. Ian Cameron is obviously of the same opinion. He holds that these procedural requirements should not be seen as a feature of the legality requirement, but rather a requirement of Article 13 and/or a requirement of "necessity in a democratic society".We prefer the first option. Article 8 is no place for procedural questions. The framers of the Convention have designed other articles for that purpose. The transformation of Article 8 into a source of procedural rights and conditions takes it away from the job it was designed for, viz. to prohibit unreasonable exercise of power'. P. de Hert, a.w., p. 78-79. Buruma acht de door het EHRM gekozen lijn overigens ook voor 'discussie vatbaar (...) vanuit het perspectief van art. 41 EVRM dat volledig rechtsherstel – ofwel restitutio in integrum, reparatie – impliciet vooropstelt, als een schending van het verdrag heeft plaatsgevonden'. Daar is volgens hem wel '(...) tegen in te brengen, dat de plaatsing van art. 41 in titel II van het Verdrag impliceert dat de nationale rechter niet noodzakelijk ook van resitutio in integrum moet uitgaan'. Ibidem, p. 85.

162 Dommering acht de kritiek van Louciades en Tulkens sterk: '(h)et bestaan van een consistente dissenting lijn binnen twee verschillende "kleine kamers" doet de vraag rijzen of dit punt niet aan een Grand Chamber zou moeten worden voorgelegd'. Zie zijn noot bij *P.G. en J.H. vs Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 42.

163 *Khan v. Het Verenigd Koninkrijk, supra,* noot 132, *Partly concurring, partly dissenting opinion*, rechter Loucaides.

Daarin wordt hij gesteund door Tulkens, die in haar eigen verzet tegen de beslissing in *P.G. en J.H,*. aandraagt dat de rechtspraak van het Hof dwingt tot een interpretatie van het verdrag als coherent geheel.[164]

Eerlijkheid als bedoeld in art. 6 EVRM is in de visie van deze rechters niet te verwezenlijken wanneer een procedure gebaseerd is op rechtsschendingen, zeker niet waar het gaat om schendingen van mensenrechten. Zo de eerlijkheid in zo een situatie behouden blijft, dan devalueert de notie van eerlijkheid. Zij bepleiten daarmee een geïntegreerde lezing van het verdrag: de schending van art. 8 EVRM moet automatisch betekenen dat art. 6 EVRM eveneens is geschonden.[165]

Dat laatste voert wel ver, alleen uit oogpunt van haalbaarheidsargumenten. Wanneer elk verzuim ten aanzien van het recht zou moeten leiden tot een oneerlijke procedure, zou dat betekenen dat een groot aantal processen geen doorgang kunnen vinden. Daarmee gaan Loucaides en Tulkens net zo ver als de *dissenters* bij de uitspraak in *Schenk.*

Een afwijzing van elke strafprocedure wanneer in de aanloop daarna verzuimen hebben plaatsgevonden, zonder dat onderscheid wordt gemaakt tussen de aard en ernst van de onrechtmatigheden, zou belemmerend werken. Net zo goed evenwel als dat aan te lichte verzuimen niet te snel een te zwaar gevolg moet worden gekoppeld, geldt dat serieus werk moet worden gemaakt van herstel bij ernstige varianten.

Wil echter een deugdelijk onderscheid tussen tussen typen normschendingen kunnen worden aangebracht, dan moet er sprake zijn van een helder indicatorenstelsel voor de signalering van ernstige schendingen. Loucaides en Tulkens zijn er duidelijk over: bij een mensenrechtenschending is de indicatie zeer sterk (zo niet absoluut) dat de onrechtmatigheid hier te ver gaat.

---

164 *P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 42, *Partly dissenting opinion*, rechter Tulkens. Tulkens gaat verder dan Loucaides, en meent dat bewijsgebruik ook oneerlijk is waar de verkrijging (alleen) in strijd is met het nationale recht: '(i)n that respect I share the partly dissenting opinion of Judge Loucaides annexed to Khan v. the United Kingdom (...): "It is my opinion that the term 'fairness', when examined in the context of the European Convention on Human Rights, implies observance of the rule of law and for that matter it presupposes respect of the human rights set out in the Convention. I do not think one can speak of a 'fair' trial if it is conducted in breach of the law."In the instant case the violation which the Court found of Article 8 of the Convention was constituted, indeed exclusively constituted, by the unlawfulness of the impugned evidence (...). The fairness referred to in Article 6 of the Convention also includes a requirement of lawfulness (...). Fairness presupposes compliance with the law and thus also, a fortiori, respect for the rights guaranteed by the Convention, which it is the Court's very task to scrutinise'. Zodoende leest Tulkens overigens een legaliteitseis in de bepaling van art. 6 EVRM.

165 Tulkens bezorgt zich ook om de doorwerking van relativering van art. 8 EVRM schendingen naar nadere verdragsbepalingen: '(w)ill there come a point at which the majority's reasoning will be applied where the evidence has been obtained in breach of other provisions of the Convention, such as Article 3, for example? Where and how should the line be drawn? According to which hierarchy in the guaranteed rights? Ultimately, the very notion of fairness in a trial might have a tendency to decline or become subject to shifting goalposts. *P.G. en J.H. vs Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 46, *Partly dissenting opinion*, rechter Tulkens.

Die lijn volgt ook Van Woensel, die – daarbij aansluitend bij Embregts – een vertrek bepleit van de belangenafweging (ofwel de relativeringsaanpak) die thans door de Hoge Raad wordt gehanteerd, '(...) ingeval niet is voldaan aan de essentiële voorwaarden voor de toepassing van opsporingsmethoden die een inbreuk maken op grondrechten'.[166] Een serieuze rechterlijke reactie op grondrechtschendingen zou 'het complement' zijn van de ernst die de wetgever heeft gemaakt met de omgang van grondrechten door de regeling van daarop inbreuk makende opsporingsbevoegdheden.[167] Van Woensel ziet ook nadere steun voor deze opvatting bij Heijder, die een onderscheid zag in '(...) enerzijds consitutieve regels, die zien op de bescherming van waarden en waarbij een belangenafweging niet aan de orde is, en anderzijds regulatieve regels, waarbij een belangenafweging wel plaats kan vinden'.[168] In die optiek behoren grond- of mensenrechten dan tot de constitutieve categorie en dienen absoluut te worden doorgevoerd, ook wat betreft de gevolgen van de schendingen daarvan.

Dat moet worden genuanceerd. Mensenrechten mogen in het juridisch domein als categorie een aan andere rechtsregels bovengeschikte status dragen, *in abstracto* kan een absolute werking zeker niet zondermeer aan de gehele categorie worden toegekend. Daarenboven kan van te voren weinig zinnigs worden gezegd over de verhouding tussen rechtsschendingen *in concreto*: een mensenrechtenschending kan veel lichter uitvallen dan een schending van het nationale recht. Grond- of mensenrechten bestaan bovendien niet uit enkelvoudige waarden, maar betreffen veleer waardensystemen: compilaties van verschillende soorten regels die het gemeenschappelijk doel hebben te streven naar een maximale verwezenlijking van het recht. In die waardensystemen kan ook weer onderscheid worden gemaakt tussen constitutieve en regulatieve elementen. Een vastgestelde schending van een mensenrecht mag, *moet*, zeker (sterk) indicatief worden opgevat voor een constitutief gebrek, een gegeven is dat niet. Bovendien echter, ook waar het gaat om de schending van een constitutieve element, moet ter zake een contextuele waardering worden gedaan. Er kan niet steeds blindelings worden uitgegaan van een fataal gevolg. De ene constitutieve schending is de andere niet. Van het Hof kan niet worden verwacht elke strafvervolging oneerlijk te achten op basis van welke privacyschending dan ook.

Nogmaals, net zo ernstig is een omslaan van de balans naar een brede veronachtzaming van constitutieve regels door een niet te rechtvaardigen relativering. De contextuele schade, veroorzaakt door een constitutieve regel,

166 A.M. van Woensel, *Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, DD 2004, afl. 2, 10., p. 156-157.

167 Ibidem, p. 154.

168 Ibidem, p. 156, met verwijzing naar: A. Heijder, De wederrechtelijkheid is betrekkelijk. Enkele kanttekeningen bij nietigheden en onrechtmatige verkregen bewijs', in: Beginselen, G.E. Mulder-bundel, Arnhem, Gouda Quint, 1981, p. 89-105.

moet wel correct worden geduid en op een juiste waarde worden geschat. De vraag is dan hoe onderscheid dient te worden gemaakt tussen de privacyschendingen die als licht en die als zwaar moeten worden aangemerkt en die daarom wel respectievelijk niet tot vergaande gevolgen moeten leiden in de context van de strafvervolging.

Hierboven is een mogelijke verklaring gevonden voor de soms moeilijk te volgen aanpak van het Hof. Die verklaring is gelegen in de transformatie van art. 8 EVRM schendingen naar art. 6 EVRM normen. Voor zover een privacyschending kan worden getransformeerd, lijkt de doorwerking van dergelijke schendingen sterker te worden, naarmate de art. 6 EVRM norm waarnaar getransformeerd wordt, zelf sterkere gelding heeft. De relativering van art. 8 EVRM normen voltrekt zich aldus vanuit het perspectief van art. 6 EVRM: niet de aard van de privacyschending is bepalend voor de doorwerking, maar de betekenis die een privacyschending kan hebben in termen van procesnormen. Uiteindelijk moet daarmee worden geconcludeerd dat in de rechtspraak van het Hof wel een algemene devaluatie van het privacyrecht heeft plaatsgevonden, althans in de strafvorderlijke betekenis ervan. Dat volgt uit de keuze van het Hof voor het aan te houden beschermingsmechanisme: de basis van bescherming ligt niet in art. 8 EVRM zelf, niet in een geïntegreerde lezing van art. 8 juncto art. 6 EVRM, maar in art. 6 EVRM alleen. Dat privacyschendingen wel een doorwerking hebben ligt niet daaraan dat het privacyschendingen zijn, maar omdat zij tegelijkertijd eerlijk-proces-normen raken.

Maar waarom heeft het Hof voor die constructie gekozen? Dat voert terug naar de vraag of toch niet enige betekenis moet worden toegekend aan de aard van een privacyschending, in die zin dat bepaalde typen privacyschendingen, zoals die vaak worden vastgesteld bij bijzondere opsporingszaken, niet essentieel strafvorderlijk van aard zijn? Binnen het door het Hof gekozen beschermingsmechanisme – voor bescherming via transformatie van schendingen naar art. 6 EVRM-normen – lijkt de aard van de privacyschending geen rol van betekenis te spelen. Kan het echter zijn dat het Hof wel voor een tamelijk zwakke, indirecte beschermingsmechanisme heeft gekozen, juist omdat de type privacyschendingen die voortvloeien uit bijzondere opsporingstoepassingen in principe als licht worden aangemerkt, dus dat de aard van privacyschendingen die voortvloeien uit bijzondere opsporingstoepassingen bij die keuze wel bepalend zijn geweest?

De Hert komt in dat verband tot een interessante analyse van de (on)bereidwilligheid van het EHRM bepaalde, nieuwe onderzoeksmethoden die worden ingezet in het kader van veiligheid en terrorismebestrijding onder de beschermingssfeer van art. 8 EVRM te brengen. Bijzondere opsporingsmethoden kunnen worden aangemerkt als tweede generatie van onderzoeksbevoegdheden (na de eerste generatie van de klassieke strafvorderlijke onderzoeksbevoegdheden); een derde generatie is te herkennen in (niet noodzakelijkerwijs strafvorderlijke) methoden als:

> '(...) the use of data mining and post-hoc behavioural pattern analysis systems, whereby the use of ICT-based systems facilitates data collection and sharing between multiple sources in support of intelligence gathering' en (...) measures (...) to access individuals' personal data for purposes different from those for which the data were originally gathered, supplied and processed'.[169]

Ofwel, '(h)arsh investigation techniques' are replaced by softer versions that can be applied without knowledge of the persons observed'.[170] Waar het Hof op bepaalde typen technologische ontwikkelingen – zoals die op het terrein van de telecommunicatie, maar ook, zoals hierboven bleek, op algemene ontwikkelingen ten aanzien van persoonsgegevensbescherming – op 'dynamische' wijze heeft gereageerd, ziet De Hert een andere houding ten opzichte van de nieuwe methoden.

> 'The Court has been somewhat hesitant (...) in applying Article 8 to several forms of data processing (written data, biometrical data, visual data) in databases. Of course, it is precisely these practices that are central to most post-9/11 strategies'.[171] (...) 'Apparently the soft nature of contemporary surveillance and law enforcement strategies ('it does not hurt when enrolling in a biometrical scheme') accounts for the trouble of finding constitutional anchors to discuss it'.[172] '(...) (A) closer look reveals that there are in reality two tests. A test of strict scrutiny with regard to the harsher technologies and a more flexible test, made possible through the use of the 'margin of appreciation', for the softer technologies that are assessed within the framework of Article 8' (...) 'The Strasbourg institutions seem to find more and more difficulty in recognizing the fundamental nature of privacy and the plain fact that it does not require blood (but technology) to violate it. (...) Confidence in law enforcement combined with perceived users acceptance seemingly makes the Court unfit to apply its criteria and usual standards whenever softer techniques are used'.[173]

Ligt het dan toch aan de aard van de onderzoeksmethoden (en de specifieke type privacysfeer die zij raken), zelf dat het Hof niet voor sterkere doorwerking kiest, al dan niet via een alternatief beschermingsconstructie, zoals een rechtstreekse nalevingseis in art. 8 EVRM zoals door Buruma voorgesteld, of voor geïntegreerde verdragslezing, zoals door Loucaides en Tulkens wordt bepleit? Een antwoord is vooralsnog niet te formuleren op die vraag. Uit de hierboven omschreven rechtspraak blijkt niet dat 'nieuwere' typen privacyschendingen, zoals die vooral voortvloeien uit het persoonsgegevensbeschermingsconcept, op wezenlijke andere wijze worden beoordeeld dan privacyschendingen die veeleer onder het klassieke strafvorderlijke privacyconcept vallen. Het gaat

169 P. de Hert, a.w., p. 69.
170 Ibidem.
171 Ibidem, p. 74-75.
172 Ibidem, p. 86.
173 Ibidem, p. 89.

in die rechtspraak evenwel steeds om de toepassing van *bijzondere opsporingsbevoegdheden*. Het wachten is op een zaak waarin een 'harde', of 'klassieke' privacyschending tot bewijsgebruik heeft geleid, en het Hof wordt gevraagd zich daarover een oordeel te vormen.

Tot die tijd kan evenwel worden uitgegaan van bescherming via transformatie naar art. 6 EVRM-normen. Uitgaande van die beschermingsconstructie moet uiteindelijk worden geconcludeerd dat de strafvorderlijke privacybescherming niet volledig verloren is gegaan. De ruimte die er is voor betekenisvolle doorwerking van strafvorderlijke privacyschendingen mag wel klein zijn, zij is er wel. Van belang is evenwel dat nationale overheden, vooral gelet op de kritiek die ten aanzien van de rechtspraak van het Hof kan worden (en is) geuit, deze rechtspraak niet zondermeer overnemen, maar zien als basis waarop kan worden voortgebouwd. Gestreefd moet worden naar hogere standaarden: hier werkt het Hof met absolute minima.

4.5 Doorwerkingsmogelijkheden in de nationale regeling?

4.5.1 Herstelbare privacyschendingen

Dat onderdelen van de nationale regeling mogelijk vanuit het perspectief van het privacyrecht niet voldoen aan de legaliteitsstandaarden in art. 8 EVRM, kan ook wel als vaststaand worden beschouwd. De legaliteitstoetsing in art. 8 EVRM is zo strikt dat het welhaast gegeven is dat de wetgever niet steeds een afdoende regeling heeft bereikt.

Meer dan algemene beschouwingen kunnen dan ook niet worden gewijd aan de kwaliteit van de wettelijke regeling in dat verband. Over het algemeen moet worden gesteld dat de bestaande wettelijke grondslagen voor de verschillende bijzondere opsporingsbevoegdheden zeer concreet zijn uitgewerkt, vooral wat betreft de daarbij geldende procedurele waarborgen. Het uitwerkingsniveau voldoet algemeen aan de standaarden die door het EHRM worden gesteld aan wettelijke regelingen voor het afluisteren van telecommunicatie. De inbreuk die daarmee wordt gemaakt, wordt door het EHRM aangemerkt als zwaar, en de standaarden voor de wettelijke grondslag die daarvoor beschikbaar moeten zijn, zijn dan ook hoog. Waar van elke in de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden geregelde bevoegdheid kan worden gezegd dat de regeling voldoet aan dergelijke standaarden, is daarmee in principe een positief oordeel over de kwaliteit van de wettelijke grondslagen gegeven.

Een aantal kanttekeningen kan evenwel worden gemaakt. De bevoegdheden van de stelselmatige observatie en de stelselmatige inwinning van informatie zijn zeer ruim omschreven. Procedurele waarborgen zijn ook in die gevallen sterk, de vraag is echter of uit de wettelijke omschrijving van de bevoegdheden wel voldoende nadrukkelijk naar voren komt wat in het kader van de bijzondere opsporing is toegestaan.

Datzelfde geldt voor het fenomeen van het verkennend onderzoek als geregeld in art. 126gg WvSv, de omschrijving van de pro-actieve fase in de artikelen 132a en 126o WvSv en de mogelijkheden die de verschillende bijzondere opsporingsbevoegdheden verschaffen voor het maken van inbreuken op de persoonlijke levenssfeer van derden.

Bij alle toepassingen van bevoegdheden waarmee de persoonlijke levenssfeer van de verdachte kan worden betreden – bij de stelselmatige inwinning van informatie en infiltratievarianten is nog bezwaarlijk dat in de wet niet is uiteengezet in welke gevallen daarvan sprake is – ontbreekt in de wettelijke regeling (behoudens de bijzondere regeling voor de toepassing van bevoegdheden in de woning) een differentiatie naar gelang van de gevoeligheid van de privacysfeer. Dergelijke bevoegdheden worden veelal toegepast in het publieke domein, zij kunnen echter ook worden toegepast in woningen en andere beschermde plaatsen. Die mogelijkheid komt niet tot uitdrukking in de wet. Waar bescherming van de woning noopt tot een gedetailleerde regeling en strikte procedurele waarborgen, is de regeling op dat punt gebrekkig te noemen. Zeer wel is houdbaar dat een aparte wettelijke grondslag moet bestaan voor alle gevallen waarin via de bijzondere opsporing toegang kan worden verkregen tot de woning (of een geheimhouderskantoor) en dat daarbij de eis van voorafgaande rechterlijke machtiging wordt gesteld.

Ten aanzien van de privacybescherming in de sfeer van persoonsgegevens wordt de wettelijke grondslag voor de omgang met persoonsgegevens niet alleen verschaft door de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, maar door de Wet Politieregisters en de Wet Bescherming Persoonsgegevens. Via de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden is wel het gebruik in andere onderzoeken van, met behulp van bijzondere opsporingsbevoegdheden verkregen, gegevens in art. 126dd WvSv geregeld. Die bepaling had kunnen worden gelezen als de wettelijke grondslag voor verder gebruik. Door die bepaling evenwel te lezen als een instructienorm, gaat de Hoge Raad ervan uit dat de verdachte geen belang heeft bij de naleving van die regeling. In die lezing heeft art. 126dd WvSv niet de strekking het privacyrecht van de verdachte, bij het verdere gebruik van hem betreffende gegevens, te beschermen. Waar een basis daarvoor ook niet kan worden gevonden in overige wetten en regelingen ten aanzien van persoonsgegevensbescherming, is de wettelijke regeling op dit punt gebrekkig.

In het algemeen bestaat voorts de kans dat bepaalde opsporingstoepassingen die een (meer dan geringe) inbreuk op het privacyrecht van verdachten maken, niet als zelfstandige methode zijn erkend en daarmee niet zijn geregeld in de wet. De wetgever is uitgegaan van de door de PEC Van Traa in de praktijk aangetroffen methoden en heeft die methoden, weliswaar met een andere ordening dan voorgesteld door de PEC Van Traa, voorzien van een wettelijke basis. De kans bestaat ook – zoals ook in de Memorie van Toelichting bij de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden is erkend – dat het privacyrecht en de bijzondere opsporing zich in de toekomst nog zullen ontwikkelen,

waardoor nieuwe beschermingssferen en nieuwe inbreuken nog altijd kunnen ontstaan.[174] De wetgever is voornemens dergelijke ontwikkelingen vooral door de rechter te laten signaleren, om daarna zelf in te spelen op normeringsnoodzaken.

Tot slot geldt dat ook de rechter, door van onjuiste kaders uit te gaan, art. 8 EVRM kan veronachtzamen. Te signaleren valt dat de nationale rechter niet steeds een inbreuk op het privacyrecht aanneemt waar hij dat wel zou moeten doen, of onvoldoende gewicht toekent aan aard en ernst van bepaalde inbreuken. Zo heeft de Hoge Raad de nuancering van het *Lüdi*-criterium vooralsnog niet overgenomen.[175] Nog altijd gaat de Hoge Raad er (teveel) vanuit dat privacybescherming in het publieke domein niet bestaat. Bij overtreding van de nationale regeling is de uitkomst van die aanname dat het er niet toe doet of een bevel is aangevraagd en in hoeverre de termen van dit bevel in acht zijn genomen, omdat het privacyrecht niet in het geding en een bevel daardoor ook niet noodzakelijk was. Ingeval zonder bevel wordt gehandeld maar de rechter de inbreuk gering acht, kan de niet-naleving van de wet weer worden gerelativeerd.[176] De rechter gaat er dan vanuit dat een algemeen wettelijke grondslag (in de privacysfeer steeds te vinden in art. 2 Politiewet 1993 of in de artikelen 141 en 142 WvSv) voldoende was voor de toepassing.

Hoe dan ook, ondanks dat alle bovengenoemde gevallen kunnen leiden tot een schending van het privacyrecht, kan deze alleen een betekenisvolle doorwerking hebben in de context van de strafvervolging voor zover tevens een art. 6 EVRM-norm in het geding is. Wanneer de wettelijke regeling gebrekkig zou zijn in het licht van de legaliteitsstandaarden in art. 8 lid 2 EVRM, maar wel wordt nageleefd, is de doorwerking bijzonder zwak, tenzij de betrouwbaarheidsnorm (of een andere art. 6 EVRM-norm) wordt geraakt. Wanneer dat de

174 Met het oog op die mogelijkheid is tijdens het wetgevingsproces bij de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden voorgesteld een 'vangnet' bepaling op te nemen in de wet. Daarvan is afgezien, met name onder de redenering dat voor zover sprake zou zijn van nieuwe, wettelijke regeling eisende maatregelen, de wetgever de taak heeft om voor een aparte wettelijke regeling daarvan zorg te dragen.

175 HR 20 april 2004, NJ 2004, 525, r.o. 3.3.: '(h)etgeen door het Hof feitelijk is vastgesteld komt erop neer dat, overigens gedurende een korte tijd, door middel van camera's gedragingen van de verdachte die zich in het openbaar afspeelden, zijn waargenomen. In het oordeel van het Hof dat de persoonlijke levenssfeer van de verdachte niet is aangetast, ligt besloten dat die waarneming geen betrekking had op een situatie waarin de verdachte mocht verwachten onbevangen zichzelf te kunnen zijn. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting, terwijl het, ook in het licht van het gevoerde verweer, niet onbegrijpelijk is. Het draagt de verwerping van het verweer zelfstandig, zodat buiten beschouwing kan blijven hetgeen het Hof ter verwerping van het verweer daarenboven nog heeft overwogen. Onjuist is de kennelijk mede aan het verweer en het middel ten grondslag liggende opvatting dat de enkele omstandigheid dat hier sprake zou zijn van een op een ontoereikende wettelijke basis steunend (permanent) cameratoezicht reeds zou meebrengen dat genoemde waarneming een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte oplevert'.

176 Hof Den Haag, 13 december 2002, NJ 2003, 220.

nationale regeling niet is nageleefd omdat de rechter van een onjuiste interpretatie is uitgegaan, levert dat weer een herstelbare onrechtmatigheid op.

4.5.2 Onherstelbare privacyschendingen

Bevat het nationale recht onderdelen die verlof geven tot privacyschendingen die disproportioneel zijn, niet alleen in de context van art. 8, maar ook in de context van art. 6 EVRM? Staat het nationale recht toe dat privacyschendingen die neerkomen op schending van het recht op rechtsbijstand als bedoeld in art. 6 EVRM en op die basis – al dan niet in conjunctie met de proportionaliteitsregel – een fatale doorwerking zouden kunnen hebben?

Staat de wettelijke regeling disproportionele privacyinbreuken toe? Uit de aard van de proportionaliteitsregel volgt dat ook hier als vaststaand kan worden beschouwd dat die mogelijkheid altijd wel aanwezig is. De proportionaliteit van een inbreuk is immers steeds afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Een in principe lichte inbreuk kan disproportioneel worden wanneer voor de inbreuk geen aanleiding bestaat.

Zijn er onderdelen van de wettelijke regeling die bij voorbaat risicovol moeten worden geacht in het licht van de proportionaliteitstoetsing, in die zin dat zij te vergaande inbreuken toestaan?

Met de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden is een wettelijke basis gecreëerd voor het, gedurende lange periodes, houden van strafvorderlijk toezicht op bepaalde (groepen) personen. Niet alleen kan actief strafvorderlijk onderzoek (met de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden) langdurig worden verricht, maar ook kan informatie over deze personen langdurig worden bewaard, met het oog op toekomstig gebruik.

De wet stelt bovendien geen concrete beperkingen ten opzichte van de intensiteit van de inbreuken die kunnen worden gemaakt op de persoonlijke levenssfeer. Bij het privacyrecht gangbare differentiaties in de gevoeligheid van verschillende soorten ruimtes (woning, kantoor, voertuig) en het correspondentierecht zijn in de wet verwerkt. Inbreuken in de sfeer van (vertrouwelijke) (tele)communicatie zijn aan stringente voorwaarden gekoppeld. Ten aanzien van direct afluisteren in woningen heeft de nationale wetgever bovendien zelf een grens gesteld: de toepassing van die methode (die kennelijk in het Verenigd Koninkrijk niet bezwaarlijk wordt geacht) is in het nationale recht uitgesloten. Datzelfde geldt voor andere vormen van technische registraties van de binnenzijde van woningen.

Via de inzet van menselijke waarnemers in de vorm van (stelselmatige) informanten en infiltranten kan echter niet alleen toegang tot de woning worden verkregen, maar ook kan de burger in de gevoelige relationele sfeer

worden geraakt. De wet verbiedt bijvoorbeeld niet een verdachte te misleiden door met hem een intieme relatie aan te gaan.

Tot slot: de bijzondere opsporing is tot ontwikkeling gekomen in de context van de georganiseerde criminaliteitsbestrijding. De wettelijke regeling is getroffen vanuit het perspectief dat de bijzondere opsporing in dat verband noodzakelijk is. De reikwijdte van de wettelijke regeling is echter zodanig dat deze ook bij andere vormen van criminaliteit kan worden ingezet. Een heldere afbakening naar de bedoelde criminaliteitssoort is immers in de wet niet gegeven. Bijzondere opsporingsbevoegdheden kunnen daardoor gemakkelijk bij onderzoeken worden ingezet die niet kunnen worden geacht te vallen onder de categorie van georganiseerde criminaliteit. Waar bijzondere opsporing ook kan worden ingezet bij strafbare feiten die gewoonweg niet ernstig genoeg zijn, kan de proportionaliteit worden aangetast. Het is echter moeilijk om een grens te trekken: wanneer is een strafbaar feit ernstig genoeg om bijzondere opsporing te rechtvaardigen?

Van belang is voorts dat in de nationale wettelijke regeling op tal van plaatsen niet alleen proportionaliteits-, maar ook subsidiariteitsvoorwaarden zijn verwerkt. In de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden wordt uitgegaan van een oplopende schaal van ernst van de inbreuken die door de verschillende opsporingsbevoegdheden *in abstracto* worden teweeggebracht. De telefoontap en het opnemen van vertrouwelijke communicatie worden, '(...) gelet op het indringende en geheime karakter'[177] daarvan, opgevat als zwaarder dan andere vormen van inbreuken. De grotere ernst van dergelijke inbreuken is in de wet verwerkt door de invoering van navenant zwaardere voorwaarden en procedurele eisen. Toepassing van de telefoontap en direct afluisteren is alleen mogelijk bij 'zeer zware misdrijven' en met een voorafgaande rechterlijke machtiging. De toepassing van de bevoegdheden is aan een termijn gebonden en gekoppeld aan een notificatieplicht achteraf.[178] De bevoegdheden mogen alleen worden toegepast indien het onderzoek het 'dringend vordert'.

De verschillen in de ernst van de inbreuken zijn aldus vooral gekoppeld aan procedurele waarborgen en proportionaliteitseisen. De striktheid van de bij een bevoegdheid aan te houden proportionaliteitstoetsing wordt enerzijds bepaald door het gebruik van de volgende terminologie. Sommige bevoegdheden kunnen reeds 'in het belang van het onderzoek' van het onderzoek worden toegepast, de zwaardere alleen 'indien het onderzoek dit dringend vordert'. Een nadere proportionaliteitsbeperking zit in de – in het nationale recht gangbare – koppeling aan de strafmaxima bij onderzochte delicten. Zo

177 Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, Kamerstukken II, vergaderjaar 1996-1997, p. 11.

178 De notificatieplicht wordt gekoppeld aan het recht op een effectieve remedie in de zin van art. 13 EVRM: '(h)oewel een dergelijke mededelingsplicht niet zonder meer uit artikel 13 EVRM voortvloeit, kan zij als een geëigende invulling worden gezien van het in dit artikel vastgelegde recht op een 'effective remedy before a national authority'. Ibidem.

kan de toepassing in bepaalde gevallen gerechtvaardigd zijn bij een verdenking van misdrijven, in andere gevallen is een verdenking vereist van een misdrijf als omschreven in art. 67 eerste lid, in weer andere gevallen moet er sprake zijn van een 'misdrijf als omschreven in art. 67, eerste lid, dat gezien (...) (de) aard of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert'. Ingeval van pro-actieve opsporing geldt dat de toepassing alleen mogelijk is 'indien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden voortvloeit dat in georganiseerd verband misdrijven als omschreven in artikel 67, eerste lid, worden beraamd of gepleegd die gezien hun aard of de samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerde verband worden beraamd of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren'.

Dergelijke wettelijke begrenzingen zullen extreme toepassingen moeten voorkomen, waardoor proportionaliteitsproblemen zich niet snel zullen voordoen.

Alle in het nationale recht geregelde bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn door het Hof – via de fiattering van vergelijkbare bevoegdheden in de sfeer van andere nationale stelsels – in principe als acceptabel aanvaard. Absolute grenzen zijn door het Hof wel gegeven, maar niet op het terrein van de privacy.

Het doel van de criminaliteitsbestrijding geeft aan nationale overheden een ruime beoordelingsmarge ten aanzien van wat in de nationale context noodzakelijk is. Het Hof zal zich niet snel mengen in dergelijke keuzes en beperkt zich veelal tot een toetsing van de kwaliteit van de wettelijke grondslagen voor de in het nationale recht mogelijk gemaakte maatregelen. Een proportionaliteitsschending zal zich alleen incidenteel voordoen; dat zulks reeds tot bezwaren zal leiden in de nationale context is waarschijnlijk. De kans dat een proportionaliteitsschending doorwerkt in de strafvervolging is ook gering: privacyinbreuken worden zelden disproportioneel geacht en disproportionele inbreuken zullen zich daarom niet snel voordoen.

4.6 Stringente toetsing bij betrokkenheid bij inbreuken van geheimhouders

Concreter zijn de grenzen die in acht dienen te worden genomen in de sfeer van de geheimhoudingsrelatie tussen een verdachte en zijn raadsman. Waar een privacyschending in die sfeer veelal via de proportionaliteitsvoorwaarde (in art. 8 EVRM) zal worden aangenomen, kan een dergelijke onrechtmatigheid ook via een andere art. 6 EVRM-norm dan de proportionaliteitsregel doorwerken, namelijk via het recht op rechtsbijstand. Dat recht heeft een zeer sterke werking binnen het verdrag, en aspecten daarvan kunnen mogelijk gelden als absolute norm, in dezelfde zin als het zwijgrecht en het uitlokverbod. Een

privacyschending in de geheimhoudingssfeer kan daarom zeer wel doorwerken in een strafvervolging.

4.6.1 De klassieke sterke bescherming van de geheimhoudingsrelatie in het nationale recht, nuancering daarvan

Niet alleen in het verdrag, maar ook in de nationale recht wordt de vertrouwelijke relatie tussen de verdachte en zijn raadsman traditioneel zeer stringent bewaakt. Dat komt in het nationale recht in verschillende wettelijke regelingen tot uitdrukking: in het verschoningsrecht voor de raadsman, in zijn wettelijke geheimhoudingsplicht, maar ook in de beperkingen die worden gesteld aan de toepassing van dwangmiddelen in het geval die toepassing inbreuk maakt op de geheimhoudingssfeer. Bij de invoering van het wetboek van strafvordering van 1926 werd, ondanks het streven te komen tot een meer *pro reo* wetboek, een duidelijke grens gesteld aan de mate van rechtsbescherming die de verdachte zou moeten genieten. Die grens was bereikt wanneer de rechtsbescherming de materiële waarheidsvinding, het hoofddoel van het strafproces, zou kunnen verstoren. Alleen in één geval werd ten aanzien van een rechtsbeschermende norm aangenomen dat deze boven het doel van materiële waarheidsvinding kon worden gesteld. Die rechtsbescherming betrof de bescherming van de vertrouwelijke relatie tussen de verdachte en zijn raadsman.[179]

Er valt evenwel waar te nemen dat de absoluutheid van de bescherming van de vertrouwelijke relatie of de geheimhoudingssfeer in het nationale recht wordt genuanceerd. De Hoge Raad stelde zich bij doorzoeking en inbeslagneming bij geheimhouders steeds strikt op, doch verzette zich daar niet absoluut tegen. Uiteindelijk is een eigen normatief kader tot ontwikkeling gekomen voor de toepassing van dergelijke dwangmiddelen bij geheimhouders.[180] In 2001 ging de Hoge Raad tot cassatie over in een geval waarin het Hof het openbaar ministerie niet-ontvankelijk had verklaard wegens een onrechtmatige doorzoeking en inbeslagneming bij een geheimhouder. Het Hof had geoordeeld dat een 'zeer belangrijk rechtsbeginsel (...) in ernstige mate is geschonden'. De Hoge Raad meende dat het Hof niet was uitgegaan van de juiste maatstaf voor de niet-ontvankelijkheid (het Zwolsman-criterium). In deze zaak deed zich geen schending voor van een regel waarvan de naleving zo essentieel is, dat niet het verdedigingsbelang, maar de benadeling van het algemeen

179 A. Krikke, De rechtsgrond van de bewijsuitsluiting in strafzaken, In: E.A. de la Porte e.a. (Red.) Bij de stand van zaken. Opstellen aangeboden aan A.L. Melai, Gouda Quint BV, Arnhem, 1983, p. 282.

180 Dat in de rechtspraak van de Hoge Raad ontwikkelde kader is als blauwdruk gebruikt voor de regeling van de voeging van via bijzondere opsporingsbevoegdheden verkregen 'geheimhoudersinformatie' aan het procesdossier. Zie art. 126aa WvSv en het Besluit bewaren en vernietigen niet gevoegde stukken.

belang de basis vormt voor het verlies van het vervolgingsrecht.[181] Die uitspraak van de Hoge Raad nuanceert in sterke mate de status van de geheimhoudingsrelatie.

Met de invoering van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden werd de betekenis van de geheimhoudingsrelatie wederom genuanceerd, ditmaal door de wetgever. Met de invoering van art. 126aa WvSv en het daaraan gekoppelde Besluit bewaren en vernietigen niet gevoegde stukken[182] werd de bescherming van de vertrouwelijke relatie tussen de verdachte en zijn raadsman in belangrijke mate verzwakt. Met de regeling wordt voorzien in een normatief kader, dat in grote mate overeenstemt met het jurisprudentiële kader dat tot ontwikkeling is gebracht in de context van de toepassing van dwangmiddelen bij geheimhouders. Daarin worden regels gegeven met betrekking tot de wijze waarop met in het onderzoek ingestroomde geheimhoudingsinformatie, oftewel, mededelingen gedaan door of aan geheimhouders waaromtrent zij zich zouden kunnen verschonen en waaromtrent zij een geheimhoudingsplicht hebben, dient te worden omgegaan.

Ook vóór de wettelijke regeling van de bijzondere opsporing was er bij opsporingsonderzoeken veelal de kans aanwezig dat – onbedoeld – geheimhoudersinformatie in het onderzoek zou kunnen instromen. Althans, die kans was aanwezig ingeval er telecommunicatie werd afgeluisterd. De daarbij geldende regel was duidelijk: art. 125h (oud) WvSv dwong tot de onverwijlde vernietiging van via een telefoontap binnengekomen geheimhoudersinformatie.

De nieuwe regeling brengt een aantal belangrijke veranderingen met zich mee. In de eerste plaats is de bevoegdheid tot het afluisteren van telecommunicatie met de invoering van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden aanzienlijk verbreed. Hoe breder de bevoegdheid tot het afluisteren van telecommunicatie is, hoe groter de kans dat een geheimhoudingsgesprek wordt geregistreerd. In de tweede plaats kan geheimhoudersinformatie ook via de toepassing van andere bijzondere opsporingsbevoegdheden dan het afluisteren van telecommunicatie worden geregistreerd in het onderzoek. Dat vergroot wederom de kans dat geheimhoudingsinformatie in het onderzoek terechtkomt. In de derde plaats, en belangrijker, lijkt de huidige wettelijke regeling in art. 126aa WvSv en het Besluit Bewaren en vernietigen niet gevoegde stukken te impliceren dat vernietiging van geheimhoudersinformatie niet (onverwijld) verplicht is. De regeling voorziet immers ook in de mogelijkheid dat informatie die via de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden is verkregen, wordt toegevoegd aan het dossier. Wil dat gebeuren, dan moet een lid van de Orde van Advocaten worden geraadpleegd (om te bepalen of bepaalde informatie al dan niet onder de geheimhoudingsplicht valt) en een machtiging

181 HR 3 juli 2001, nr. 00552/00, r.o. 3.5-3.6.

182 Besluit van 15 december 1999, houdende regels ter uitvoering van de artikelen 126aa, tweede lid, en 126cc, vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering (Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken, Staatsblad 1999, 548).

worden verkregen van de rechter-commissaris. Dat veronderstelt dan weer dat die informatie beschikbaar blijft, incluis de onderdelen daarvan die onder de geheimhoudingsplicht vallen. Onduidelijk is bovendien of technische registraties van geheimhoudersgesprekken steeds dienen te worden uitgeluisterd en geverbaliseerd – zodat bepaald kan worden of ervan gesprekken sprake is die onder de geheimhoudingsrelatie vallen – of juist niet.

De nuancering van de bescherming van de vertrouwelijke relatie tussen een verdachte en zijn raadsman kan grofweg aldus worden omschreven. De raadsman wordt thans los bezien van zijn geheimhoudingsplicht.[183] Dat wil zeggen, gesprekken die hij voert, ook met zijn cliënt, die niet onder zijn wettelijke beschermde geheimhoudingsplicht vallen, kunnen in een onderzoek worden betrokken. Die loskoppeling introduceert echter een brede marge voor fouten: wie bepaalt immers wat onder de geheimhoudingsplicht valt?

Hoe dan ook: de regeling van art. 126aa WvSv en het Besluit bewaren en vernietigen niet gevoegde stukken was in ieder geval dermate onduidelijk dat in zich in de praktijk, snel na de inwerkingtreding van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, ongerijmdheden voordeden die ernstig genoeg waren om het College Bescherming Persoonsgegevens te brengen tot een bijzonder negatief oordeel over die praktijk en tot het advies om de regeling te wijzigen.[184]

De ongerijmdheden leidden er ook toe dat 113 Nederlandse advocaten zich tot het Straatsburgse Hof wendden – in *Aalmoes v. Nederland* – voor een beoordeling van de situatie onder de nieuwe wettelijke regeling en de toepassing daarvan in de praktijk. Het Hof verklaarde die klacht niet-ontvankelijk en leek daarmee de (wettelijke) regeling en de toepassing algemeen te fiatteren.[185]

Vanwege van een aantal bijzonderheden in die zaak kan evenwel een dergelijke conclusie niet worden getrokken. Die uitspraak betekent in ieder geval niet dat bij het gebruik van bewijs dat via een privacyschending in de geheimhoudingssfeer is verkregen de eerlijkheid van een strafvervolging niet kan worden aangetast. Dat volgt overigens niet uit de *Aalmoes* uitspraak, maar uit de lange en sterke traditie in de rechtspraak, waarin het EHRM bijzonder zich bijzonder strikt opstelt op het terrein van de bescherming van de vertrouwelijke relatie tussen de verdachte en zijn raadsman.

183 Zie ook art. 1 lid 2 Wet Melding Ongebruikelijke Transacties, waarin een definitie wordt gegeven van de werkzaamheden van de raadsman die worden geacht te vallen onder zijn geheimhoudingsplicht en waarover hij niet meldingsplichtig is.

184 College bescherming persoonsgegevens, Onderzoek naar de waarborging van de vertrouwelijke communicatie van advocaten bij de interceptie van telecommunicatie, juli 2003.

185 EHRM 25 november 2004, *Aalmoes e.a. v. Nederland*, Appl.nr.: 16269/02.

4.6.2 Stringente toetsing in de geheimhoudingssfeer in de Straatsburgse rechtspraak

Die uitspraak van het EHRM in *Aalmoes* lijkt in te druisen tegen de voorzichtige en strikte lijn die het Hof gewoonlijk aanhoudt wanneer het gaat om geheimhouders. Veilig is te stellen dat het EHRM een bijzonder strikte toetsing aanhoudt wanneer bij een verdragsinbreuk de vertrouwensrelatie tussen verdachten en hun advocaten in geding is. De basis voor die striktere toetsing is duidelijk te herleiden tot de uitstralende werking (naar de sfeer van andere verdragsrechten) die het recht op rechtsbijstand als bedoeld in art. 6 lid 1 en lid 3 onder EVRM heeft.

1) Het recht op rechtsbijstand in art. 6 EVRM

Het recht op rechtsbijstand manifesteert zich op verschillende wijzen in art. 6 EVRM. Het recht is allereerst uitdrukkelijk opgenomen in art. 6 lid 1 onder (c) EVRM. Op die basis worden klachten behandeld (1) inzake het niet toekennen van (gratis) rechtsbijstand,[186] (2) in de context van het recht op een rechtsbijstand in de zin van de vrije keuze voor een bepaalde raadsman[187] of (3) inzake tekortschietend optreden van advocaten, en de – sterke – positieve verplichtingen die voor nationale overheden bestaan bij gebrekkige rechtsbijstand in te grijpen.[188]

Het recht op rechtsbijstand werkt ook door in het recht op toegang als bedoeld in art. 6 lid 1 EVRM. Wanneer belemmeringen worden opgeworpen

186 Zie: EHRM 12 april 2005, *Whitfield e.a. v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nrs.: 46387/99, 48906/99, 57410/00 en 57419/00, waarin de 'adjudictaing body' bij de vervolging van verzoekers, allen gedetineerden, had besloten dat '(...) legal representation for each applicant's adjudication hearing was unnecessary' en dat, in geval van een van de verzoekers, het ook niet noodzakelijk was geweest dat hij zijn raadman voor de zitting kon raadplegen. Het Hof nam, met verwijzing naar de uitspraak in *Ezeh and Connors* (waarin de tuchtrechtelijke vervolging van gedetineerden onder het begrip van de strafvervolging werd gebracht), in alle gevallen een schending van art. 6 lid 3 onder c EVRM aan. Zie ook in dat verband: EHRM 6 juli 2005, *Lloyd e.a. v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nrs.: 29798/96 (...) en EHRM 15 juni 2004, *Thompson v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nr.: 36256/97.

187 Zie: EHRM 6 juli 2005, *Mayzit v. Rusland*, Appl.nr.: 63378/00, waarin verzoeker klaagde over schending van art. 6 lid 3 onder c EVRM omdat aan hem (nadat hij acht raadslieden, zijn inziens '*werewolves*', had afgewezen) een raadsman was toegekend die hij niet wilde (die hij een '*dummy*' achtte) en wiens optreden hij bovendien als '*inefficient*' kwalificeerde. Daardoor had hij zich niet kunnen laten verdedigen, zoals hij wel wilde, door familieleden. De rechter had dat verzoek afgewezen, (waardoor de rechter '*insane*' moest zijn, aldus verzoeker) vanwege de complexiteit van de zaak en het ontbreken van de nodige vaardigheden bij die familieleden. Het Hof nam geen schending aan, kort gezegd, vooral omdat het recht op een raadsman van eigen keuze niet absoluut is en hier goede gronden waren om zijn keuze niet in te willigen. Het stond verzoeker dan ook vrij zijn eigen verdediging te voeren, of een advocaat van zijn keuze aan te wijzen.

188 Zie: EHRM 10 januari 2003, *Czekalla v. Portugal*, Appl.nr.: 38830/97.

bij de raadpleging van raadslieden, kan dat worden opgevat als een belemmering op het recht op toegang.[189]

In de derde plaats keert het aspect van rechtsbijstand bij de beoordeling van de eerlijkheid van procedures steeds terug als één van de compenserende waarborgen die beperkingen op andere deelrechten van art. 6 EVRM kunnen opheffen. Waar beoordeeld wordt of een bepaalde beperking voldoende is gecompenseerd, zodat de eerlijkheidsbalans uiteindelijk hersteld kan worden geacht, speelt het gegeven dat de verdachte bij het proces rechtsbijstand heeft genoten een belangrijke rol. In die zin heeft het recht op rechtsbijstand juist een negatieve werking: een eerlijkheidsgebrek kan mede opgeheven worden doordien de verdachte bijstand genoot van een raadsman en daardoor in staat was om geadstrueerd verweer te voeren op de door hem wenselijke geachte punten. Het meest negatief is de werking van het recht wanneer de verdachte zijn procesrechten in onvoldoende mate heeft geactiveerd en daardoor rechtsverwerking plaatsvindt. Dat laatste is vooral aan de orde wanneer de verdachte rechtsbijstand genoot: dan komen verzuimen met name voor rekening van de verdediging. Omgekeerd zal het zo zijn dat, wanneer de verdachte geen rechtsbijstand genoot of dit apert gebrekkig was, sprake zal zijn van onvoldoende waarborgencompensatie.

2) De uitstralende werking van het recht op rechtsbijstand naar andere verdragssferen

Het recht op rechtsbijstand heeft niet alleen op verschillende wijzen een werking binnen art. 6 EVRM, maar heeft ook een uitstralende werking naar andere verdragssferen. In *Steur v. Nederland* werd een schending van art. 10 EVRM aangenomen, mede vanwege het *chilling effect*[190]dat de in die zaak opgelegde beperking op de vrijheid van meningsuiting zou kunnen hebben op de onbelemmerde rechtsbijstand in het algemeen. De tuchtrechtelijke veroordeling van een advocaat voor belediging van een opsporingsambtenaar door middel van een namens zijn cliënt gevoerd verweer omtrent onrechtmatig handelen door die ambtenaar werd door het Hof afgekeurd. Wanneer dergelijke beperkingen worden opgelegd aan advocaten, zou dat mogelijk een *chilling effect* kunnen hebben op advocaten, die zich na bestraffing voor hun uitlatingen, mogelijk beknot kunnen gaan voelen bij het voeren van hun verdediging,

189 EHRM 21 februari 1975, *Golder v. Het Verenigd Koninkrijk*, Series A, 18.

190 De *chilling effect* doctrine, die in 's Hofs rechtspraak met name wordt betrokken bij de beoordeling van inbreuken op art. 10 of art. 11 EVRM, waarin respectievelijk de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van vereniging en vergadering worden beschermd. Een '*chilling effect*' komt erop neer dat een beperkende maatregel zulke verregaande gevolgen kan hebben dat niet alleen het direct betrokken individu wordt geraakt, maar alle burgers die zich in vergelijkbare omstandigheden bevinden. Ook zij worden dan '*deterred*' in de uitoefening van het recht. De inbreuk die een *chilling effect* heeft, gaat dus zo ver dat het in het algemeen het genot van het desbetreffende recht kan bevriezen.

hetgeen een fataal effect zal kunnen hebben op de effectieve verwezenlijking van het recht op rechtsbijstand als bedoeld in art. 6 EVRM.[191]

3) De uitstralende werking van het recht op rechtsbijstand naar de sfeer van art. 8 EVRM

De striktheid van de toetsing privacyinbreuken waarbij geheimhoudingsinformatie is betrokken, is wel begrijpelijk. In deze context schiet de term 'privaat' welhaast te kort: de relationele sfeer tussen de verdachte en zijn raadsman, waarbinnen zeer gevoelige informatie moet kunnen worden uitgewisseld, wordt beheerst door extreme vertrouwelijkheid.

In *Lambert v. Frankrijk*, waarbij schending van art. 8 EVRM werd aangenomen, voltrok de schending zich in een geheimhoudingscontext.[192] In *Niemietz v. Duitsland* werd in het kader van een *NN*-onderzoek, ten behoeve van het achterhalen van de identiteit van de verdachte in een beledigingszaak, het advocatenkantoor van verzoeker doorzocht. Niemietz klaagde over schending van onder andere art. 8 EVRM.[193] Bij de beoordeling van de vraag of hier sprake was van een inbreuk op het privé-leven en de woning, liet het Hof de hoedanigheid van Niemietz als geheimhouder uitdrukkelijk *niet* meewegen:

> 'In arriving at its opinion that there had been an interference with Mr Niemietz's "private life" and "home", the Commission attached particular significance to the confidential relationship that exists between lawyer and client. The Court shares the Government's doubts as to whether this factor can serve as a workable criterion for the purposes of delimiting the scope of the protection afforded by Article 8. Virtually all professional and business activities may involve, to a greater or lesser degree, matters that are confidential, with the result that, if that criterion were adopted, disputes would frequently arise as to where the line should be drawn'.[194]

De uitkomst was dus dat de bescherming van art. 8 EVRM, kort gezegd, werd uitgebreid naar alle bedrijfsruimten. Niet werd gezegd dat bedrijfsruimten

---

191 Denkbaar is zeker dat structurele strafvorderlijke inbreuken waarbij geheimhoudersinformatie met gemak de weg kan vinden naar een strafdossier, uiteindelijk ook een *chilling effect* kunnen hebben, ook één die door kan werken naar het recht op rechtsbijstand in art. 6 EVRM. Daar zou dan sprake zijn van een privacyaantasting die wel kan doorwerken, omdat dan simultaan een art. 6 EVRM eis wordt geraakt.

192 EHRM 24 augustus 1998, *Lambert v. Frankrijk*, Reports 1998-V.

193 Interessant was zijn nadere klacht op basis van art. 1 Protocol 1 EVRM, ofwel het eigendomsrecht. Zijn redenering daarbij was dat 'by impairing his reputation as a lawyer', de doorzoeking zijn eigendomsrecht had aangetast. Het Hof wees de mogelijkheid van dat effect niet af, maar onthield zich van toetsing op de volgende basis: '(h)aving already taken into consideration, in the context of Article 8 (art. 8), the potential effects of the search on the applicant's professional reputation (see paragraph 37 above), the Court agrees with the Commission that no separate issue arises under Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1)'. *Niemietz v. Duitsland*, *supra*, noot 41, § 40.

194 *Niemietz v. Duitsland*, *supra*, noot 41, § 28.

van geheimhouders *niet* onder de bescherming van de bepaling vallen, maar dat bedrijfspanden in het algemeen beschermd dienen te worden.

Bij de beoordeling van de inbreuk op het correspondentierecht speelde de hoedanigheid van de geheimhouder wel een rol van betekenis:

> '(t)o the above-mentioned general considerations, which militate against the view that Article 8 is not applicable, must be added a further factor pertaining to the particular circumstances of the case. The warrant issued by the Munich District Court ordered a search for, and seizure of, "documents" – without qualification or limitation – revealing the identity of Klaus Wegner (...). Furthermore, those conducting the search examined four cabinets with data concerning clients as well as six individual files (...); their operations must perforce have covered "correspondence" and materials that can properly be regarded as such for the purposes of Article 8. In this connection, it is sufficient to note that that provision does not use, as it does for the word "life", any adjective to qualify the word "correspondence". And, indeed, the Court has already held that, in the context of correspondence in the form of telephone calls, no such qualification is to be made (...). Again, in a number of cases relating to correspondence with a lawyer (...) the Court did not even advert to the possibility that Article 8 might be inapplicable on the ground that the correspondence was of a professional nature'.

Zelfs waar erkend kan worden dat bepaalde correspondentie, wegens de professionele aard daarvan, van privacybescherming zou kunnen worden uitgesloten, valt professionele correspondentie in de *geheimhoudingssfeer*, wel onder het bereik van die bescherming. De geheimhoudingsplicht van verzoeker speelde daarnaast bij de proportionaliteitsoverweging een rol.

> 'It is true that the offence in connection with which the search was effected, involving as it did not only an insult to but also an attempt to bring pressure on a judge, cannot be classified as no more than minor. On the other hand, the warrant was drawn in broad terms, in that it ordered a search for and seizure of "documents", without any limitation, revealing the identity of the author of the offensive letter; this point is of special significance where, as in Germany, the search of a lawyer's office is not accompanied by any special procedural safeguards, such as the presence of an independent observer. More importantly, having regard to the materials that were in fact inspected, the search impinged on professional secrecy to an extent that appears disproportionate in the circumstances; it has, in this connection, to be recalled that, where a lawyer is involved, an encroachment on professional secrecy may have repercussions on the proper administration of justice and hence on the rights guaranteed by Article 6 of the Convention. In addition, the attendant publicity must have been capable of affecting adversely the applicant's professional reputation, in the eyes both of his existing clients and of the public at large'.

In de proportionaliteitsafweging stond de breedheid van de afgegeven machtiging tegenover de ernst van het delict. De balans sloeg door naar een schending omdat de inbreuk zich had voltrokken in een geheimhouderscontext. In die context verlangt het Hof dat meer dan de gebruikelijke waarborgen

worden geboden, zoals de aanwezigheid van een onafhankelijke derde bij het onderzoek. Cruciaal was dat de geheimhoudingsverplichting van Niemietz onevenredig werd aangetast. Daarmee steeg de betekenis van de inbreuk boven de context van art. 8 EVRM uit. Door de bijzondere aard van de inbreuk kon immers ook het recht op rechtsbijstand als bedoeld in art. 6 EVRM worden aangetast.

Merkwaardig is daarbij dat de werking van het recht op rechtsbijstand – vervat in art. 6 EVRM – kan doorwerken in de sfeer van een proportionaliteitsbeoordeling in het kader van art. 8 EVRM, zonder dat sprake behoeft te zijn van een concrete aantasting van het eerste recht. Het Hof anticipeert als het ware daarop: reeds de gevaarzetting van het recht op rechtsbijstand is voldoende voor de aanname van een schending in een andere sfeer.

Dat doet vermoeden dat directe aantastingen van het recht op rechtsbijstand door het Hof nog ernstiger zullen worden opgevat. In *S. v. Zwitserland*,[195] waarin een direct beroep werd gedaan op art. 6 lid 3 onder (c) EVRM, was het Hof daarover inderdaad stellig. Onder andere klaagde verzoeker dat er toezicht was gehouden op zijn gesprekken met zijn raadsman, waardoor zijn recht op ongestoorde communicatie was beknot. De overheid voerde aan dat het hier niet ging om een absoluut recht en dat de buitengemeen grote gevaarlijkheid van de verdachte en het gevaar van collusie de beperking op diens privacy rechtvaardigde. Het Hof beoordeelde de klacht aldus: '(t)he Court notes that, unlike some national laws and unlike Article 8 para. 2 (d) of the American Convention on Human Rights, the European Convention does not expressly guarantee the right of a person charged with a criminal offence to communicate with defence counsel without hindrance'. Het Hof stelde echter vast dat het recht wél uitdrukkelijk aanwezig is in andere bronnen dan het EVRM[196] en derhalve niet alleen in art. 6 lid 3 onder (c), maar ook in de algemene eerlijkheidsnotie kon worden ingelezen:

---

195 EHRM 25 oktober 1991, *S. v. Zwitserland*, A, 220.

196 Binnen de context van de Raad van Europa werd het recht gevonden in art. 93 van de *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (geannexeerd bij Resolutie (73) 5 van het Committee van Ministers), waarin onder andere is bepaald dat '(i)nterviews between the prisoner and his legal adviser may be within sight but not within hearing, either direct or indirect, of a police or institution official'. Tevens werd het recht gevonden in de European Agreement Relating to Persons Participating in Proceedings of the European Commission and Court of Human Rights, dat bindend is voor niet minder dan twintig lid-staten, waaronder Zwitzerland, vanaf 1974, en waarin, in art. 3 paragraaf 2, wordt bepaald dat '(a)s regards persons under detention, the exercise of this right (the right 'to correspond freely with the Commission and the Court' – see paragraph 1 of the Article) shall in particular imply that: (...) c. such persons shall have the right to correspond, and consult out of hearing of other persons, with a lawyer qualified to appear before the courts of the country where they are detained in regard to an application to the Commission, or any proceedings resulting therefrom'.

> '(t)he Court considers that an accused's right to communicate with his advocate out of hearing of a third person is part of the basic requirements of a fair trial in a democratic society and follows from Article 6 para. 3 (c) of the Convention. If a lawyer were unable to confer with his client and receive confidential instructions from him without such surveillance, his assistance would lose much of its usefulness, whereas the Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective (...)'.

Het Hof erkende evenwel dat het recht niet onbeperkt is: '(t)he risk of "collusion" relied on by the Government does, however, merit consideration'.[197] Vastgesteld kon worden dat de overheid was uitgegaan van het bestaan van een mogelijkheid dat de raadslieden van S. en zijn medeverdachten met elkaar zouden overleggen. Die mogelijkheid kon de beperking niet rechtvaardigen: '(t)here is nothing extraordinary in a number of defence counsel collaborating with a view to co-ordinating their defence strategy'. Bovendien was daarnaast niet gebleken van een concrete indicatie voor onethisch handelen aan de zijde van de raadsman van verzoeker:

> '(m)oreover, neither the professional ethics of Mr Garbade, who had been designated as court-appointed defence counsel by the President of the Indictments Division of the Zurich Court of Appeal (...), nor the lawfulness of his conduct were at any time called into question in this case. Furthermore, the restriction in issue lasted for over seven months (...)'.

A-contrario geredeneerd, zal bij een reële indicatie van onethisch handelen een beperking in dit verband vermoedelijk wel aanvaardbaar kunnen zijn, met name één van korte duur. Hoe dan ook, voor een gerechtvaardigde, proportionele beperking van het recht op ongestoord overleg, moet er bijzonder veel aan de hand zijn. De sterkte van het recht blijkt ook weer uit het volgende:

> '(t)he argument that the applicant was not prejudiced by the measures in question as he was in fact able to make several applications for provisional release must also be dismissed. A violation of the Convention does not necessarily imply the existence of damage (...)'.

Zelfs als de beperking *in concreto* niet tot nadeel van het verdedigingsbelang heeft geleid, is de beperking op zichzelf al voldoende voor de vaststelling van een schending. De enkele gevaarzetting is wederom voldoende.

4) Aalmoes v. Nederland

Hoe is het Hof, gelet op de consistent strikte toetsingslijn op het terrein van de geheimhoudingsrelatie in de rechtspraak, tot niet-ontvankelijkverklaring in *Aalmoes v. Nederland* gekomen? Moet deze uitspraak zo worden uitgelegd

197 *S. v. Zwitserland*, *supra,* noot 195, § 49.

dat het Hof de bescherming in die sfeer thans genuanceerder opvat, of kan de uitspraak worden verklaard vanuit andere factoren?

In de *Aalmoes* zaak klaagden 113 Nederlandse advocaten, onder andere, erover dat de nationale wet- en regelgeving en de praktijk ten aanzien van het afluisteren van geheimhouders en de omgang met geheimhoudersinformatie in strijd is met art. 8 EVRM. De klachten volgden uit verschillende in de praktijk opgepikte signalen dat, ondanks het verbod daarop, geheimhoudersgesprekken niet alleen op grote schaal werden afgeluisterd en opgenomen, en dat, wederom op grote schaal en in strijd met de wettelijke verplichtingen daartoe, niet werd overgegaan tot de vernietiging van wel opgenomen geheimhoudersgesprekken.

Die signalen waren afkomstig uit verschillende zaken waarin een aantal van de verzoekers als raadslieden had opgetreden. Naar aanleiding van dergelijke signalen werden door de Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten en een aantal verzoekers verschillende acties ondernomen: de Minister van Justitie werd als eerste aangeschreven om informatie; toen deze geen gevolg gaf aan het verzoek werd, mede door de Nederlandse Orde van Advocaten een kort geding gevoerd tegen de staat.[198] Voorts werd het College Bescherming Persoonsgegevens[199] verzocht een onafhankelijk onderzoek uit te voeren. Die acties leidden tot een bevel van de kortgedingrechter aan de Minister van Justitie om tot informatievoorziening over te gaan met betrekking tot de wijze waarop en de procedure waarlangs gevolg zou worden gegeven wordt gegeven aan art. 126aa WvSv en het Besluit Bewaren en Vernietigen niet gevoegde stukken.[200] De minister ging over tot de uitvoering van dat bevel. Daarop werd door het College van Procureurs-generaal de Instructie vernietiging geïntercepteerde gesprekken met geheimhouders uitgevaardigd. Eind 2003 werd door de Ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer verslag uitgebracht van een onderzoek naar de vijf in Nederland gebruikte systemen.

Dat verslag bevatte in hoofdzaak conclusies dat er lacunes waren aangetroffen in het beheer van het systeem alsmede in de technische veiligheid daarvan. Dit zou risico's met zich meebrengen voor de toegang tot, wijziging of (uitblijven van) wissen van informatie of daaraan verbonden meta-informatie door niet autoriseerde derden. Die risico's dienden volgens het verslag onverwijld

198 Rechtbank Den Haag, 19 December 2001, LJN: AD7315. Zie ook: Rechtbank Den Haag, 15 maart 2003, LJN: AT0304.

199 Zie het rapport van het College, waarin tamelijk negatieve conclusie werd bereikt over de praktijk ten aanzien van het afluisteren en uitwerken van geheimhoudersinformatie: College bescherming persoonsgegevens, Onderzoek naar de waarborging van de vertrouwelijke communicatie van advocaten bij de interceptie van telecommunicatie, juli 2003.

200 De overige twee verzoeken, strekkende tot het afgeven van een bevel tot vernietigingen van alle geheimhouders gesprekken en het afgeven van notificaties van vernietiging, werden, wegens de ongeschiktheid van de kort geding procedure om die kwesties adequaat te beoordelen, afgewezen.

te worden verholpen. In hoeverre die risico's daadwerkelijk zouden hebben geleid tot misbruik werd niet onderzocht, terwijl de gebrekkigheid van de technische beveiliging van het systeem werd gerelativeerd doordien de systemen in afgesloten politieverband werden gebruikt. De Ministers deelden mede dat er geen misbruik was gerapporteerd en dat maatregelen zouden worden genomen. De Minister schreef overigens in een brief van 29 september 2003 dat hij zich niet kon vinden in de conclusies van het rapport van het College Bescherming Persoonsgegevens. In zijn antwoord op die brief (van 25 oktober 2004) adviseerde het College, nu er een verschil van mening bestond over de uitleg van de nationale regeling, tot aanpassing van de regeling, door de vastlegging van regels gericht op de voorkoming van de openbaarmaking van geheimhoudersinformatie. Het College adviseerde voorts dat de selectie van datgene wat als geheimhoudersinformatie zou moeten worden beschouwd aan de rechter-commissaris wordt overgelaten.

Het Hof verklaarde de klacht van de advocaten, als gezegd, niet-ontvankelijk. Dat had een aantal redenen. In de eerste plaats twijfelde het hof aan de ontvankelijkheid op basis van art. 35 § 1 EVRM, namelijk wegens niet-uitputting van de nationale rechtsmiddelen. Verzoekers waren niet in beroep gegaan tegen de beslissing van de kortgedingrechter en hadden verder geen bodemprocedure geëntameerd. In de tweede plaats, en belangrijker, vormde art. 34 EVRM een beletsel: waar het statenklacht recht op basis van art. 33 EVRM toestaat dat staten onderling een klacht over elke vermeende schending kunnen aanbrengen, geldt voor het individuele klachtrecht, op basis van art. 34 EVRM dat 'an individual applicant should be able to claim to be actually affected by the measure of which he or she complains'. Art. 34 EVRM mag niet worden gebruikt '(...) to found an action in the nature of an actio popularis; nor may it form the basis of a claim made in abstracto that a law contravenes the Convention (...)'.

Wat daarvan echter ook mocht zijn, het Hof achtte het niet noodzakelijk om op die problematiek in te gaan, daar de klacht ook inhoudelijk, als '*manifestly ill-founded*', niet-ontvankelijk moest worden verklaard.

Het Hof beoordeelde de verenigbaarheid van de nationale regeling van het tappen en het bewaren en vernietigen van daaruit verkregen informatie (vervat in art. 126aa WvSv en het Besluit Bewaren en Vernietigen niet gevoegde stukken), aan de hand van de legaliteitseis in art. 8 lid 2 EVRM, ook waar het gaat om geheimhoudersinformatie, zondermeer positief: '(...) domestic law provides for various procedural safeguards designed to ensure that the interception of telecommunications is not ordered haphazardly, irregularly or without due and proper consideration. It requires this measure to remain under the permanent supervision of a judge'.

Wat de in de praktijk gebleken ongerijmdheden betreft, nam het Hof een relativerende houding aan:

> '(...) after it had appeared at the domestic level that in practice the rules on the destruction of information not added to the case file were not adequately complied with in all cases – these rules were further tightened and clarified in the Instruction issued on 12 March 2002. As regards the question whether after 12 March 2002 there has been adequate compliance with the rules, the Court considers that it has not been demonstrated by the applicants that this would not be the case'.

Opvallend is dat het Hof zich dus niet stoorde aan de niet-naleving van de wettelijke regeling. Ook achtte het Hof het kennelijk niet bezwaarlijk dat de wettelijke regeling zo breed is dat onduidelijk is in welke gevallen dergelijke gesprekken moeten worden uitgewerkt.

Het hof achtte de legaliteitseis niet geschonden en zag ook een legitiem doel bij de 'possibility to intercept telecommunications in the context of a criminal investigation'. Daarbij speelde het feit dat het ging om geheimhoudersinformatie geen rol van betekenis.

De proportionaliteitsbeoordeling werd ook weer aanmerkelijk minder strikt uitgevoerd:

> 'It remains to be determined whether the procedures for supervising the interception of telecommunications in which a lawyer participates are such as to limit the "interference" to what is "necessary in a democratic society". The Court recalls that the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued (...). In this connection and in agreement with the considerations of the Supreme Court in its judgment of 12 January 1999, the Court considers that it is clearly in the general interest that any person who wishes to consult a lawyer should be free to do so under conditions which favour full and uninhibited discussion. It is for this reason that the lawyer-client relationship is, in principle, privileged (...). The suggestion that information conveyed by or to a lawyer in the latter's professional capacity is susceptible to interception, particularly by criminal investigation authorities who may have a direct interest in obtaining such information, is not in keeping with the principles of confidentiality and professional privilege attaching to relations between a lawyer and his or her clients. It is for this reason that, in principle, lawyers have in their professional contacts with clients a reasonable expectation of protection and respect for their professional privacy'. In order to secure respect for this reasonable expectation, it is therefore required that the interception of telecommunications be subject to an adequate system of supervision. In this area, faced with evolving and sophisticated technology and the possibility of human error or abuse, the Court considers that it is in principle desirable to entrust the supervisory control to a judge'.

Nu, onder het Nederlands recht, rechterlijk toezicht op het afluisteren van telecommunicatie in verschillende fasen van het proces is verwerkt,[201] kwam het Hof tot het volgend oordeel:

> '(i)n the light of these considerations and its detailed examination of the impugned legal rules on the interception of telecommunications, the Court is of the opinion that the possible interference with the exercise of the applicants' right to respect for private life and correspondence in this field can reasonably be regarded as falling within the limits of what is necessary in a democratic society for the prevention of crime, as envisaged by Article 8 § 2'.

Wat betreft de verzuimen ten aanzien van de vernietiging van geheimhouders gegevens, stelde het Hof vast dat '(t)his has possibly entailed confidential information conveyed to or by each of them being kept in digital files held by the judicial authorities without any possibility for the applicants to obtain clarity on this point'. Door de Rotterdamse en de Almelose rechtbanken was echter, in de zaken waarin van de bewaring van geheimhoudingsinformatie was gebleken, op dit punt uitgebreid onderzoek gedaan. Voorts was het Hof van oordeel dat in die specifieke zaken '(...) any failings found in these cases were apparently the result of a lack of professional knowledge and/or negligence on the part of the responsible officials in the respective criminal investigations'.

Bij de kortgedingrechter was de vraag naar het bestaan van een langdurig structureel verzuim, door de rechter, die daarvoor een bodemonderzoek geïndiceerd achtte, niet vastgesteld. Ook het College Bescherming Persoonsgegevens had geen onderzoek gedaan op dit punt. Verzoekers hadden, als gezegd, ook geen verdere procedures geëntameerd om dergelijke feiten vast te laten stellen. Waar verzuimen wél waren vastgesteld, lag dat aan fouten van opsporingsambtenaren; nadere verzuimen waren niet vastgesteld.

De klacht ten aanzien van art. 13 EVRM ten slotte, werd ook weer als manifestly ill-founded, niet-ontvankelijk verklaard, kort gezegd, omdat:

> '(a)rticle 13 does not go so far as to require a remedy whereby the laws of a Contracting State may be impugned before a national authority as being in themselves contrary to the Convention (...) and that it has consistently interpreted Article 13 as requiring a remedy in domestic law only in respect of grievances which can be regarded as "arguable" in terms of the Convention (...)'.

---

201 De rechter-commissaris is betrokken bij het afgeven van de tap-machtiging, bij het afgeven van een machtiging tot voeging van niet onder de geheimhoudingsverplichtingen vallen informatie dat mededelingen gedaan door of aan geheimhouders betreft aan het dossier, bij machtiging tot voeging van wel onder het verschoningsrecht vallende informatie aan het dossier in geval van een verdachte geheimhouder en het door het rechterlijke toezicht op de rechtmatigheid via art. 359a WvSv bij het eindonderzoek.

In casu waren er wel *'arguable'* claims, echter de nationale remedies werden voldoende geacht. Waar geheimhoudersinformatie wordt gebruikt in een strafzaak, geldt art. 359a WvSv als voldoende in dat verband:

> '(a)lthough it is true that such an outcome would benefit the accused rather than the lawyer concerned, the Court has no doubt that this possibility of sanctioning the prosecution is an important incentive for the criminal investigation authorities to comply with those rules'.

Wat de advocaten zelf betreft: de beschikbare civiele remedies werden afdoende bevonden. De kortgedingrechter was op een aantal van de klachten niet ingegaan omdat hij een bodemonderzoek aangewezen achtte. Het stond verzoekers vrij een dergelijke procedure te entameren. Bovendien had de overheid zelf ook, naar aanleiding van het bevel van de kort geding rechter, maatregelen genomen om de regeling te verbeteren: een remedie in de zin van art. 13 EVRM is immers niet alleen effectief wanneer deze de vorm aanneemt van een rechterlijke remedie. Reacties van de overheid werden in dat verband kennelijk voldoende geacht. Een remedie in de zin van art. 13 EVRM behoeft bovendien niet neer te komen op een *'remedy bound to succeed'*.

4.6.3 Conclusies

Het Hof heeft met de uitspraak in *Aalmoes* niet gezegd dat geheimhoudersinformatie kan worden getapt, uitgewerkt en gebruikt in strafvorderlijke onderzoeken. Het Hof zegt wel dat geheimhouders getapt kunnen worden. *In principe* geldt dat wanneer er gesprekken worden gevoerd die onder de geheimhoudingsverplichting vallen, de geheimhouder kan verwachten dat die informatie beschermd blijft. Voldoende is daarbij dat een rechter toezicht houdt op de selectie van in dat verband te beschermen informatie. Het Hof keurt niet goed dat dergelijke informatie wordt bewaard: de klacht is niet-ontvankelijk verklaard omdat in de gevallen waarin van bewaring was gebleken sprake was van te goeder trouw handelende opsporingsambtenaren die een vergissing maakten, en omdat bewaring in andere gevallen niet kon worden vastgesteld.

Toegegeven moet worden dat het Hof wel strikter had kunnen zijn. De eerdere lijn in *Niemietz*, namelijk dat reeds de gevaarzetting van de vertrouwelijke relatie tussen een advocaat en zijn cliënten – ook los van een eventuele strafzaak tegen die cliënten – tot verdragsschending kan leiden, had hier kunnen worden doorgezet. Vast stond immers dat in een aantal gevallen wel ten onrechte geheimhoudingsinformatie was bewaard. Voor het behoud van de striktheid van de norm was wenselijk geweest dat het Hof op dat punt een schending had aangenomen.

Uit de *Aalmoes* uitspraak vloeit niet voort dat vertrouwelijke, wettelijk beschermde gesprekken tussen een verdachte en zijn raadsman kunnen worden gebruik als bewijs in een strafzaak. Wanneer vaststaat dat een dergelijk gesprek

is opgenomen en bewaard, zal art. 8 EVRM zijn geschonden. Het zou ook in strijd zijn met het nationale recht. Het gebruik daarvan als bewijs kan dan ook zondermeer leiden tot een schending van art. 6 EVRM.

Wel is in *Aalmoes* de wettelijke regeling die thans geldt voor het afluisteren van telecommunicatie waarbij advocaten zijn betrokken en voor de verdere omgang met dergelijke informatie in principe is goedgekeurd door het Hof. Een privacyschending in dit verband – en een doorwerking daarvan in een strafvervolging – kan zich dus alleen voordoen in het geval dat de nationale regeling niet wordt nageleefd.

Hier is evenwel van een wezenlijk belang dat het Hof, in verband met de beoordeling van de klacht over het ontbreken van een effectieve remedie, uitdrukkelijk heeft verwezen naar de situatie waarin geheimhoudersinformatie in een strafzaak tegen een cliënt van de raadsman wordt gebruikt. 'The Court notes in the first place that where it appears that information conveyed by or to a lawyer, which has been obtained and/or included in the case file in violation of the domestic rules on privileged information, the suspect may raise an argument based on Article 359a of the CCP before the trial court, claiming that the prosecution is defective and should be declared inadmissible'. Daarmee lijkt het Hof ervan uit te gaan dat in dergelijke situatie, het rechtsgevolg van niet-ontvankelijk verklaring niet onwezenlijk is, impliciet ook dat een dergelijk gevolg is aangewezen. Zo bezien valt niet uit te sluiten dat het Hof in dat verband in ieder geval bewijsaansluiting aangewezen zal achten.

4.7 Conclusies

Dat het Hof privacyschendingen niet op fatale wijze laat doorwerken in de strafvervolging, betekent niet dat privacyschendingen niet als ernstig worden opgevat, of dat zij geen betekenis hebben in de context van strafprocedures. Privacyschendingen werken niet door wanneer het verband tussen die schending en een eerlijk-proces-norm ontbreekt of zwak is. Dergelijke verdragsschendingen kunnen niet via art. 6 EVRM worden opgelost. Dat wil niet zeggen dat de overheid niet moet voorzien in alternatieve effectieve remedies voor de privacyschending.

Dat is alleen anders indien een privacyschending wél een art. 6 EVRM raakt. Dan is er wel een eerlijkheidsbeperking die hersteld moet worden. Wanneer herstel uitblijft, kan dat uiteindelijk betekenen dat de vervolging niet eerlijk is geweest.

De status van het privacyrecht – als mensenrecht – brengt dus niet bij voorbaat met zich mee dat een aantasting daarvan bepaalde gevolgen moet hebben op een strafvervolging. Ten aanzien van alle normschendingen moet worden beoordeeld in hoeverre zij het eerlijk-proces-recht raken. Primair is niet van belang wat de zelfstandige betekenis van een norm is en hoe ernstig de niet-naleving daarvan moet worden opgevat, maar wat de betekenis is van

de niet-naleving van die norm in de context van het eerlijk-proces-recht, onderscheidenlijk, hoe op de niet-naleving is gereageerd door de rechter.

Uiteindelijk brengt dat wel met zich mee dat art. 8 EVRM zelfstandig geen sterke betekenis heeft in de context van strafvervolgingen. Dat moet evenwel zeker niet leiden tot de gevolgtrekking dat nationale overheden thans laksere standaarden kunnen aanhouden bij de privacynormering ten aanzien van (bijzondere) opsporingsonderzoeken.

Ook uitgaande van de huidige stand van zaken van het Hof blijft art. 8 EVRM strafvorderlijke betekenis behouden. Dat schendingen van het privacyrecht geen sterke doorwerking hebben binnen strafvervolgingen betekent niet dat art. 8 EVRM geen normerende werking heeft ten aanzien van het opsporingsonderzoek zelf. Juist het tegenovergestelde is waar: privacystandaarden zijn in dat verband ruim en strikt, de rechtspraak van het Hof ten aanzien van de reikwijdte van de bescherming van art. 8 EVRM en de voorwaarden voor het maken van inbreuken nopen juist tot steeds meer waakzaamheid. Daarenboven: geenszins kan ervan uitgegaan dat privacyschendingen nimmer een sterke, fatale doorwerking kunnen hebben bij een strafvervolging. De doorwerkingsrechtspraak van het Hof is betrekkelijk nieuw: de reactie van het Hof op andere typen privacyschendingen dan die zich tot dusver hebben voorgedaan, moet nog worden afgewacht.

Ook kan echter niet worden ontkend dat het Hof voor een sterkere beschermingsmechanisme had kunnen kiezen. Het beschermingsperspectief ligt thans bij het eerlijk-proces-recht en het belang van het privacyrecht komt daardoor niet goed tot uitdrukking. In de nationale context dient dan ook te worden gestreefd naar sterkere bescherming.

5 Opsporingsnormen in art. 6 EVRM, toetsing en doorwerking in art. 6 EVRM bij schending daarvan

> 'De verdediging heeft verder nog ter ondersteuning van de stelling dat de wijze waarop dit opsporingsmiddel toegepast is de perken te buiten ging, aangevoerd dat de undercoveragent een intelligent man en een daartoe opgeleide en gekwalificeerde professional was en dat verdachte geen partij voor hem was. Van het strafproces wordt geëist dat het een "fair trial" is, maar dat betekent niet dat de door de verdediging bepleite "sportiviteitseisen" gelden. Het beginsel van "equality of arms" brengt niet met zich dat aan een verdachte die tegen de tegen hem ingezette opsporingsmiddelen niet opgewassen is, een soort van voorsprong dient te worden gegeven'.[1]

5.1 INLEIDING

5.1.1 (Absolute) (opsporings)normen in art. 6 EVRM

In de spanningsvelden tussen de bijzondere opsporing en mensenrechten komt aan art. 6 EVRM een centrale betekenis toe. Enerzijds vloeit dat voort uit de keuze van het Hof alleen via de beoordeling van de eerlijkheid van het bewijsgebruik bij het eindonderzoek strafvorderlijke gevolgen te verbinden aan normschending in het vooronderzoek. Anderzijds blijkt de sterke verbinding tussen het eerlijk-proces-recht en de bijzondere opsporing uit de wijze waarop binnen dat bewijsgebruikkader verschillende typen normschendingen worden gewaardeerd. Daaruit blijkt dat de naleving van art. 6 EVRM opsporingsnormen (strafvorderlijk bezien) veel pertinenter is dan andere typen opsporingsnormen, vooral die welke zijn vervat in het privacyrecht.

In het vorige hoofdstuk is gebleken dat privacyschendingen alleen betekenisvolle invloed hebben op de eerlijkheid wanneer zij tegelijkertijd een art. 6 EVRM-norm raken. Vooralereerst betekent dat een privacyschending binnen de context van de strafvervolging irrelevant is, tenzij via die schending verkregen bewijs wordt gebruikt. Ook bij beoordeling van het gebruik van aldus verkregen bewijs dient de privacyschending echter te kunnen worden getransformeerd naar een (andere) eerlijk-proces-norm, wil het merkbare invloed hebben op de eerlijkheid. Privacyschendingen die samenvallen met een ver-

1 Hof Arnhem, 12 mei 2003, NJ 2003, 381.

zuim ten aanzien van het nationale recht raken een (mogelijke) legaliteitsnorm in art. 6 EVRM. Privacyschendingen die samenvallen met een betrouwbaarheidskwestie zijn te transformeren naar de onschuldpresumptie. Zeer ernstige privacyschendingen kunnen mogelijk doorwerken via een in art. 6 EVRM in te lezen proportionaliteitsregel. Privacyschendingen die zich voltrekken in de geheimhoudingssfeer tussen een verdachte en zijn raadsman kunnen worden getransformeerd naar het recht op rechtsbijstand, vooral in de zin van het recht op ongestoorde communicatie, wederom als bedoeld in art. 6 EVRM. Hoe meer de privacyschending samenvalt met een fundamentele procesnorm, hoe stringenter de eisen ten aanzien van herstel bij het bewijsgebruik. Uiteindelijk moet het mogelijk zijn dat een privacyschending tegelijkertijd een zodanig belangrijke procesnorm raakt dat het gebruik van het bewijs niet mogelijk is. Vooral in geval van simultane schending op het recht op rechtsbijstand is denkbaar dat de privacyschending van dien aard zou kunnen zijn dat bewijsgebruik absoluut oneerlijk moet worden geacht. Omgekeerd, als eerlijk-proces-normen niet of nauwelijks worden geraakt, blijft de privacyschending tamelijk effectloos. Samengenomen met de vaststelling dat uit de verdragsrechtspraak blijkt dat 'directe' schendingen van in art. 6 EVRM vervatte procesnormen – die niet een bijkomend gevolg zijn van art. 8 EVRM schendingen – als categorie wel degelijk tot veel verdergaande gevolgen leidt voor de eerlijkheid van het bewijsgebruik, bevestigt dat de prevalentie van art. 6 EVRM als pertinente kader voor de bijzondere opsporing. Uiteindelijk is bewijsgebruik alleen precair indien aan het bewijs verbonden problematiek op een of andere wijze een eerlijk-proces-norm raakt.

De vraag naar de betekenis van de variabele waardering van aan bewijsgebruik ten grondslag liggende normschending blijft essentieel voor de beoordeling van de merites van het door het Hof gekozen beschermingsmechanisme. Vaststaat evenwel dat schending van art. 6 EVRM opsporingsnormen duidelijk een verdergaande invloed hebben op de eerlijkheid van het bewijsgebruik dan art. 8 EVRM normschending. In het bewijsgebruikkader zijn art. 6 EVRM-opsporingsnormen ondubbelzinnig sterke normen en tonen juist de scherpte van het recht op een eerlijk bewijsgebruik zelf. Dat noopt hoe dan ook tot nadere analyse van de reden voor de sterke werking van die normen. Inzicht daarin kan mogelijk verklaren op basis waarvan het Hof een differentiatie aanbrengt tussen verschillende typen normschendingen.

Voor de bijzondere opsporing pertinente opsporingsnormen in art. 6 EVRM zijn, zoals meermalen aangegeven, het zwijgrecht en de participatienorm. In dit hoofdstuk wordt bezien (1) wat de aard en werking is van die normen, (2) welke voorwaarden het Hof stelt ten aanzien van toetsing, herstel en uitsluiting bij bewijsgebruik van via (mogelijke) schendingen van die normen verkregen bewijs en (3) hoe het nationale recht zich verhoudt tot de ter zake doende verdragsrechtelijke eisen.

5.1.2 Opzet

In het navolgende wordt eerst ingegaan op de algemene aard en de werking van de opsporingsnormen in art. 6 EVRM, vooral vanuit het perspectief van de beschermingsdoelen die aan die normen ten grondslag liggen. Oftewel, die normen worden bezien in termen van hun functie. Wat is de grondslag van deze normen, waaraan ontlenen zij hun bestaan? Zo die normen (uitsluitend) tot (een) bepaald(e) doel(en) kunnen worden herleid, welke gevolgen heeft dat voor de reikwijdte van de normen? (paragraaf 5.2.) Daarna wordt ingegaan op de concrete aard en werking van het zwijgrecht in het kader van de bijzondere opsporing. Bezien wordt hoe het Hof omgaat met eventuele schendingen van het zwijgrecht via (bijzondere) opsporingstoepassingen. Bekeken wordt vervolgens hoe het nationale recht op het punt van het zwijgrecht zich verhoudt tot de ter zake doende verdragsrechtelijke eisen (paragraaf 5.3.). Op eenzelfde wijze wordt 's Hof omgang met de participatienorm en de verenigbaarheid van het nationale recht met de in dat verband gestelde eisen in beschouwing genomen (paragraaf 5.4.). Het geheel wordt afgesloten met conclusies (paragraaf 5.5.).

5.2 BIJZONDERE OPSPORING EN ART. 6 EVRM OPSPORINGSNORMEN

5.2.1 Complexe verhouding

De verhouding tussen de bijzondere opsporing en de mensenrechtelijke sfeer is in het algemeen moeilijk te duiden. Conceptueel is de bijzondere opsporing immers '(...) not easy to pin down since it is one that is constantly changing, as it has in the past and will certainly continue to do in the future'.[2] Datzelfde geldt voor het mensenrechtelijk kader, dat in de confrontatie met nieuwe fenomenen, zelf beweeglijk blijkt. Enerzijds is dus de essentiële (feitelijke) werking van bijzondere opsporingstoepassingen niet steeds gemakkelijk aan te geven. Wat houdt een bijzondere opsporingsmethode precies in, wat voor (strafvorderlijke) handeling gaat daarmee gepaard? Anderzijds vragen deze innovatieve toepassingen veelal om herformulering van kaders. Door verschillende afwijkende aspecten van de bijzondere opsporingstoepassingen worden klassieke (opsporings)-normen omzeild, of voltrekken die toepassingen zich in een normeringslacune: een ter zake doende regel bestaat niet.

Dat de normatieve en feitelijke werking van de bijzondere opsporing onduidelijk was bij de eerste inzet daarvan in de praktijk, staat vast. Dat geldt niet alleen voor de verhouding tussen de bijzondere opsporing en art. 6 EVRM,

2 *Committee of Experts on Special Investigation Techniques in relation to acts of terrorism, (PC-TI), Final Report on Special Investigation Techniques in relation to acts of terrorism*, 06/10/03 PC-TI (2003) 11, p.7.

maar ook die tot art. 8 EVRM. Het inzicht dat de bijzondere opsporing vaak leidt tot zware inbreuken op de privacy en dat daarvoor een specifieke wettelijke grondslag noodzakelijk is, kwam ook maar zeer geleidelijk aan tot ontwikkeling. Uiteindelijk speelde dat inzicht een belangrijke rol bij de opstelling van de wettelijke regeling van de bijzondere opsporing. Dat daarbij raakvlakken met art. 6 EVRM niet werden onderkend en niet tot uitdrukking zijn gekomen in de wettelijke regeling, is indicatief voor de nadere ongrijpbaarheid van de bijzondere opsporing en eerlijk-proces-normen. Die meer problematische relatie moet ten dele geweten worden aan de complexiteit van de ter zake doende eerlijk-proces-normen zelf.

1) Kwalificatie van bijzondere opsporingstoepassingen

Hoe innovatief de ontwikkeling van de bijzondere opsporing in de praktijk was, en hoe moeilijk het was de daarbinnen toegepaste methoden in termen van normatieve kaders te kwalificeren, blijkt goed uit de *aanvullende* conclusie van A-G van Dorst voor HR 31 mei 1994, NJ 1995, 29, m.n. Kn., het arrest waarin de Hoge Raad zich voor het eerst uitsprak over het fenomeen van de 'inkijkoperatie'.

> '(...) In mijn conclusie d.d. 15 februari 1994 kwam ik tot de slotsom dat de in het tweede middel bedoelde kijkoperatie in een loods niet onrechtmatig was, zulks in verband met het bepaalde in art. 9 van de Opiumwet. (...) Vóór het schrijven van die conclusie gingen mijn gedachten bij de term kijkoperatie alleen uit naar een kleine chirurgische ingreep in bijv. een knie om te beoordelen of een meer ingrijpende operatie nodig is; strafrechtelijk werd zo'n kijkoperatie pas interessant indien de specialist haar in de facturen aan ziekenfondsen etc. boekte als een volledige operatie. Uit de onderhavige zaak begrijp ik echter dat met de uitdrukking kijkoperatie (ook wel inkijkoperatie genoemd) ook een nieuw fenomeen in opsporingsland wordt aangeduid. Ik voeg daaraan echter meteen toe dat het dossier geen enkel stuk bevat waaruit zou kunnen blijken wat die kijkoperatie in concreto precies inhoudt, zodat in nevelen gehuld blijft of daarmee gedoeld wordt op het werpen van een blik door de ramen, het binnentreden door een geopende deur dan wel het inbreken in de loods. Pas uit een publicatie in de NRC van 25 maart 1994 – gevolgd door vele andere – is mij echt duidelijk geworden dat de politie dit laatste pleegt te verstaan onder een kijkoperatie. (...) Een kijkoperatie door de politie houdt – zo ontleen ik aan de beantwoording van kamervragen door de Minister van Justitie – in dat de politie door middel van braak of verbreking binnentreedt in opslagplaatsen (schuren, loodsen, garageboxen, etc. en dus niet in woningen) opdat "binnengekomen informatie wordt geverifieerd, alvorens tot verder onderzoek wordt overgegaan". Uit dat antwoord leid ik voorts af dat deze methode alleen wordt gehanteerd in het kader van de bestrijding van de zware georganiseerde criminaliteit teneinde te voorkomen dat de criminele organisatie die ontmanteld moet worden, voortijdig op de hoogte raakt van het onderzoek'

Later werd (ook door de wetgever) ingezien dat de inkijkoperatie, evenals het binnentreden en het doorzoeken in woningen en andere plaatsen, een meer

dan geringe inbreuk kan maken op de persoonlijke levenssfeer. Ook die methode is thans voorzien van een specifieke wettelijke grondslag. Datzelfde geldt voor de methoden van stelselmatige observatie en inwinning van informatie, waarvan eveneens (later) het privacygevoelige karakter werd erkend.[3,4]

De kwalificatie van andere opsporingsmethoden bleek moeilijker te zijn. De bijzondere opsporing raakt(e) immers niet alleen de privacysfeer op nieuwe wijzen. Vele andere manifestaties bleken zodanig ongrijpbaar dat het vaak moeizaam was – en is – om het eventueel problematisch karakter daarvan te duiden.

De ontwikkelingen verliepen kennelijk vermoedelijk sneller dan A-G Van Dorst kon bijhouden:

> '(i)n de pers pleegt men een kijkoperatie af te schilderen als een inbraak door de politie. Sommigen noemen dat "hardstikke fout en in strijd met iedere regel van de rechtsstaat" (zie bijv. de Volkskrant van 8 april 1994). Het wil mij voorkomen dat de onderhavige opsporingsmethode niet terecht op één lijn wordt gesteld met een inbraak. Bij het woord inbraak denken we immers meteen aan het misdrijf van art. 311 Sr. En tot het plegen van misdrijven is de politie in een rechtsstaat nimmer bevoegd'.

Daarmee ziet de A-G er wel aan voorbij dat het (mede)plegen van strafbare feiten door (of vanwege) opsporingsambtenaren wel degelijk onderdeel uitmaakt van de bijzondere opsporing, te weten bij verschillende infiltratievormen, waaronder ook gecontroleerde afleveringen en doorlatingen. Dat de politie tot het plegen van misdrijven in een rechtsstaat nimmer bevoegd is, is thans ook wettelijk een achterhaald standpunt, nu die mogelijkheid in de wettelijke regeling van voornoemde bevoegdheden is verwerkt.

Dergelijke bevoegdheden blijken uit de aard daarvan zeer moeilijk te duiden. In een geval van 'gecontroleerde aflevering', uit 1998,[5] kwam het bij de verdediging – of *sua sponte* bij de rechter – niet op dat zich enig rechtsregel zou kunnen verzetten tegen deze – toen niet gereguleerde – methode. In die zaak was de verdachte, samen met een medeverdachte, bij het ophalen van postpakketten op Schiphol aangehouden voor overtreding van de Opiumwet.

---

3 Ten aanzien van de eveneens met de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden ingevoerde bevoegdheden tot het direct afluisteren en de met die wet herziene bevoegdheid tot het afluisteren van telecommunicatie stond het privacygevoelige karakter van die methoden al vast. Het afluisteren van telecommunicatie was ook vóór de invoering van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden voorzien van een specifieke wettelijke grondslag. De toepassing van de methode van het direct afluisteren werd eerst met de invoering van de basis daarvoor in de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden mogelijk gemaakt.

4 Zie in dat verband het Zwolsman-arrest (HR 19 november 1996, NJ 1996, 249), waarin de Hoge Raad de verhouding tussen het privacyrecht verschillende opsporingsmethoden (de vuilnissnuffel, de inkijkoperatie, het scannen van mobiele telefoons en observatie) beoordeelde.

5 HR 16 februari 1988, NJ 1988, 793.

De officier van justitie had opdracht gegeven tot de 'gecontroleerde aflevering' nadat de reactie van een speurhond argwaan wekte en de desbetreffende postpakketten werden geopend. Een deel van de in die pakketten aangetroffen heroïne was uit de pakketten gehaald en vervangen door 'onschuldiger materiaal'. Daarna waren de pakketten gesloten 'en op hun verdere tocht door de politie in de gaten gehouden'. De verdediging klaagde er niet over dat strafvorderlijke autoriteiten daarmee mogelijk een strafbaar feit hadden gepleegd, noch dat een dergelijk optreden niet te rijmen viel met integriteitsstandaarden in een rechtsstaat, maar voerde aan dat er sprake was van onrechtmatige bewijsvergaring wegens het onbevoegd (want in strijd met art. 100 (oud) WvSv) openen van de poststukken. Het Gerechtshof verwierp dat verweer omdat het geënt zou zijn op een onjuiste lezing van art. 100 WvSv, dat slechts betrekking heeft op poststukken die voor de verdachte bestemd zijn dan wel van deze afkomstig zijn, hetgeen *in casu* niet het geval was. De Hoge Raad stelde zich op het standpunt dat het Hof op grond van de gebezigde bewijsmiddelen inderdaad kon oordelen dat de daarin genoemde dozen niet voor de verdachte bestemd of van hem afkomstig waren. Dat bracht mee dat geen sprake was van bewijsmateriaal dat *jegens de verdachte* (cursivering: *FPÖ*) op onrechtmatige wijze was verkregen. Daargelaten of de opening van de poststukken nu onrechtmatig was of niet, de verdachte werd, als derde, van de bescherming van art. 100 (oud) WvSv uitgesloten.[6,7] Hoe dan ook, de gecontroleerde aflevering zelf werd niet geproblematiseerd.

---

6 Zie de met dit geval vergelijkbare HR 12 mei 1992, NJ 1992, waarin geklaagd werd over onrechtmatige opening van postpakketten - in dit geval was verdachte kennelijk niet een derde maar de geadresseerde - maar het verweer toch niet mocht baten omdat het middel eraan voorbij zag dat het douaneambtenaren waren geweest die de postpakketten openden. Anders dan de opsporingsambtenaren in de zaak uit 1988, waren zij op basis van de artikelen 66, 75, 78 en 89 AWDA bevoegd pakketten te openen en te onderzoeken. Zij waren voorts ook bevoegd tot inbeslagneming op basis van art. 9 lid 6 Opiumwet. (Rechtsoverweging 5.2.).

7 In zijn voornoemde conclusie bij HR 31 mei 1994, NJ 1995, 29, poogde A-G Van Dorst ook betekenis te geven aan het fenomeen van het uitstel of afstel van de toepassing van dwangmiddelen: '(v)ervolgens rijst de vraag of die bevoegdheid vervalt of daaraan afbreuk wordt gedaan door het feit dat het bij kijken is gebleven en dat niet tot inbeslagneming is overgegaan. Mij dunkt van niet. Ten eerste verkeert de rechtmatige aanwending van een dwangmiddel niet in haar tegendeel, indien het gestelde doel niet wordt bereikt, bijv. omdat – anders dan werd verwacht – er geen hashish aanwezig bleek te zijn. Bovendien schrijft – dunkt mij – geen rechtsregel voor dat die inbeslagneming onmiddellijk op het binnentreden moet volgen. Ware dit anders dan zou een dergelijke partij niet onder observatie gehouden mogen worden teneinde te zien waarheen zij vervoerd wordt en wie er verder mee te maken hebben dan de – vaak toevallige en soms onwetende – eigenaar of huurder van de opslagplaats. Dat naar geldend recht een zo strikte koppeling tussen enerzijds de constatering van een strafbaar feit als gevolg van de binnentreding en anderzijds de inbeslagneming niet bestaat, is inmiddels wel gebleken uit menige strafzaak tegen figuren op de achtergrond. Bovendien zou dan ook het rechtens erkende fenomeen van de "gecontroleerde aflevering" verboden zijn; zie in dit verband de richtlijnen van de procureursgeneraal inzake de infiltratie (losbladige Richtlijnen OM, hoofdstuk 3.16 sub 4.0)'.

Ten onrechte, zoals achteraf bleek, nu het juist de methoden van gecontroleerde aflevering en doorlating waren die, weliswaar in radicale toepassingen ervan, de rechtstreekse aanleiding zouden vormen voor de IRT-affaire en het parlementaire onderzoek naar de bijzondere opsporing.[8] Ook na de zeer negatieve waardering van deze methoden in het eindrapport van de PEC Van Traa, ontstond evenwel geen helder zicht op de daarbij behorende problematiek. Het was de Tweede Kamer die zo zeer onthutst raakte door de beeldvorming daaromtrent in het eindrapport, dat zij aandrong op de invoering in het wetboek van art. 126ff WvSv. Die bepaling heeft evenwel een merkwaardige constructie: zij schept niet in directe zin een bevoegdheid tot gecontroleerde aflevering of doorlating, maar beoogt die methode te beperken door de discretionaire ruimte van opsporingsambtenaren bij de toepassing van de inbeslagneming in te perken. Dat laatste is daarin gelegen dat opsporingsambtenaren verplicht zijn die dwangbevoegdheid toe te passen bij wetenschap omtrent de vindplaats van verboden goederen. Dat in die bepaling geen duidelijke problematisering van deze methodes is vervat vanuit het perspectief van de verdachte – laat staan van zijn mensenrechten – werd in de rechtspraak snel duidelijk. Na verschillende tegenstrijdige interpretaties van deze bepaling door feitenrechters, kapte de Hoge Raad alle discussie over het problematische karakter van deze methoden af door te oordelen dat de verdachte geen rechtens te respecteren belang heeft bij de naleving van art. 126ff WvSv.[9] Buruma annoteert die rechtspraak aldus: '(h)et arrest over de Maastrichtse coke-taxi van 2 juli 2002 en het arrest over het Woestijnonderzoek van 28 mei 2002 (...) betekenen (vrijwel) het einde van de rechterlijke toetsing van het verbod op doorlating'. De opties die overblijven voor de toepassing van art. 359a WvSv bij de niet-naleving van art. 126ff WvSv in beschouwing nemend, ziet hij uiteindelijk weinig mogelijkheden dat verband:

> '(h)et verbod op doorlating blijft na deze arresten natuurlijk bestaan. Niet-naleving van art. 126ff Sv hoeft evenwel niet – wellicht met uitzondering van de flagrante gevallen – meer voor de rechter aan de orde te worden gesteld, terwijl de Kamer daarvan niet op de hoogte raakt in al die gevallen waarin OM en politie (op zich terecht!) voldoende discretie bewaren over hetgeen tijdens de opsporing voorvalt. Daarom zou men kunnen spreken van het einde van de effectieve controle op het verbod op doorlating. Dat spijt deze annotator die wellicht te loyaal is aan het gedachtegoed van de cie. Van Traa en die geen voorstander is van het geheel weg relativeren van de rechterlijke taak in dezen. Zeker, beide arresten zijn consistent met een eerder door Schalken (onder HR NJ 2002, 8) en ondergetekende (D&D 2002,

8 In HR 4 februari 1997, NJ 1997, 308, waarin de 'Delta-methode', die in 1993 zou leiden tot de opheffing van de IRT-Noord-Holland/Utrecht, was toegepast, werd uiteindelijk geen inhoudelijk oordeel gegeven over de methode zelf, daar het openbaar ministerie niet-ontvankelijk werd verklaard wegens (aanvankelijke) misleiding van de rechter omtrent de toepassing van de methode.

9 HR 28 mei 2002, NJ 2002, 601 en HR 2 juli 2002, NJ 2002, 602, m.nt. YB.

p. 198 e.v) gesignaleerde tendens dat de Hoge Raad het "niet meer zo op vormverzuimen heeft", resp. dat de opvatting dat de rechterlijke taak ook sterk gericht moet zijn op " policing the police" niet meer in volle omvang door de Hoge Raad wordt gedragen. Op zich heb ik sympathie voor de gedachte dat boeven in beginsel moeten worden gestraft en geen voordeel moeten genieten omdat de politie een papier verkeerd heeft ingevuld. Maar juist in gevallen waarin er geen aanwijsbare benadeelde partij is bij zeer ongewenst overheidsoptreden – zoals volgens het parlement bij doorlating – en er dus ook geen civiele actie mogelijk is, eist de rechtstaat een verantwoordingsmechanisme'.

Ten dele moet de keuze van de Hoge Raad evenwel worden verklaard door de vormgeving van art. 126ff WvSv en de daaraan door de wetgever ten grondslag gelegde ratio. Beiden sturen de rechter niet in de richting van een andere benadering dan dat bij niet-naleving inderdaad geen sprake is van benadeling van een verdedigingsbelang.

Bij de opstelling van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden is uitgegaan van twee criteria bij de selectie van de onderdelen van de bijzondere opsporing waarvoor een wettelijke regeling noodzakelijk werd geacht. In de eerste plaats werd een wettelijke regeling getroffen voor bijzondere opsporingstoepassingen die inbreuk maken op grond- en mensenrechten. In de tweede plaats werd het noodzakelijk geacht tot een wettelijke regeling te komen voor bijzondere opsporingsbevoegdheden die een risico meebrengen voor de integriteit van de strafvordering. Als gezegd, de gecontroleerde aflevering en doorlating zijn in de wettelijke regeling betrokken op basis van het tweede selectiecriterium. Daarbij hoort – evenals bij andere bijzondere opsporingsbevoegdheden die onder dat criterium zijn geselecteerd voor wettelijke regeling – dat toezicht in verband met art. 126ff WvSv tijdens het opsporingsonderzoek in handen van het openbaar ministerie is gelegd. Het is met name het College van Procureurs-Generaal dat op basis van art. 140a WvSv is belast met integriteitsbewaking. Daarmee is het fenomeen gereduceerd tot een interne integriteitskwestie die alleen te maken heeft met de (institutionele) zuiverheid het optreden van de strafvorderlijke overheid.[10] Te gemakkelijk is het dan voor

10 Gecontroleerde aflevering en doorlating werden gezien als '(e)en van de belangrijkste misstanden in de opsporing die de aanleiding vormde tot de instelling van de Commissie-Van Traa,' ofwel 'het onder regie van de politie op de markt laten komen van partijen soften harddrugs zónder dat deze in een latere fase van het opsporingsonderzoek weer werden onderschept'. De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden eindevaluatie, Bijlage bij Brief minister bij aanbieding rapporten 'De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden eindevaluatie' en 'Evaluatie Herziening GVO', met beleidsstandpunt, Kamerstukken II, vergaderjaar 2004-2005, 29940, nr. 1, p. 115. (Zie ook: A. Beijer, R.J. Bokhorst, M. Boone, C.H. Brants, J.M.W. Lindeman, De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden: eindevaluatie – fase 2, WODC, Onderzoek en beleid, nr. 222, 2004). Desondanks was in het oorspronkelijk wetsvoorstel ter zake geen regeling getroffen. Er 'bestond verschil van inzicht in de wijze waarop hieraan een halt moest worden toegeroepen': 'de voorkeur (werd) gegeven aan regeling van een verbod in een richtlijn'. Ibidem. Naar aanleiding van de discussie over het fenomeen met de Tweede Kamer, werd uiteindelijk toch besloten om een regeling te treffen, in

de rechter in het geheel geen verdedigingsbelang te onderkennen bij de (onjuiste) toepassing van deze methoden. Toegegeven moet worden, een duidelijk verdedigingsbelang laat zich bij dit fenomeen ook niet gemakkelijk formuleren. Desalniettemin, het toekijken door opsporingsambtenaren, met het oog op informatie- en bewijsvergaring, niet alleen terwijl verdachten strafbare feiten plegen, maar vooral terwijl zij steeds *meer* strafbare feiten plegen, irriteert het rechtsgevoel. Niet ondenkbaar is dat in die context toch een mensenrechtelijke raakvlak te identificeren is, al ligt dat alleen daarin dat niet-naleving van de regeling strijdig is met strafvorderlijke legaliteit. Dat de verdere uitwerking van eventueel problematische aspecten van art. 126ff WvSv toepassingen is stilgelegd door de Hoge Raad is dan ook zeker bezwaarlijk, ook waar het alleen gaat om de – van de belangen van de verdachte losstaande – integriteitskwesties. Dat daarmee ook nadere gedachtevoering in de rechtspraak omtrent eventuele problematiek in verband met mensenrechten is stopgezet, moet ernstiger worden opgevat.

2) Kwalificatie van bijzondere opsporingstoepassingen in het licht van opsporingsnormen in art. 6 EVRM

Bij andere bijzondere opsporingstoepassingen werd ofwel alleen tot regeling overgegaan op basis van het integriteitscriterium, ofwel werd van een bijzondere regeling afgezien omdat daarvoor, na beschouwing van de feitelijke werking van dergelijke toepassingen, geen aanleiding werd gevonden. Achteraf bleek echter in verschillende gevallen dat aanwijsbare raakvlakken met art. 6 EVRM opsporingsnormen ten onrechte niet zijn onderkend. Dat geldt in ieder geval ten aanzien van het zwijgrecht en de participatienorm.

Over de implicaties van directe communicatie met de onwetende verdachte is in de Memorie van Toelichting het volgende opgemerkt:

> '(e)en bijzonder aspect bij de bevoegdheid tot infiltratie is, evenals bij de hierna te bespreken bevoegdheid tot het stelselmatig undercover inwinnen van informatie, dat het zich kan voordoen, en deels zelfs onvermijdelijk zal zijn, dat de opsporingsambtenaar in gesprek komt met een verdachte. Voor alle duidelijkheid zij opgemerkt dat een dergelijk gesprek belangrijk verschilt van een verhoor. De verdachte wordt namelijk niet 'als verdachte' gehoord (artikel 29 Wetboek van Strafvordering). Op hem wordt niet de druk gelegd, die kenmerkend is voor de verhoorsituatie. Die druk is, doordat de opsporingsambtenaar niet als zodanig herkenbaar is, afwezig. Het feit dat de opsporingsambtenaar undercover optreedt brengt met zich

art. 126ff WvSv. Zie ook in dat verband het, naar aanleiding van een motie van het lid Rouvoet aangenomen, verbod op het 'doorlaten van personen'. (Wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met de regeling van enige bijzondere bevoegdheden en wijziging van enige andere bepalingen (bijzondere opsporingsbevoegdheden); Motie over het doorlaten van personen in de zin van mensensmokkel, vrouwenhandel en wederrechtelijke vrijheidsberoving, Kamerstukken II 1998/99, 25 403, nr. 30). Die – belangrijke materie – is niet in de wet maar in de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden geregeld.

> mee dat hij niet zijn bevoegdheden jegens burgers kan uitoefenen, die hem normaal gesproken toekomen. Hij mag dus ook geen verhoor afnemen. De cautie, die de verdachte erop attendeert dat hij niet aan de op hem uitgeoefende druk hoeft toe te geven, is hier dan ook niet aan de orde. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens stelt in zijn uitspraken over de verklaringsvrijheid van de verdachte eveneens de op de verdachte uitgeoefende druk centraal (...). Die nu zal, zoals gezegd, bij toepassing van deze bevoegdheid gewoonlijk afwezig zijn. Het probleem in de situatie als geschetst is niet de vrijheid van de verdachte ten opzichte van de opsporingsambtenaar om niet te verklaren, maar de schending van het vertrouwen van de verdachte door de opsporingsambtenaar. De verdachte zal niet verwachten dat de informatie die hij prijs geeft, wordt gebruikt voor opsporingsdoeleinden. De opsporingsambtenaar misleidt de verdachte. Deze misleiding wordt gerechtvaardigd door de ernst van de verdenking die tegen de verdachte bestaat, dan wel de ernst van de misdrijven die in het georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd. Dit aspect vormt een van de redenen voor de wettelijke regeling van deze bevoegdheid'.[11]

Als de zwijgrechtnorm inderdaad (alleen) zou inhouden dat een verdachte *bij verhoor* niet kan worden *gedwongen* tegen zijn wil een zichzelf belastende (mondelinge of schriftelijke verklaring) af te leggen, is die norm te omzeilen door het formele verhoor weg te laten vallen. De verdachte behoudt dan zijn zwijgrecht, alleen de situatie waarin het wordt geactiveerd wordt vermeden. Met die formalistische benadering wordt de essentie van de zwijgrechtnorm echter doorkruist, en wordt ten onrechte niet erkend dat misleiding ook deze norm kan aantasten. De lezing van de rechtspraak van het EHRM ten aanzien van het in art. 6 EVRM vervatte zwijgrecht bleek in ieder geval achteraf – op basis van latere rechtspraak van het EHRM – te moeten worden genuanceerd. Niet alleen dwang ten opzichte van de van het onderzoek bewuste verdachte, maar ook misleiding van de onwetende verdachte kan onder omstandigheden onder het bereik van de zwijgrechtnorm vallen.

De implicaties van participatie in het normenveld bleken eveneens moeilijk te doorgronden. Zo zag de eerste nationale rechter die een antwoord moest geven op de vraag of het aanvaardbaar kan worden geacht dat opsporingsambtenaren ter bewijsvergaring participeren in het delict waarvoor de verdachte wordt vervolgd, zich voor een normeringslacune gesteld. In de Tallon-zaak, waarin de Hoge Raad voor het eerst werd geroepen om zich een oordeel te vormen over dergelijke participatie,[12] kon geen heldere norm worden gefor-

11 Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, Kamerstukken II, vergaderjaar 1996–1997, 25 403, nr. 3, (verder: Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden), p. 30.

12 In de Tallon-zaak werd overigens ook de conclusie bereikt dat het zwijgrecht bij misleiding niet aan de orde is. In hoger beroep en cassatie werd namelijk ook aangevoerd dat de verdachte ten onrechte door de undercoveragenten niet was gecautioneerd. Die visie werd niet overgenomen daar er geen sprake was van een formele verhoorsituatie.

muleerd waaraan het optreden diende te worden getoetst.[13] In hoger beroep en cassatie werd enerzijds aangevoerd dat de verdachte ten onrechte door de undercoveragenten niet was gecautioneerd. De Hoge Raad zag daartegen geen bezwaar op basis van de overweging dat geen sprake was van een formele verhoorsituatie. De verdediging voerde anderzijds aan dat de participatie in zichzelf niet aanvaardbaar was, maar kon niet met precisie duiden waarom. De Hoge Raad meende, met de rechtbank en het Hof dat het optreden wel gefiatteerd kon worden, maar kon zich daarbij niet baseren op een betere reden dan die werd opgegeven door de (Amerikaanse) opsporingsambtenaren die de actie hadden uitgevoerd. De stelling dat, indien opsporingsambtenaren gedekt door het openbaar ministerie, het strafbaar feit waarvoor wordt vervolgd, uitlokken en medeplegen, het openbaar ministerie in zijn vervolging niet-ontvankelijk zou behoren te worden geacht, vindt, in haar algemeenheid, geen steun in het recht, aldus de Hoge Raad. De verklaringen van de twee undercover-agenten behoefden ook niet van het bewijs te worden uitgesloten, want de verdachte was door hun optreden 'niet gebracht tot andere handelingen dan die waarop zijn opzet reeds was gericht'. Waarom dat de infiltratie acceptabel maakte, welke norm daarmee niet was overtreden, bleef echter onuitgewerkt.[14]

Ook bij de opstelling van de wettelijke regeling van verschillende participatiebevoegdheden (die in de wet gestalte hebben gekregen als infiltratiebevoegdheden), werden die bevoegdheden niet vanuit het mensenrechtelijk kader geproblematiseerd. Aan de regeling van de infiltratiebevoegdheden werden de volgende overwegingen ten grondslag gelegd:

> '(a)an politiële infiltratie kleven morele dilemma's en bijzondere risico's. Zo is het bijna onvermijdelijk dat de infiltrant strafbare feiten zal plegen. Hij zal in het belang van zijn geloofwaardigheid bijvoorbeeld moeten deelnemen aan de criminele organisatie waarin hij infiltreert. Vaak zal hij ook ernstiger strafbare feiten moeten plegen dan deelname aan een criminele organisatie (artikel 140 Sr). Een tweede dilemma dat zich bij politiële infiltratie voordoet is de vraag of het aanvaardbaar is opsporingsambtenaren bloot te stellen aan een situatie waarin zij het risico lopen te worden besmet door het criminele milieu. Naarmate de infiltratie langer duurt en de infiltrant verder opklimt in de hiërarchie van de organisatie neemt de kans op gewenning aan een criminele levensstijl toe. Politiële infiltratie betekent ook dat opsporingsambtenaren gevaar kunnen lopen voor eigen leven. Als zij door de mand vallen, hetgeen nooit geheel valt uit te sluiten, lopen zij het risico slachtoffer te worden van represailles. Niet alleen zijzelf, maar ook hun familieleden lopen

13 HR 4 december 1979, NJ 1980, 356. (Tallon). Zie voor deze zaak in feitelijk aanleg: Hof Amsterdam, 2 februari 1979, NJ 1979, 211 en Rechtbank Amsterdam, 20 september 1978, NJ 1978, 651.

14 In eerste beschouwing van de regel (later het Tallon-criterium) lijkt een koppeling te zijn gemaakt met een proportionaliteitsnorm: de verdachte was toch reeds geneigd om dergelijke delicten te plegen, *ergo* het is evenredig te achten dat zijn opzet, dat toch manifest zou worden, onder gecontroleerde omstandigheden is geactiveerd.

> dit risico. De vraag of de criminaliteit een zodanige bedreiging vormt dat deze methode aanvaardbaar is, is sinds de jaren '80 door de politie, het openbaar ministerie, de toenmalige verantwoordelijke bewindslieden en het parlement steeds bevestigend beantwoord. Thans staat die vraag niet ter discussie. Evenmin staat ter discussie de noodzaak van een normering van deze methode. Ik onderschrijf het voorstel van de PEC de infiltratie wettelijk te regelen. De zojuist genoemde bijzondere risico's van de politiële infiltratie, kunnen voor een deel worden afgedekt door een heldere wettelijke regeling, waarin de bevoegdheid wordt beperkt tot zware misdrijven of ernstige misdrijven die in georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd, waarin de bevoegde autoriteit wordt aangewezen en waarin overigens wordt voorzien in een adequate controle op de uitoefening van deze bevoegdheid'.[15]

Lange tijd bleef ook onduidelijk welk rechtens te respecteren belang een verdachte heeft bij het achterwege blijven van (disproportionele) (overheids)-participatie, totdat vanuit Straatsburg ter zake opheldering werd verschaft, door de uitwerking van de participatienorm in art. 6 EVRM.

De Straatsburgse rechtspraak ten aanzien van de participatienorm leidde er echter niet toe dat bij de opstelling van de wettelijke regeling rekening werd gehouden met de verdragsrechtelijke eisen in verband met participatie. Het problematische karakter van infiltratie – waar zij gepaard gaat met het deelnemen aan strafbare feiten – werd wel onderkend en werd ter zake een regeling getroffen, echter wederom op basis van het tweede, integriteitscriterium. Ook bij die regeling is dus geen duidelijke koppeling gemaakt met het – hier overduidelijk aanwezige – mensenrechtelijke verdedigingsbelang. Twee vragen rijzen in dat verband. Verschillende aspecten van de bijzondere opsporing die juist art. 6 EVRM opsporingsnormen raken, zoals die ten aanzien van misleiding en participatie, zijn bij de opstelling van de wettelijke regeling

15 Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, p. 29. Ten aanzien van de bevoegdheid tot het undercover stelselmatig inwinnen van informatie golden vergelijkbare overwegingen, hoewel aan die bevoegdheid – omdat de methode zich 'onderscheidt van de politiële infiltrant doordat niet wordt deelgenomen of meegewerkt aan een groep van personen of een georganiseerd verband waarbinnen misdrijven worden beraamd of gepleegd' en de 'opsporingsambtenaar (...) niet (zal) deelnemen aan het plegen of beramen van misdrijven' – minder risico's verbonden werden geacht. Ibidem, p. 34. Daarom werd de stelselmatige informatie-inwinning aan minder strenge voorwaarden gebonden dan de infiltratie. Ibidem. Het tweede selectiecriterium speelde ook een belangrijke rol bij de regeling van de inzet van burgerbijstand aan de opsporing: '(h)et is evident dat aan de inschakeling van een burgerinfiltrant grote risico's zijn verbonden die slechts ten dele door een wettelijke normering kunnen worden beperkt'. Ibidem, p. 46. Overigens werd de wettelijke regeling van de infiltratie ook wenselijk geacht omdat daarbij 'onder omstandigheden de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen in het geding kan zijn'. Ibidem, p. 30. Datzelfde geldt voor de stelselmatige inwinning van informatie: '(d)e opsporingsambtenaar observeert (...) niet alleen, maar interfereert actief in het leven van de verdachte. Hij gaat daarbij verder dan alleen waarnemen of luisteren. Gelet op de stelselmatigheid waarmee dit kan gebeuren, kan deze bevoegdheid een inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte'. Ibidem, p. 35.

vooral geproblematiseerd in termen van het integriteitscriterium. Brengt dat met zich mee dat de integriteitsonderdelen van de wettelijke regeling dan volledig samen met die aspecten van de bijzondere opsporing die in de verdragsrechtspraak door art. 6 EVRM worden beheerst?[16] Dat moet worden geacht niet het geval te zijn. Zoals blijkt uit Buruma's omschrijving van dat integriteitscriterium,[17] gaat het daarbij om een zeer ruime en gevarieerde categorie, die inderdaad niet per se samenvalt met een verdedigingsbelang. Integriteit betreft ook de algemene, institutionele of organieke gezondheid van het strafvorderlijk handhavingsapparaat en raakt morele en ethische vragen als die naar de wenselijkheid van fenomena als het plegen van strafbare feiten door de overheid om criminaliteit te bestrijden. Integriteit betreft dus een ruimere notie dan die onderdelen en aspecten van de bijzondere opsporing die eerlijk-proces-normen raken. Omgekeerd, bepaalde aspecten van de bijzondere opsporing die in het nationale recht onder de integriteitsnoemer zijn geregeld hebben wél raakvlakken met art. 6 EVRM.

De tweede vraag is of het bezwaarlijk is dat bij de aspecten van de bijzondere die beheerst worden door opsporingsnormen in art. 6 EVRM, de verbinding met het eerlijk-proces-recht niet is gemaakt, voor zover in dat verband, weliswaar op basis van het integriteitscriterium, een regeling is getroffen waarin

16 Niet kan worden miskend dat ook buiten de sfeer van art. 6 EVRM, andere verdragsrechten of het verdedigingsbelang in bredere zin, de integriteit van strafvordering onmiskenbaar een zelfstandige en cruciale betekenis heeft. Waar de regeling van de bijzondere opsporing tekortschiet ten aanzien van het behoud van institutionele of organieke integriteit kan dat als even ernstig worden opgevat als mogelijke lacunes ten opzichte van de mensenrechtelijke sfeer. Integriteitskwesties die losstaan van de rechten van verdachten kunnen de essentie van de legitimiteit van het overheidsoptreden betreffen. Zij kunnen daarmee direct de kern van het rechtstatelijk welzijn raken. Niet kan worden veronachtzaamd dat de regeling en algemene ordening van de bijzondere opsporing, ook buiten de sfeer van individuele mensenrechten, een fundamenteel belang geniet binnen de context van de ordenende en legitimerende functie van het recht. Een deugdelijke regeling van de bijzondere opsporing alleen vanuit het mensenrechtelijk verdedigingsperspectief zal zeker niet voldoende zijn. Nogmaals, dit onderzoek is echter alleen gericht op één aspect van de beheersingsproblematiek, namelijk de normering van de bijzondere opsporing, bezien vanuit het verdragsrechtelijk mensenrechtenperspectief, toegespitst op de bescherming van de verdachte tegen op onrechtmatige opsporingsonderzoeken gebaseerde strafvervolgingen.

17 De bedoelde omschrijving luidt als volgt: '(w)at onder integriteit van de opsporing moet worden verstaan als categorie naast het handelen overeenkomstig grondrechten is voor debat vatbaar. In elk geval gaat het niet om zeer om de concrete rechten van verdachten, maar om het algemene belang dat bij de rechtspleging betrokken autoriteiten handelen overeenkomstig hun algemene taak om misdaad op rechtmatige wijze te bestrijden; dat betekent bijvoorbeeld dat de opsporing niet opzettelijk gepaard gaat met ongerechtvaardigde persoonlijke verrijking van de betrokken ambtenaren, of met de bevordering van andere ernstige misdrijven van die waarop de opsporing gericht is, of met misleiding van de met toezicht en rechtspraak belaste autoriteiten met het opzet dezelver beoordeling te beïnvloeden. Essentieel voor het waarborgen van die integriteit is de notie van de controleerbaarheid'. Y. Buruma, aant. 7 op art. 126g-126gg (suppl. 121, april 2001), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

feitelijk dezelfde eisen worden gesteld, of – los van dat criterium – een vergelijkbare regeling al bestaat in het nationale recht.

Die vraag moet wel in positieve zin worden beantwoord. In de eerste plaats kan, zonder dat voorafgaande bezinning heeft plaatsgevonden ten aanzien van de volledige strekking van de opsporingsnormen in art. 6 EVRM, niet zondermeer de conclusie worden getrokken dat nationale regelingen volledig samenvallen met verdragsrechtelijke eisen. In de tweede plaats wordt – ook wanneer de wettelijke kaders wel overeen zouden stemmen met de kaders in art. 6 EVRM – door het uitblijven van de erkenning van de raakvlakken met art. 6 EVRM opsporingsnormen, de mensenrechtelijke status van de eerlijk-proces-opsporingsnormen veronachtzaamd. Dat bevordert de normbevestiging niet: naleving van de uit 'integriteitsoogpunt' gestelde regels is dan te weinig cruciaal.

Concreter is dat door het uitblijven van een koppeling aan art. 6 EVRM het verdedigingsbelang bij naleving van die regeling niet of niet in volle omvang wordt erkend. Dat geeft de rechter, bij zijn beoordeling van de aan normschending te verbinden gevolgen, te veel ruimte om de normschending te relativeren. Op het niveau van de wettelijke regeling zelf, heeft de miskenning van de raakvlakken tussen bijzondere opsporingstoepassingen en eerlijk-procesrechten bovendien tot het concrete gevolg geleid, dat bij die raakvlakken niet is gekozen voor dezelfde procedurele waarborgen die wel zijn verwerkt bij toepassingen die werden geacht zware inbreuken op het privacyrecht te maken. Bij de bevoegdheden tot het afluisteren van telecommunicatie en vertrouwelijke communicatie is immers gekozen voor zware begeleidende waarborgen. Voor de toepassing van die bevoegdheden is een machtiging van de rechter-commissaris vereist. Uitgangspunt van de wettelijke regeling is daarmee dat simultaan rechterlijk toezicht – weliswaar in afgezwakte vorm[18] – noodzakelijk is waar vergaande inbreuken worden gemaakt op mensenrechten. Wanneer dat uitgangspunt zou worden doorgevoerd en de betekenis van art. 6 EVRM opsporingsnormen erkend, zou dat moeten leiden tot de gevolgtrekking dat simultaan rechterlijk toezicht ook noodzakelijk is bij bijzondere opsporingstoepassingen die het zwijgrecht en de participatienorm raken. Nu de dergelijke toepassingen alleen onder het integriteitscriterium zijn besproken, is ten aanzien van de ter zake doende bevoegdheden ook weer gekozen voor het intern toezichtsysteem, uit te voeren door het openbaar ministerie zelf. Daarbij is ook gekozen voor een gradueel oplopende structuur: naarmate bevoegdheden meer precair worden geacht in termen van integriteit, geldt een zwaardere procedure. De

18 Gedoeld wordt op de omstandigheid dat enkel een machtiging behoeft te worden verkregen van de rechter-commissaris en dat de toepassing van de bevoegdheden niet in die zin onder rechterlijk toezicht zijn gebracht dat zij alleen in het verband van een gerechtelijk vooronderzoek kunnen worden uitgeoefend, zoals dat eerder wel het geval was ten aanzien van de bevoegdheid tot het afluisteren van telecommunicatie.

ter zake doende regels zijn ook niet (volledig) opgenomen in de wet,[19] maar zijn neergelegd in de Aanwijzing Opsporingsbevoegdheden, een richtlijn van het College van Procureurs-generaal.[20]

Pas met een eigen, integrale analyse had in de nationale sfeer een onderscheid kunnen worden gemaakt tussen die aspecten van de bijzondere regeling die (alleen) uit zorgvuldigheidsoverwegingen een wettelijke regeling *wenselijk* maken en die aspecten die wettelijk geregeld *moeten* worden (althans die onderhevig moeten worden gemaakt aan bepaalde uit het verdrag dwingend voortvloeiende eisen), niet alleen omdat art. 8 EVRM daartoe verplicht, maar ook in de gevallen dat zulks voortvloeit uit art. 6 EVRM.

Daarenboven bestaat nog altijd de kans dat er ook buiten het zwijgrecht en de participatienormen nog nadere opsporingsnormen relevant zijn voor de bijzondere opsporing. Ook dat geval zal regeling op basis van het integriteitscriterium – voor zover op die basis al tot regeling is overgegaan – eveneens onvoldoende zijn. Wat te denken van een fenomeen als bewust niet handelend optreden bij wetenschap ten aanzien van strafbare feiten of de inzet van criminele burgerinfiltranten, aspecten van de bijzondere opsporing die eveneens niet vanuit het mensenrechtelijk perspectief, maar alleen vanuit integriteitsoverwegingen zijn betrokken bij de regeling van de bijzondere opsporing. Niet kan worden uitgesloten dat art. 6 EVRM ook in die contexten nadere normen stelt. Welke implicaties heeft de bijzondere opsporing voor de vertrouwensrelatie tussen de verdachte en zijn raadsman? Ook ten aanzien daarvan is een bijzondere regeling getroffen,[21] evenwel is die problematiek niet in termen van art. 6 EVRM in beschouwing genomen. Zijn kortom alle raakvlakken met (mensenrechtelijke) normen thans wel bekend of gaan zich nog meer normen manifesteren in de rechtspraak van het EHRM?

Ervaringen tot dusver wijzen erop dat er in ieder geval niet van uit kan worden gegaan dat de thans bereikte wettelijke regeling als voltooid en ideaal kan worden aangemerkt. De kans bestaat ook dat nog nadere normen ten aanzien van de bijzondere opsporing zich zullen manisfesteren. Normering van de bijzondere opsporing kan derhalve niet beperkt blijven tot een eenmalige exercitie, maar moet worden opgevat als een voortdurend analytisch en evolutief proces, alleen op toereikende wijze uit te voeren vanuit een zo breed mogelijk perspectief, onbelemmerd door te formalistische opvattingen

19 Art. 140a WvSv betreft wél een wettelijk component van de regeling.

20 Aanwijzing Opsporingsbevoegdheden, (laatstelijk aangepast op 11 november 2004 (in werking getreden op 1 december 2004), Staatscourant 2004, 227). Het gaat daarbij wel om een aanwijzing in die zin van art. art. 130, vierde lid, Wet RO, derhalve met externe werking. (De geactualiseerde Aanwijzing is te raadplegen op de website van het openbaar ministerie, http://www.om.nl/bob/).

21 Zie art. 126aa WvSv en het Besluit bewaren en vernietigen niet gevoegde stukken.

over soms niet meer toeschietelijk normbegrip.[22] Van een wezenlijk belang is daarbij de herkenning van de variëteit van de normdiscrepanties die zich kunnen voordoen.

3) De precaire verhouding tussen de bijzondere opsporing en beweeglijke art. 6 EVRM normen

Bijzondere opsporingstoepassingen die art. 6 EVRM-normen raken laten zich aldus moeizaam kwalificeren in termen van (specifieke) eerlijk-proces-recht normen. Dat ligt enerzijds aan de diffuse aard van die toepassingen zelf, anderzijds aan het gebleken aanpassingsvermogen van art. 6 EVRM normen in het verband van de bijzondere opsporing. Art. 6 EVRM-normen blijken immers niet statisch te zijn, maar ontwikkelen zich met de bijzondere opsporing mee.

Bepaalde normen en mechanismen zijn met de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden ingevoerd die art. 6 EVRM eisen weerspiegelen. Dat is echter niet gebeurd vanuit het besef dat die laatste eisen bestaan. Het zwijgrecht bestond al, evenals mechanismen die de nationale componenten vertegenwoordigen van het verdragsrechtelijke kader voor de toetsing van de eerlijkheid van het bewijsgebruik. Beide onderdelen vn het nationale recht werden niet getoetst op bruikbaarheid in verband met de eisen van het verdrag in verband met de bijzondere opsporing. Het Tallon-criterium is wel ingevoerd op basis van de erkenning van implicaties van de bijzondere opsporing, echter ook weer niet vanuit het bewustzijn ten aanzien van de verdragsrechtelijke participatienorm, maar uit overwegingen van – vooral buiten de sfeer van het verdedigingsbelang vallende – integriteitsoverwegingen. Het is dus niet in de wet opgenomen omdat toepassingen waarbij het relevant is mensenrechten raken, maar omdat daarmee strijdig optreden niet zou passen bij een integere strafvor-

22 Zie in dat verband de Memorie van Toelichting bij de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden met betrekking tot de normering vanuit het perspectief van het privacyrecht: '(h)et is uiteraard niet mogelijk een limitatieve opsomming en regeling te geven van alle in de toekomst denkbare opsporingsactiviteiten die wellicht óók een inbreuk op de privacy zouden kunnen maken. De ontwikkelingen in de diverse vormen van criminaliteit, die hun oorsprong overigens mede in allerlei technologische ontwikkelingen hebben, vereisen dat ook de opsporingsmethoden zich voortdurend verder ontwikkelen. Het is onvoorspelbaar welke nieuwe opsporingsmethoden als gevolg daarvan ontwikkeld zullen worden, laat staan dat aangegeven zou kunnen worden in hoeverre deze nieuwe methoden een inbreuk op de privacy kunnen maken. Verder is van belang dat privacy geen scherp omlijnd begrip is. Wat naar huidig inzicht geen privacy-inbreuk is, is dat over enige tijd wellicht wel. Het zal om deze redenen ook in de toekomst kunnen voorkomen dat de rechter als eerste wordt geroepen om te beoordelen of een bepaalde opsporingsactiviteit een inbreuk op de privacy maakt. Zodra als gevolg daarvan in voldoende mate is komen vast te staan dat een opsporingsmethode een inbreuk op de privacy inhoudt, zal de wetgever uiteraard zijn verantwoordelijkheid moeten nemen en een regeling van die methode moeten geven'. Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, p. 12.

derlijke overheid.[23] Dat de wetgever niet heeft kunnen antificepren op EHRM-rechtspraak in verband met derelijke normen mag begrijpelijk worden geacht, de wetgever heeft ook niet gereageerd op de Straatsburgse rechtspraak.

Nog altijd geldt dat de relevante – inmiddels in de rechtspraak van het EHRM duidelijker aangereikte – verbanden tussen aspecten van de bijzondere opsporing en het eerlijk-proces-recht in de wet niet uitdrukkelijk worden erkend. Dat bevordert de normbevestiging niet: de nationale rechter wordt gedwongen zijn aanknopingspunten niet in de wet, maar in de Straatsburgse rechtspraak te zoeken. Die rechtspraak verschaft echter geen sluitende algemene formules, maar geeft op de bijzondere casuïstiek toegespitste, incidentele richtlijnen. Wanneer de rechter op basis van die rechtspraak een oplossing moet vinden voor tal van uiteenlopende situaties, kan dat leiden tot inconsistente toepassingen in de nationale rechtspraak. De nationale wetgever dient, kortom, tot een eigen bezinning komen omtrent de betekenis van art. 6 EVRM op de bijzondere opsporing. Daarbij is van belang dat goed begrip bestaat van de beweeglijkheid van art. 6 EVRM-normen. Gebleken is immers dat de reikwijdte van die normen op verrassende wijze kan worden aangepast en dat nieuwe normen zich kunnen aandienen. Dat de duiding van de relatie tussen art. 6 EVRM en de bijzondere opsporing voltooid is, staat geenszins vast.

5.2.2 De grondslag van eerlijkheidsnormen, waarheidsvinding versus probiteit

5.2.2.1 Waarheidsvinding én probiteit

Welk doel ten grondslag ligt aan een bepaalde regel is bepalend voor de reikwijdte en werking van die regel. Het niet onderkennen van de volledige strekking van het doel van een mensenrechtelijke norm kan er toe leiden dat een raakvlak met een bijzondere opsporingstoepassing wordt gemist, ook al wordt bij die toepassing een integriteitsaspect onderkend. Een wel aanwezige, (mensenrechtelijke), verdedigingsbelang kan dan te gemakkelijk – en ten onrechte – buiten afwegingen worden gehouden. Gedifferentieerd kan worden tussen enerzijds rechten die een (hoofdzakelijk) instrumenteel karakter hebben en die de verwezenlijking van doelen als waarheidsvinding en probiteit bevorderen. Anderzijds zijn er autonome rechten, de naleving waarvan zelfstandig bepalend is voor de eerlijkheid. In het laatste geval dient nader te worden geconcretiseerd waartoe die probiteitsnormen strekken, welke specifieke belangen beogen zij te waarborgen. De reikwijdte van een regel wordt op de volgende wijze door dergelijke doelen bepaald: handelen dat die niet in strijd

23 Dat geldt, als gezegd, ook voor andere – vanuit mensenrechtelijk perspectief nog uitermate diffuus te achten – aspecten van de bijzondere opsporing die op basis van het integriteitscrtierium zijn ingevoerd, zoals de inzet (bijstand) van burgers bij de opsporing en de gecontroleerfde aflevering en doorlating, in art. 126ff WvSv.

is met het onderliggende doel, zal veelal niet worden begrepen als een (niet te relativeren) schending van die norm. Als het doel van een bepaalde regel alleen de bevordering van de waarheidsvinding is, zal niet-inachtneming van die regel niet problematisch zijn indien de waarheidsvinding daardoor niet gefrustreerd wordt. Als een regel gericht is op de bescherming van een bepaald recht van de verdachte, maar bij niet-naleving van die regel juist dat beschermde recht niet is geraakt, zal eveneens niet kunnen worden gesproken van een (in ieder geval problematische) schending.

In het inleidend hoofdstuk is gesteld dat art. 6 EVRM rechten veelal een hybride karakter hebben: zij kunnen worden ingezet ten behoeve van de verwezenlijking van verschillende doelen. Aan de verdachte komen verschillende procesrechten toe die hem in staat stellen zijn processtandpunten te adstrueren. Zijn recht op informatie (in algemene zin), op rechtsbijstand, op gemotiveerde uitspraken en dergelijke kunnen allen worden ingezet in het kader van de inhoudelijke vaststelling van de schuldvraag (dus in de context van waarheidsvinding). Zij kunnen ook worden ingezet in het kader van zijn verzet tegen de eerlijkheid van het bewijsgebruik, gelet op de probiteit van het voor- (maar ook eind)onderzoek. Andere normen als het zwijgrecht en het bredere *nemo tenetur*-beginsel hebben een minder instrumenteel karakter. Niet kan worden miskend dat die normen in bepaalde mate wel degelijk samenhangen met de bevordering van de waarheidsvinding. Oneigenlijke dwang om wel mee te werken kan juist tot onbetrouwbaar bewijs leiden. Ook bij uiterst betrouwbare resultaten, kan evenwel het gegeven dat het zwijgrecht is geschonden een onomkeerbare belemmering opwerpen voor de eerlijkheid. Een norm als die ten aanzien van participatie moet worden geacht zuiver autonoom te zijn: de inhoudelijke betrouwbaarheid van daarmee verkregen bewijs is amper problematisch; de participatienorm dient te worden nageleefd enkel uit probiteitsoverwegingen.

Uitgangspunt is hier dat in de verdragsrechtspraak en in het nationale recht beide doelen van waarheidsvinding en probiteit ten grondslag worden gelegd aan eerlijk-proces-rechten. Daarmee is evenwel niet gezegd in welke mate (één van) die doelen domineren in de uitleg van de reikwijdte van verschillende rechten en welke deelaspecten van probiteit (welke rechten van de verdachte) door bepaalde normen worden beschermd. De enkele erkenning van een autonome probiteitsgrondslag brengt niet met zich mee dat die grondslag ook sterk is. De erkenning van een algemene probiteitsgrondslag bij normen is eveneens onvoldoende: juist het specifieke belang dat wordt beschermd dient te worden gesignaleerd, opdat de reikwijdte van de norm deugdelijk kan worden vastgesteld. Belangrijke vragen zijn dus *in hoeverre* het Hof bij bepaalde normen een intrinsieke waarde toekent, los van eventuele invloed die schending daarvan zou kunnen hebben op inhoudelijke betrouwbaarheid (en daarmee de waarheidsvinding), en welk specifiek belang daarin wordt gewaarborgd. De vervolgvraag is dan of in het nationale recht voldoende recht wordt gedaan aan die (specifieke) intrinsieke waarden.

5.2.2.2 De onjuiste transformatie van rechtmatigheidsgebreken in betrouwbaarheidsgebreken

Vooral wanneer zij geïsoleerd wordt bezien, lijkt de rechtspraak van het EHRM inzake de doorwerking van privacyschendingen in de eerlijkheid van strafvervolgingen tot de conclusie te moeten leiden dat het EHRM in het verdrag juist geen ruimte ziet voor (een sterke) doorwerking van normschending in het vooronderzoek bij het eindonderzoek. Schalken spreekt die gevolgtrekking tegen, waar hij in zijn noot bij het *Khan*-arrest stelt dat daaruit moeilijk algemene conclusies vallen te trekken ter zake, omdat het in dat arrest '(i)n de eerste plaats (niet) gaat (...) om onrechtmatigheid in het algemeen, maar om schending van het recht op privacy in de zin van art. 8 EVRM en dan ook nog om een specifieke variant daarvan. In de tweede plaats kan evenmin gezegd worden dat het Hof niets van de bewijsuitsluitingsregel wil weten'.[24] Het is niet zo dat het Hof géén betekenis hecht aan normschending in het opsporingsonderzoek: het Hof hecht weinig belang aan bepaalde typen privacyschendingen. Bij andere typen normschending stelt het Hof zich anders op, daaruit blijkt dat:

> 'Straatsburg (...) de consequentie van onrechtmatige bewijsverkrijging dus niet altijd aan de nationale rechter over(laat). De vraag is dan ook niet of het Hof de bewijsuitsluitingsregel al of niet toepast, maar in welke gevallen het Hof het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal al dan niet in strijd met art. 6 EVRM oordeelt'.[25]

Tot zover volgt Schalken aldus dezelfde lijn die in dit onderzoek wordt aangehouden. Het Hof leest het doorwerkingsconcept wel in het verdrag, de doorwerking van *privacynorm*schendingen is alleen zwak. De – tot voor kort – door hem aangehouden verklaring voor 's Hofs differentiatie in de waardering van de gevolgen die aan verschillende typen normschending dienen te worden verbonden, wijkt evenwel af van het hier aangehouden standpunt.

Zijn verklaring komt erop neer dat een normschending pas betekenisvolle doorwerking heeft indien zij de *inhoudelijke betrouwbaarheid* van het bewijs aantast.

> 'Het valt op – zie ook de noot van Knigge onder het arrest inzake Teixeira de Castro – dat het Hof, ook terminologisch, een nauwe relatie legt tussen de onrechtmatigheid van de bewijsverkrijging en het risico van onbetrouwbaarheid voor de bewijsvoering. Dit past in een bredere trend in de Straatsburgse rechtspraak (...). Daarin wordt een doorslaggevend accent gelegd op de vrijwilligheid waarmee een verdachte (soms zijns ondanks) aan het bewijs in zijn zaak heeft meegewerkt. In

24 Noot Schalken bij EHRM 12 mei 2002, *Khan v. Het Verenigd Koninkrijk*, NJ 2002, 180, (m.nt. Sch).

25 Ibidem.

> Khan overweegt het Hof met zoveel woorden dat de afgeluisterde verklaringen "voluntarily" zijn afgelegd (par. 36). Wanneer het om bewijsmateriaal gaat dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat (...) – dat zijn in elk geval niet de eigen vrijwillig afgelegde verklaringen – kan de bewijsverkrijging niet verdachte's recht op een eerlijk proces (inclusief het nemo tenetur-beginsel) in gevaar brengen. Want bij dat type bewijsmateriaal – anders dan bij wat onder dwang of door misleiding werd verkregen – kan de betrouwbaarheid niet of nauwelijks worden beïnvloed'.

Die invloed die normschending kan hebben op de betrouwbaarheid van het bewijs wordt volgens Schalken in de recente rechtspraak dan ook steeds vaker gecentraliseerd. In *J.B. v. Zwitzerland*[26] werd het onder dwang vorderen van stukken die door de verdachte nog opgesteld moesten worden in strijd geacht met het *nemo tenetur*-beginsel. Met dat beginsel was in *P.G. en J.H.* bij de heimelijke opname van de stemmen van de verdachten[27] geen strijdigheid, maar alleen omdat het stemgeluid 'kon worden gelijkgesteld met forensisch materiaal dat bestaat los van de wil van de verdachte'.[28] De privacyschending in die laatste zaak kon, evenals in het geval van Khan, niet leiden tot een negatief oordeel over het bewijsgebruik onder art. 6 EVRM, hetgeen Schalken aldus verklaart: '(d)e betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal was immers niet in het geding. Het bewaken van de betrouwbaarheid zou in strafprocessen het juridisch imperatief moeten zijn. Elk serieus risico van onbetrouwbaarheid tast de integriteit van de waarheidsvinding aan'. Dat brengt Schalken tot de conclusie dat het erop lijkt dat het Hof

26 EHRM 3 mei 2001, *J.B. v. Zwitserland,* EHRC 2001/7, nr. 45, p. 420 (m.nt. K.Albers).

27 Van de verdachten werden stemmonsters genomen met het doel hun stemmen te vergelijken met die van personen die eerder in een woning via direct afluisteren waren opgenomen.

28 EHRM 25 september 2001, *P.G. en J.H. vs Verenigd Koninkrijk*, EHRC 2001/10, nr. 76, p. 697 m.nt. T. Spronken, § 47. Zie ook EHRM 17 december 1996, *Saunders v. Het Verenigd Koninkrijk*, Reports 1996-VI, § 69. Uit *Saunders* (§ 71), volgt eveneens dat het zwijgrecht zich niet alleen uitstrekt over direct belastende verklaringen die de verdachte onder dwang of misleiding heeft afgelegd: '(i)n any event, bearing in mind the concept of fairness in Article 6 (art. 6), the right not to incriminate oneself cannot reasonably be confined to statements of admission of wrongdoing or to remarks which are directly incriminating. Testimony obtained under compulsion which appears on its face to be of a non-incriminating nature – such as exculpatory remarks or mere information on questions of fact – may later be deployed in criminal proceedings in support of the prosecution case, for example to contradict or cast doubt upon other statements of the accused or evidence given by him during the trial or to otherwise undermine his credibility. Where the credibility of an accused must be assessed by a jury the use of such testimony may be especially harmful. It follows that what is of the essence in this context is the use to which evidence obtained under compulsion is put in the course of the criminal trial'.

> '(...) uitsluiting van bewijs niet als sanctie ziet, maar als onderdeel van een betrouwbare rechterlijke oordeelsvorming in relatie tot het bewijs'.[29] (...) 'Dat het Straatsburgse Hof niet uit is op een processuele sanctionering van verdragsschendingen – in die zin dat een verdragsschending bij betrouwbaar bewijs in principe niet ten koste hoeft te gaan van het strafproces – kan mede worden afgeleid uit de regelmatige vaststelling dat de enkele constatering van een EVRM-schending voldoende genoegdoening is voor degene wiens recht geschonden is'.[30,31]

Om verschillende redenen is deze verklaring niet houdbaar. Schalken's redenering is dat wanneer de verdachte wordt onderworpen aan oneigenlijke dwang, het bewijs dat via dwang is verkregen, inhoudelijk onbetrouwbaar wordt. Het bewijsgebruik is dan vanwege die inhoudelijke onbetrouwbaarheid problematisch. Bij bewijs dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat, is bij gedwongen afname geen sprake van een wilsdoorbreking, omdat dergelijk bewijs niet wordt beschermd. Bij bewijs dat in principe wel wordt beschermd, maar niet via oneigenlijke dwang is afgenomen, is de inhoudelijke betrouwbaarheid niet in het geding, omdat de verdachte vrijwillig heeft meegewerkt.

Zijn redenering gaat ten onrechte uit van een vast verband tussen oneigenlijke dwang en inhoudelijke onbetrouwbaarheid. In gevallen waarin de verdachte wordt gedwongen tot doorbreking van zijn zwijgrecht en/of zijn recht niet mee te werken (het *nemo tenetur*-beginsel), kan dat inderdaad leiden tot onbetrouwbaar bewijs, maar dat geldt alleen voor een zeer bepaald type dwang. Zodanige dwang kan worden uitgeoefend op de verdachte, waartegen hij zo slecht bestand is dat hij, de waarheid ten spijt, alleen om de dwang te doen ophouden, tot een zichzelf belastende verklaring zal komen. Waar het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel tegen dergelijke dwang beschermen, hebben zij inderdaad een instrumentele functie, ter bevordering van waarheidsvinding. Anderzijds moeten die normen evenwel autonoom, als doel in zichzelf worden opgevat. Als zodanig respecteren zij de vrije wilsbeschikking van de

---

29 Zie het, ook door Schalken aangehaalde, T. Schalken/K.Rozemond, Nieuwe opsporingsmethoden: dient elke onrechtmatigheid te worden gesanctioneerd? in NJB 1997/30, p. 1365, m.n. p. 1368.

30 Met verwijzing naar: EHRM 24 april 1990, *Kruslin en Huvig* , NJ 1991, 523, m.nt. EJD, § 39.

31 Zie ook HR 9 maart 2004, NJ 2004, 263, m.nt. Sch, waarin Schalken wederom vooral het betrouwbaarheidsaspect ten grondslag legt aan 's Hofs oneerlijkheidskwalificaties. Daar erkent hij ook het belang van een 'ethisch aspect', maar blijft dat ondergeschikt achten aan het waarheidsvindingsdoel: '(h)et lijkt erop dat het Europese Hof kwesties van publiekrechtelijke ethiek alleen impliciet of in algemene zin aan de orde stelt en niet als zelfstandige grond hanteert bij de beoordeling van de vraag of in strijd met het EVRM is gehandeld. Het gaat tenslotte steeds om de vraag in hoeverre concreet in strijd met het recht op een eerlijk proces (of andere rechten) is gehandeld. Er moet dus een directe relatie bestaan tussen de wijze van bewijsverkrijging en de inbreuk op het EVRM. Als die relatie bijv. geen invloed heeft op de betrouwbaarheid van het bewijs (of het risico op onbetrouwbaarheid niet vergroot), lijkt er geen bezwaar tegen te zijn om onrechtmatig verkregen informatie die (direct of indirect) betrouwbaar bewijs heeft opgeleverd, toch voor de bewijsvoering te gebruiken'.

verdachte om zijn procespositie te bepalen. Dat brengt met zich mee dat het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel ook overeind blijven indien oneigenlijke dwang is toegepast, maar dat niet tot inhoudelijk onbetrouwbare resultaten heeft geleid. Ook als kan worden uitgegaan van de juistheid van de onder dwang verschafte informatie, blijven die rechten immers geschonden als de verdachte er aanspraak op maakte niet te hoeven meewerken. Het is juist dat 'elk serieus risico van onbetrouwbaarheid (de) integriteit van de waarheidsvinding aan (tast)', maar ook elk serieus risico dat de verdachte de aan hem toekomende rechten niet heeft kunnen uitoefenen tast evenzeer de eerlijkheid aan.

Schalken's verklaring wordt mede ontkracht door de zaken die hij aanhaalt ter ondersteuning van zijn standpunt. Zo stelt hij dat in *P.G. en J.H.* de door het Hof vastgestelde privacyschending niet leidde tot het oordeel dat het bewijsgebruik oneerlijk was, *omdat* het bewijs betrouwbaar was, want gelijk te stellen met bewijs dat bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte. Schalken doelt daarmee op bewijs als lichaamsmateriaal en (reeds bestaande) bescheiden, die zonder toestemming van de verdachte kunnen worden afgenomen, omdat zij – sinds het *Saunders*-arrest[32] – niet door het *nemo tenetur*-beginsel worden beschermd. De eerlijkheid zou dan niet zijn aangetast door bewijsgebruik, omdat er geen wilsdoorbreking was en daarmee ook geen inhoudelijke onbetrouwbaarheid. Het is die laatste schakel in de redenering die evenwel niet noodzakelijk is: het bewijsgebruik was niet oneerlijk, omdat het *nemo tenetur*-beginsel noch het zwijgrecht waren aangetast, omdat stemmonsters daardoor niet worden beschermd.

5.2.2.3 Een meer plausibele verklaring voor de differentiatie tussen normen

Ter verklaring van het slagen van de klachten ten aanzien van het bewijsgebruik in *Teixeira de Castro* en *J.B. v. Zwitzerland* bestaat een meer voor de hand liggende verklaring dan de op de inhoudelijke (on)betrouwbaarheid van de bewijsmiddelen toegespitste oplossing van Schalken.

In die gevallen werd bewijs gebruikt dat was verkregen via schending van opsporingsnormen in art. 6 EVRM zelf, namelijk de participatienorm en het *nemo tenetur*-beginsel. In *Teixeira de Castro* was het bewijs inhoudelijk juist zeer betrouwbaar en ook inhoudelijk onbetwist. Het was de schending van de participatienorm die het bewijsgebruik oneerlijk maakte.

Pluralitas non est ponenda sine necessitate. Logisch is het dat de eerlijkheid eerder of sterker zal zijn aangetast wanneer de aan een bewijsmiddel ten

32 Zie voor een nuancering van de *Saunders*-regel, de uitspraken van het Hof in EHRM 11 juli 2006, *Jalloh v. Duitsland*, Appl.nr.: 54810/00 (GC), NJ 2007, 226; Relatieve ondergrens van artikel 3 EVRM en verruiming van het *nemo tenetur*-beginsel, NJCM-Bulletin, jaargang 32, nr. 3, mei 2007, p. 354-370, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen en EHRM 29 juni 2007, *O' Halloran en Francis v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl.nrs.: 15809/02 en 25634/02, (GC).

grondslag liggende normschending direct een eerlijkheidsnorm van art. 6 EVRM raakt. Privacyschendingen voltrekken zich in een van de eerlijkheidsnotie gescheiden sfeer. Zij werken door wanneer een verbinding kan worden gemaakt tussen de twee sferen doordien de aan de privacyschending ten grondslag liggende onrechtmatigheid tevens een art. 6 EVRM norm raakt. Als een opsporingstoepassing direct een art. 6 EVRM-norm raakt, behoeft ook geen transformatie plaats te vinden.

Die redenering wordt alleen doorbroken door de rechtspraak van het Hof in verband met het gebruik van via schending van art. 3 EVRM verkregen bewijs. Schendingen van die bepaling leiden, ten opzichte van art. 6 EVRM normschendingen, tot even zware, zo niet zwaardere, gevolgen bij bewijsgebruik. De art. 3 EVRM rechtspraak kan evenwel op twee wijzen worden verklaard. Het Hof gaat ofwel uit van een hiërarchische verhouding tussen verschillende verdragsrechten. Schending van het privacyrecht draagt dan gewoonweg minder gewicht dan art. 6 EVRM normen en art. 3 EVRM normen. Vanuit dat perspectief moet art. 8 EVRM in de context van de strafvordering worden opgevat als een relatief ondergeschikt recht. Een alternatieve verklaring is, dat is een wezenlijk verband bestaat tussen art. 3 EVRM en art. 6 EVRM, in die zin dat art. 3 EVRM zelf strafvorderlijke normen bevat die in feite ook tot de kern van het eerlijk-proces-recht behoren. Waar het gaat om bewijsverkrijging via wrede en onmenselijke behandeling en foltering – de type art. 3 EVRM schendingen die inderdaad zeer sterk doorwerken in het kader voor de eerlijkheid van bewijsgebruik – is veel voor dat standpunt te zeggen. De basisprincipes van het moderne strafproces verzetten zich immers bij uitstek tegen deze type dwang bij bewijsverkrijging. 'Because legal process is a civilised replacement of the resolution of conflicts by uncivilised physical prevalence, the abandonment of violence is its foremost purpose. Indeed, it is its constitutive component'.[33] Ergens vallen art. 3 EVRM normen en art. 6 EVRM dan samen.[34] Dat behoeft niet te betekenen dat art. 3 EVRM schendingen in alle situaties (in vergaande mate) effect zullen hebben op de eerlijkheid van een strafvervolging. Zeer denkbaar is dat zich een art. 3 EVRM schending voordoet in de context van een strafvorderlijk onderzoek, die juist geen verband houdt met de eerlijkheid van de strafvervolging (of, meer specifiek, het bewijsgebruik) en die, evenals een privacyschending, strafvorderlijke betekenis ontbeert. De verdachte die terecht kan klagen dat hij lopende de strafvervolging, zijn voorlopige

33 *Concurring opinion* van rechter Zupančić, bij *Jalloh v. Duitsland*, *supra*, noot 32.

34 Zie in dat verband de *dissenting opinion* van rechter Martens bij het *Saunders*-arrest, *supra*, noot 28, over het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel: 'I think that, historically, both rights must be seen as the very negation of the old, inquisitorial notion that a *confession* is an indispensable condition for conviction and therefore must, if need be, be extorted. These immunities thus served the purpose of preventing suspects from being subjected to improper physical or psychological pressure. I accept that both rights – and more especially the right to remain silent – still serve this purpose. Also today it remains necessary to protect suspects under custodial police questioning against such pressure'.

hechtenis heeft moeten ondergaan onder vanuit het perspectief van art. 3 EVRM onacceptabele detentieomstandigheden (een te kleine cel, gebrek aan hygiëne), is niet per se onthouden van een eerlijk proces. Dat laatste kan wel de uitkomst zijn, maar dan zal de detentiesituatie causaal moeten zijn geweest bij bewijsgebruik (hij heeft daardoor een verklaring afgelegd) of zal een andere procesnorm moeten zijn geraakt (hij heeft door de gebrekkige detentiesituatie zich niet op deugdelijke wijze kunnen voorbereiden op zijn proces, zulks in strijd met art. 6 lid 3 onder (b) EVRM).

De verklaring voor de differentiatie in de doorwerking van normschendingen ligt hoe dan ook niet in de inhoudelijke betrouwbaarheid van het bewijs, maar in de aard van de normen zelf. Alle onrechtmatigheden die art. 6 EVRM-normen raken, werken sterk door in de eerlijkheid van het (strafvorderlijk) bewijsgebruik. Vanuit dat perspectief kan een sluitende verklaring worden gegeven – en die geeft de '(on)betrouwbaarheidsoplossing' van Schalken niet – voor alle tot dusver genoemde uitspraken van het Hof.

5.2.2.4 Probiteit als criterium voor eerlijkheid

Latere rechtspraak heeft Schalken – als gezegd – van standpunt doen veranderen. In zijn noot bij het *Jalloh*-arrest stelt hij dat '(o)p basis van de Straatsburgse rechtspraak (...) op goede gronden (kon) worden aangenomen dat voor het Hof de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal een centrale maatstaf vormde (...)'. De lijn van het Hof leek volgens hem ook te zijn dat het Hof '(...) zich niet uitlaat over de toelaatbaarheid van bewijs (en dus ook niet over uitsluiting van bewijs als sanctie op onbehoorlijk optreden), omdat dit in de eerste plaats een zaak is van het nationale recht'. Dat neemt volgens hem '(...) niet weg dat het Hof de wijze van bewijsverkrijging in theorie blijft beoordelen, omdat die een onderdeel is van de vraag of het proces in zijn geheel fair is geweest (...)', waardoor het '(...) voor het Hof heel (werd) moeilijk om nooit iets over uitsluiting van bewijs te zeggen'. Daarin was het Hof volgens Schalken tot Jalloh niet duidelijk:

> '(h)eel lang heeft het Hof zijn neiging taalkundig gecamoufleerd: het ging alleen om schending van het recht op een eerlijk proces. Maar in sommige arresten begon het Hof, hoewel het ontkende de "exclusionary rule" toe te passen, iets andere formuleringen te gebruiken. Soms bleek toch het gebruik van bewijsmateriaal (op een verdragsschennige wijze verkregen) in strijd te zijn met het recht op een eerlijk proces. En toen bleek dat in die zaken niet de betrouwbaarheid van het bewijs ter discussie stond, maar iets anders: de integriteit van de overheid. Het begon met de Portugese zaak Teixeira de Castro (1998), 'n drugsdeal uitgelokt door de politie, later herhaald in enkele vergelijkbare Russische zaken zoals Vanyan (2006) en Khudobin (2006). Toen volgde de Engelse zaak Allan (2002), de bewijsverkrijging was in strijd met art. 6 EVRM, voor zover het ging om het gebruik van verklaringen die de politie via een informant, die in de cel van de verdachte was geplaatst, had

ontfutseld op een zodanige wijze die schending van het zwijgrecht opleverde. En dan volgt, tenslotte, de voorliggende zaak Jalloh.

Alle drie typen zaken komen met elkaar hierin overeen: gebruik van het bewijs werd in strijd geoordeeld met art. 6 EVRM, hoewel de betrouwbaarheid ervan niet werkelijk in het geding was, maar wel de niet-integere manier waarop de overheid te werk ging: stiekem, misleidend (Teixeira), sneaky, buiten de waarborgen van de wet om (Allan), en met miskenning van het meest fundamentele recht op fysieke integriteit (Jalloh)'.

Dat alles doet Schalken zijn standpunt wijzigen:

'(...) het voorgaande leidt ertoe dat uw annotator zijn opvatting – overigens vrijwillig, dus zonder druk van buitenaf – moet aanpassen. Ik kan niet meer volhouden dat in de rechtspraak van het EHRM de betrouwbaarheid van het verkregen bewijs het enige of primaire criterium is (...). Steeds vaker blijkt dus de integriteit van het recht, zeg maar van de overheid, mede in de overwegingen van het EHRM met betrekking tot de wijze van bewijsverkrijging een significante rol te spelen. Dat werd al eerder bepleit door o.a. Lawson, o.c., p. 201. Het EHRM geeft er dus soms de voorkeur aan om – in strijd met zijn eigen uitgangspunt – het optreden van de overheid onder een ethische invalshoek aan de kaak te stellen en daaraan het gevolg van bewijsuitsluiting te verbinden. Het Hof wordt in dat opzicht, over de boeg van het bewijsrecht, steeds punitiever. Bewijsuitsluiting kan bij het Hof dus ook een vorm van sanctie op onbehoorlijk overheidsoptreden zijn'.[35,36]

Onmiskenbaar heeft inhoudelijke onbetrouwbaarheid van bewijs invloed op de eerlijkheid van bewijsgebruik; waarheidsvinding is onlosmakelijk verbonden met eerlijkheid. Zelfs dan is evenwel een transformatie mogelijk naar een eerlijk-proces-norm, namelijk de onschuldpresumptie, welk beginsel moet worden geacht in primaire zin te strekken tegen inhoudelijk onjuiste veroor-

35 Ibidem. Of Schalken dat overigens een onverdeeld gelukkige ontwikkeling acht, is niet helemaal helder uit zijn slotopmerking: '(d)at gezichtspunt is op zichzelf juist en vormt een onderdeel van het rechtsstatelijk eisenpakket. Aan de andere kant: als overheidsethiek een maatstaf voor het EHRM wordt, dan zijn er op Europees niveau nog heel wat veroordelingen in Straatsburg te verwachten. Of dat een uitnodiging is om de subsidiekraan bij de aangesloten landen verder open te zetten?' Ibidem.

36 Het standpunt van Schalken in zijn voornoemde annotatie dat '(...) het Europese Hof in het arrest *Jalloh*, waarschijnlijk voor het eerst, over (gaat) tot het uitdrukkelijk onder woorden brengen van de bewijsuitsluitingsregel' moet voor onjuist worden gehouden'. Overigens spreekt hij zichzelf verderop in zijn noot tegen waar hij eerder in dit verband gewezen uitspraken noemt. Het Hof bouwt reeds lange tijd aan de opbouw en concretisering van het mechanisme voor de toetsing van de eerlijkheid van het bewijsgebruik. Buiten de context van onrechtmatig verkregen bewijs, moet het begin van die ontwikkeling worden gezocht in de eerste toetsing van de eerlijkheid van het gebruik van (om verschillende redenen) precair te achten getuigenverklaringen. In verband moet bewijstoetsing bij onrechtmatig verkregen bewijs, werd deze constructie al toegepast in het *Saunders*-arrest, volgens rechter Zupančić '(...) our own leading case on the exclusion of contaminated evidence'. *Concurring opinion* van rechter Zupančić, bij *Jalloh v. Duitsland*, *supra*, noot 32.

delingen. Overbenadrukking van inhoudelijke betrouwbaarheid doet evenwel geen recht aan de probiteitsgrondslag in het eerlijkheidsconcept. Veronachtzaming van die notie kan ertoe leiden dat de reikwijdte van autonome probiteitsnormen en de effecten die de schending daarvan dienen te hebben op de eerlijkheid van strafvervolgingen, verkeerd worden uitgelegd. Elke mechanisme in art. 6 EVRM dient aldus mede vanuit de probiteitsgrondslag te worden gelezen. Dat geldt niet alleen voor het bewijstoetsingsmechanisme zelf, maar ook voor overige deelrechten. Steeds moet worden bezien wat de precieze aard is van een bepaald deelrecht: strekt het ter bevordering van een bepaald doel of vertegenwoordigt het zelf een intrinsieke proceswaarde? In geval van schending daarvan: vanuit welke grondslag is die schending manifest en wat is de betekenis daarvan voor de gevolgen die aan de schending dienen te worden gekoppeld?

5.3 HET ZWIJGRECHT EN BIJZONDERE OPSPORING

Thans wordt ingegaan op het zwijgrecht zoals zij door het Hof van toepassing is geacht in de context van het heimelijk bijzondere opsporingsonderzoek. Zulks om vast te stellen waarop het zwijgrecht in dat verband berust en om te pogen daaruit een algemeen beeld ten aanzien van de reikwijdte van het zwijgrecht in verband met de bijzondere opsporing te komen. Dat vergt evenwel dat eerst een algemeen beeld wordt geschapen ten aanzien van niet alleen het zwijgrecht, maar ook van overige verdragsnormen waarmee het sterk in verbinding staat.

5.3.1 Zwijgrecht, grondslag en reikwijdte

5.3.1.1 Grondslag

Het zwijgrecht behoort onmiskenbaar tot de meest complexe en problematische van alle verdragsnormen. Door het Hof impliciet ingelezen in art. 6 lid 1 EVRM, wordt het zwijgrecht in de verdragsrechtspraak structureel gekoppeld aan het *nemo tenetur*-beginsel en – die twee normen samen – aan de onschuldpresumptie.

> 'The Court recalls that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6. Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfillment of the aims of Article 6 (...). The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without

> resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention'.[37]

De onschuldpresumptie is vervat in art. 6 lid 2 EVRM, het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel betreffen impliciete rechten.[38] De keuze van het Hof deze laatste rechten in de eerlijkheidsnotie in te lezen, moet als ingrijpend en zeer autonoom worden opgevat. Niet alleen heeft de verdraggever niet voorzien in deze rechten, zij zijn ook niet verwerkt in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens of het IVBPR.[39] Desalniettemin voelde het Hof zich '(...) entitled to hold as indicated in paragraph 4 above on the ground that these two immunities "are generally recognised international standards ".[40]

Aldus determineren verschillende, allen in zichzelf ingewikkelde en diffuse proceswaarden, gezamenlijk een hoogst complexe beschermingssfeer. Wat de onderlinge verhouding is, of één van die waarden als grondslag voor de ander moet worden gezien, is bijzonder moeizaam te duiden. Het geheel kan nog troebeler worden gemaakt door de toevoeging van nadere samenhangende waarden. In zijn *dissenting opinion* bij het *Jalloh*-arrest, ziet rechter Zupančić een intrinsiek verband tussen het *nemo tenetur*-beginsel en de bewijsuitsluitingsregel: '(...) the exclusionary rule, (...) is simply the preventive remedy and the alter ego of the privilege against self-incrimination' en stelt dat het EHRM in het *Saunders*-arrest '(...) the privilege against self-incrimination and the exclusionary rule' uit de onschuldpresumptie heeft afgeleid. Ashworth stelt, met verwijzing naar Galligan, dat *'the right of silence'* ook kan worden afgeleid uit het privacyrecht:

> 'Galligan argues that the right not to be compelled to vouchsafe one's secrets is particularly important when the aim of questioning is to obtain evidence for use against the person. If the right of privacy is to have any meaning, then these are surely the cases in which it should be asserted. We should no more approve of the imposition of a requirement to answer questions, on pain of adverse inferences, than of the compulsory use of machines that can extract information directly from the human memory'.

De verbinding tussen het privacyrecht en het zwijgrecht is volgens Ashworth dan ook sterker dan die tussen het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel en de onschuldpresumptie: '(t)his rationale can claim to be more fundamental

---

37 *Saunders*, *supra*, noot 28, § 68.

38 Het Hof heeft die rechten in de eerlijkheidsnotie ingelezen in EHRM 8 februari 1996, *Murray v. Het Verenigd Koninkrijk*, Reports of Judgments and Decisions 1996-I, NJ 1996, 725 (m.nt. Kn.). Zie de *dissenting opinion* van rechter Martens voornoemd.

39 *Dissenting opinion* van rechter Martens, *joined* door rechter Kuris, bij *Saunders*, *supra*, noot 28.

40 Ibidem.

than the privilege against self-incrimination and the presumption of innocence, since it is directly connected with the concepts of personhood and respect for individual autonomy'.[41] Ashworth's verklaring voor het verband tussen het zwijgrecht en de onschuldpresumptie is echter even overtuigend:

> '(i)f there is be a presumption that a person is innocent until proved guilty by the prosecution, there appears to be some inconsistency in holding that the defendant can through his or her silence supply an element in that case. Whether this is a true or absolute inconsistency is for analysis elsewhere: because Parliament has introduced a few particular obligations on defendants to deliver records or submit to searches, it has been argued that to take the further step of requiring defendants to answer questions or to risk adverse inferences is 'incremental rather than fundamental'.[42]

In zijn *dissenting opinion* bij het Saunders-arrest duidt rechter Martens het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel, als twee separate, maar aan elkaar gerelateerde immuniteiten. Uit conceptueel oogpunt is volgens hem evident dat het *nemo tenetur*-beginsel (' (...) roughly speaking, the right not to be obliged to produce evidence against oneself'), breder is en het zwijgrecht ('which encompasses the right to silence ('(...) roughly speaking, the right not to answer questions'), omvat. Wat betreft de 'difficult and highly controversial question of the rationale of these two immunities',[43] in de visie van Martens moet de grondslag van beide rechten, gelet op de ter zake doende formule van het Hof omtrent 'protection against improper compulsion by the authorities' en 'avoiding miscarriages of justice and to securing the aims of Article 6', aldus worden begrepen:

> 'I think that, historically, both rights must be seen as the very negation of the old, inquisitorial notion that a confession is an indispensable condition for conviction and therefore must, if need be, be extorted. These immunities thus served the purpose of preventing suspects from being subjected to improper physical or psychological pressure. I accept that both rights – and more especially the right to remain silent – still serve this purpose. Also today it remains necessary to protect suspects under custodial police questioning against such pressure.
>
> I also accept that since there is a not negligible chance that statements made under pressure may be unreliable, the rationale of the immunities under discussion comprises – as the Court put it – the avoidance of miscarriages of justice.
>
> Furthermore, I accept that there is a certain link between these immunities and the presumptio innocentiae as enshrined in Article 6 § 2 in so far as they allow an accused not only to keep silent during police interrogation but also to refuse

41 A. Ashworth, a.w., p. 113-114, met verwijzing naar D. Galligan, The Right to Silence Reconsidered, (1998), CLP, §§ 88-90.

42 Ibidem, p. 113, met verwijzing naar D. Galligan, a.w., § 88.

43 *Dissenting opinion* van rechter Martens, *joined* door rechter Kuris, bij *Saunders*, *supra*, noot 28.

> to answer questions of investigating or trial judges as well as to give evidence himself (...)'.

Die grondslagen rechtvaardigen volgens hem echter niet dat deze rechten door het Hof zo hoog worden gekwalificeerd:

> 'I therefore suspect that other, not explicitly mentioned, rationales have contributed to that qualification. In this context I note that legal writers and courts have frequently accepted a further rationale. Its formulations vary, but they all essentially boil down to the proposition that respect for human dignity and autonomy requires that every suspect should be completely free to decide which attitude he will adopt with respect to the criminal charges against him. On this view it would be improper, because incompatible with such respect, to compel an accused to cooperate in whatever way in bringing about his own conviction. This rationale often seems to be the main justification for the broader privilege against self-incrimination'.

Het Hof lijkt volgens hem in *Saunders* deze laatste grondslag te hebben aangenomen in verband met het zwijgrecht:

> '(t)he present judgment strongly suggests that the Court now has embraced this view. A first argument for this interpretation is that in the second sentence of paragraph 68 it repeats the rationale given in Murray (...) but – by prefacing its quotation by the words "inter alia" – underlines that this is only part of the rationale of the two immunities. A second and still more telling argument is the stress laid, both in the last sentence of paragraph 68 and in paragraph 69, on the will of the accused: the Court now underlines that the privilege against self incrimination is primarily concerned "with respecting the will of an accused person". That comes very near to the rationale outlined above which allies both immunities to respect due to human dignity and autonomy'.

Knigge merkt in zijn noot bij de *Saunders* uitspraak op dat:

> '(u)it het arrest (...) wel de conclusie (is) getrokken dat het Hof het beginsel (het nemo tenetur-beginsel, FPÖ), heeft verengd tot een kwestie met betrekking tot de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal. Afgedwongen verklaringen kunnen onbetrouwbaar zijn, documenten en lichaamsmateriaal worden er niet minder betrouwbaar op als ze onvrijwillig zijn afgestaan. De enige rechtsgrond zou in deze visie het tegengaan van rechterlijke dwalingen zijn'.[44]

Dat strijdt met de analyse van Martens en berust op een verkeerde redenering, aldus Knigge, die meent dat 'de zorg voor de betrouwbaarheid van het bewijs een te beperkte rechtsgrond oplevert'.[45]

---

44 Zie de noot van Knigge bij *Saunders v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 28., met verwijzing naar: DD 1997, p. 402.

45 Ibidem. Zie voor zijn uitgebreide beargumentatie van dat standpunt, zijn voornoemde noot.

5.3.1.2 Reikwijdte, het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel als al dan niet absolute waarden

Onbevredigend als dat is, moet worden vastgesteld dat de verdragsrechtelijke grondslag van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel niet met precisie valt te omschrijven. Dat is niet alleen *in abstracto* bezwaarlijk, de beoordeling van de reikwijdte van deze normen in het concrete geval is daardoor moeilijk. Welke van de hierboven genoemde grondslagen daadwerkelijk een rol spelen bij de inkleuring van deze rechten en het onderscheiden gewicht daarvan, determineren immers de reikwijdte van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel. Welke rol spelen de onschuldpresumptie, privacy, partijautonomie en waarheidsvinding precies? Moet het recht niet mee te werken per se (vooral) uit één van die waarden worden afgeleid, of heeft het ook daarbuiten een zelfstandige betekenis? In ieder geval zou een beperking tot een enkele grondslag tot onzinnige resultaten leiden. Als privacy de (enige) grondslag zou zijn, dan is de reikwijdte van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel zeer beperkt[46] want onderhevig aan evenzovele beperkingen als het privacyrecht, dat in de context van de strafvordering vergaand kan worden genuanceerd. Als de voorkoming van rechterlijke dwalingen als enige of prevalente grondslag moet worden gezien, kan ervan worden uitgegaan dat dwang bij bewijsverkrijging alleen dan bezwaarlijk kan worden geacht indien dat onbetrouwbaar bewijs oplevert. Als partijautonomie prevaleert, zou dat weer tot de slotsom kunnen leiden dat waar de verdachte geen weet heeft van een strafvorderlijk onderzoek – en dus niet wordt gevraagd tot een wilsbesluit te komen ten aanzien van de door hem in te nemen procespositie – hij geen aanspraak maakt op het zwijgrecht. Als het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel alleen bescherming bieden tegen door hem niet te weerstande *dwang*, eveneens. In beide laatste gevallen zou dat erop neerkomen dat in de context van een bijzonder opsporingsonderzoek aan de verdachte inderdaad geen bescherming toekomt vanuit het zwijgrecht of het *nemo tenetur*-beginsel.

De oplossing is dan om ervan uit te gaan dat het hier gaat om noodzakelijkerwijs diffuse rechten, die zich uit de aard daarvan verzetten tegen volledig vaste omlijning. Afhankelijk van de omstandigheden spelen verschillende waarden en onderliggende belangen een (wisselende sterke) rol bij de inkleuring van de reikwijdte van de rechten. De enige optie is om zo goed als mogelijk de verdragsminima te signaleren, vetrekkend vanuit het oogpunt dat verschillende waarden en belangen ten grondslag kunnen liggen aan het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel. Evenals bij het concept van doorwerking van normschending zelf, geldt in ieder geval ook bij het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel dat zij niet uitsluitend wordt beheerst door het doel van waarheidsvinding. In geval van het zwijgrecht betekent zulks dat het recht

46 Zie: A. Ashworth, a.w., p. 114, met verwijzing naar Galligan, a.w., §§ 88-90.

niet alleen kan worden geacht te zijn geschonden indien bepaald handelen ook tot inhoudelijke onbetrouwbaar bewijs heeft geleid. Evenmin kan de zwijgrechtschending worden weggerelatieveerd bij gebleken betrouwbaarheid van het bewijs.

Bezien moet derhalve worden wat het Hof in ieder geval – in de casuïstiek – onder het zwijgrecht verstaat en of het nationale recht aan die minima voldoet. Een andere vraag is dan of de verdragsminima wel toereikend kunnen worden geacht.

1) Het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel in de verdragsrechtspraak

In de verdragsrechtspraak is de discusssie omtrent de grondslag en reikwijdte van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel vooral gecentreerd om de vraag of daaraan absoluut karakter moet worden toegekend. Ofwel de verdachte kan niet worden verplicht mee te werken (dan zijn de rechten absoluut), ofwel kan dat in bepaalde mate wel worden verlangd (dan zijn die rechten niet absoluut). Die vraagstelling houdt verband met de discussie over de grondslag (de grondslag bepaalt immers de reikwijdte en beslist daarmee ook over het al dan niet absoluut zijn van deze rechten).

De vraag naar de (absolute) reikwijdte van de normen hangt echter ook samen met een – als het ware preliminaire – kwestie, namelijk die ten aanzien van de in de tijd wisselende waardering van de merites van het recht van de verdachte niet mee te werken aan een strafvorderlijk onderzoek. Oftewel, welke waarden en belangen aan dat recht ten grondslag worden gelegd, welk gewicht daaraan wordt toegekend en hoe groot daarmee de reikwijdte van het recht is, wordt ten dele ook bepaald door de vigerende opvattingen omtrent het überhaupt toekennen van het recht niet mee te werken. Dat geldt natuurlijk voor de reikwijdte en sterkte van de werking van alle rechten. De merites van het zwijgrecht en het *nemo-tenetur*-beginsel lijken evenwel, vooral wat betreft het al dan niet absolute karakter daarvan, meer dan algemeen onderhevig aan schommelende waarderingen. De materie is intrinsiek precair: '(w)hat is at stake is a knotty, but important question relating to a topic which is not only very controversial but also appears prone to arousing rather strong emotions'.[47]

Het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel kennen sterke, maar overduidelijk ook zwakke periodes. Als zij sterk zijn, worden zij als absoluut opgevat: rechter Zupanćić haalt in zijn *dissenting opinion* bij het *Saunders*-arrest de Amerikaanse rechter Douglas aan, waar deze in *Rochin v. Californie* absolute werking voorschrijft: '(I) think that words taken from (the suspect's) lips, capsules taken from his stomach, blood taken from his veins are all inadmissible provided they are taken from him without his consent. They are

47 *Dissenting opinion* van rechter Martens, *joined* door rechter Kuris, bij *Saunders v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 28.

inadmissible because of the command of the Fifth Amendment'.[48] Probleem bij deze *'prescriptive norm'* is evenwel volgens Zupančić dat de ratio daarvoor '(...) too elemental (...) to be immediately discernible' is.[49] Gevolg daarvan is volgens hem geweest dat de bewijsuitsluitingsregel – die hij, als gezegd, als *alter ego* van het *nemo tenetur*-beginsel ziet – gereduceerd is 'mostly through the consistent commitment of Justice Rehnquist, to a manipulable instrumental rule deriving from the need to deter police misconduct. As such it was yet interpreted, absurdly, in terms of its marginal utility'.[50] Rechter Martens geeft, in zijn *dissenting opinion* bij het *Saunders*- arrest, een geheel andere lezing van het bereik van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel. Zijns inziens heeft het Hof de vraag naar het absolute karakter van de twee immuniteiten in het *Murray*-arrest in het negatieve beantwoord. Toen achtte hij het daarom niet noodzakelijk zich te verzetten tegen een in zijn visie onjuiste benoeming van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel als waarden die 'lie at the heart of the notion of fair procedure'. Met de herhaling van dat standpunt in Saunders wordt dat anders: 'I now do: I feel that this high-strung qualification (...) is somewhat exaggerating the weight of both rights, more particularly that of the privilege against self-incrimination'. De door hem erkende grondslagen kunnen geen van alleen die kwalificatie dragen, aldus Martens:

> '(a)ssume that the "right to silence" and the "privilege against self-discrimination" are not absolute (...) but – like other rights implied in Article 6 – allow for limitations; assume, further, that such limitations cannot be taken into account unless they are in accordance with the law, pursue a legitimate aim and are proportionate to that aim; (...) then the question becomes whether these requirements are fulfilled in the present case? (...) Unlike the majority, I have come to the conclusion that this question is to be answered in the affirmative'.[51]

---

48 *Concurring opinion* van rechter Zupančić, bij *Jalloh v. Duitsland*, *supra*, noot 32, met verwijzing naar *Rochin v. California* (1952), 342 U.S. 165, aangehaald in het *Saunders*-arrest, *supra*, noot 28, § 49.

49 Ibidem.

50 Ibidem.

51 *Dissenting opinion* van rechter Martens, bij *Saunders v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 28. Zie overigens Martens over het gewicht dat aan de – door hem erkende – grondslag van partijautonomie dient te worden toegekend: '(...) I am inclined to think that its weight should not be exaggerated. "Human dignity and autonomy" have an absolute ring, but in our modern societies it must remain possible to protect the community against forms of crime, the effective combatting of which makes it imperious to compel (specific categories of) suspects to cooperate in bringing about their own conviction. I believe that especially the broader privilege against self-incrimination may be restricted by law in order to protect legitimate interests of the community. In my opinion it is, in principle, open to the national law to compel (specific categories of) suspects by threat of punishment to contribute passively or actively to the creation of evidence, even decisive evidence, against themselves. Suspects may be compelled to allow or even to co-operate in the taking of fingerprints, in the taking of blood for alcohol-tests, in the taking of bodily samples for DNA-tests or to blow in order to ascertain whether they are drunken drivers. In all such and similar cases national legislatures are, in my opinion, in principle free to decide that the general

De zeer sterke prescriptieve norm van Douglas blijkt bovendien onwerkbaar in de praktijk: '(t)here are seemingly pragmatic reasons for this prescriptive position to have been weakened by subsequent case-law to the contrary (...)'.[52] Datzelfde geldt ook in de verdragsrechtspraak, waarin de reikwijdte van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel veranderlijk is geweest. Het recht niet mee te werken kan worden geraakt in zeer variabele casuistiek; daarin doen zich zich feitelijk situaties voor waarin het onoverkomelijk blijkt een nuancering te moeten accepteren. Brengen het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel ook met zich mee dat het zwijgen van de verdachte tegen hem als bewijs kan worden gebruikt? Staan deze begsinelen, in samenhang met de onschuldpresumptie, toe dat het zwijgen van de verdachte kan worden gerelativeerd doordien in strafbaarstellingen gebruik wordt gemaakt van wettelijke vermoedens, die door de verdachte weerlegd dienen te worden? De verdachte heeft het enerzijds het recht niet mee te werken, anderzijds kunnen zonder zijn instemming dwangbevoegdheden worden ingezet. Waar ligt te grens tussen de legitieme doorbreking van zijn wil via de toepassing van dwangbevoegdheden en zijn recht niet bij te dragen aan de bewijsvoering? Is bescherming bovendien afhankelijk van het type bewijs dat in geding is (*real* of *testimonial evidence*)?

In alle bovengenoemde gevallen heeft het Hof nuanceringen op het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel toegelaten. Het 'drawing of adverse inference from silence' is aanvaardbaar;[53] evenals het gebruik, tot op bepaalde hoogte, van *weerlegbare* wettelijke vermoedens.[54] Dat dwangbevoegdheden kunnen worden toegepast is in de verdragsrechtspraak onbetwist, het Hof heeft in het *Saunders*-arrest bovendien inderdaad een onderscheid aangebracht tussen bewijs dat wel onderscheidenlijk niet door het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-begsinel wordt beschermd. Bewijs dat onafhankelijk van de wil van de ver-

---

interest in bringing about the truth and in bringing culprits to justice shall take precedence over the privilege against self-incrimination. (...) I fear that the impugned qualification of both immunities (as lying "at the heart of the notion of fair procedure") as well as the newly advanced rationale tying them to respecting "human dignity" imply that, in the Court's opinion, the privilege against self-incrimination is far more absolute than it is in my view'.

52 *Concurring opinion* van rechter Zupančić, bij *Jalloh v. Duitsland*, *supra*, noot 32.

53 *Murray v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 38. Zie in dat verband ook de noot van Knigge bij Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 4 juli 2000, *Kok v. Nederland*, Appl.nr.: 43149/98, NJ 2001, 401: '(h)et arrest is ook om andere redenen interessant. Eén daarvan is dat het gebruik van leugenachtige verklaringen voor het bewijs niet in strijd wordt geoordeeld met het nemo tenetur-beginsel. Het Hof wijst daarbij op zijn beslissing in de zaak John Murray (…). Als zelfs aan het zwijgen van de verdachte conclusies mogen worden verbonden, dan zeker aan door hem gedebiteerde onwaarheden. Die benadering tekende zich al af in EHRM 26 april 1991, NJ 1993, 710 m.nt. EAA (Asch tegen Oostenrijk). Het Hof nam toen bij de vraag of er voldoende steunbewijs was, in aanmerking dat Asch bij de politie en later tegenover de rechter een verschillende versie van het gebeuren had gegeven "which tended to undermine his credibility"'.

54 EHRM 7 okotber 1988, *Salabiaku v. Frankrijk*, Series A, Vol. 141-A, NJ 1991, 352, m.nt. E.A. Alkema.

dachte bestaat, zoals lichaamsmateriaal en (reeds bestaande) administratieve bescheiden, vallen niet onder de bescherming (*real evidence*). Bewijs dat alleen via een wilsbeschikking van de verdachte om mee te werken kan worden verkregen, kan niet door middel van dwang worden afgenomen (*testimonial evidence*).

2) Actuele stand van zaken

Tot voor kort geleden was vooral het in het *Saunders*-arrest neergelede kader bepalend voor de feitelijke werking van het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel in de verdragsrechtspraak. Door vooral het zwijgrecht te benadrukken, maakte het Hof in die uitspraak ook de verhouding tussen zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel duidelijk:

> '(t)he right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing'.[55]

Het *nemo tenetur*-beginsel is inderdaad overkoepelend, de kern van het recht niet mee te werken ligt in het zwijgrecht. Het zwijgrecht zelf duldt geen nuancering (buiten overige relativeringen in verband met het gebruik van *adverse inferences* uit het zwijgen en van wettelijke vermoedens). Via schending van het zwijgrecht verkregen bewijs kan ook absoluut niet tot bewijs worden gebruikt. Dat geldt wanneer het zwijgrecht binnen de context van het strafvorderlijk onderzoek wordt doorbroken, maar ook wanneer de verdachte in het kader van een ander type onderzoek verplicht is tot meewerken, terwijl dat in een strafvorderlijk onderzoek niet van hem zou kunnen worden verlangd. Het zwijgrecht verzet zich niet tegen niet-strafvorderlijke medewerkingsplichten in het algemeen,[56] maar aldus verkregen bewijs kan vervolgens niet in

55 *Saunders v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 28, § 68.

56 Ibidem, § 67: '(w)hile an administrative investigation is capable of involving the determination of a "criminal charge" in the light of the Court's case-law concerning the autonomous meaning of this concept, it has not been suggested in the pleadings before the Court that Article 6 § 1 was applicable to the proceedings conducted by the Inspectors or that these proceedings themselves involved the determination of a criminal charge within the meaning of that provision (...). In this respect the Court recalls its judgment in Fayed v. the United Kingdom where it held that the functions performed by the Inspectors under section 432 (2) of the Companies Act 1985 were essentially investigative in nature and that they did not adjudicate either in form or in substance. Their purpose was to ascertain and record facts which might subsequently be used as the basis for action by other competent authorities – prosecuting, regulatory, disciplinary or even legislative (...). As stated in that case,

een strafvervolging worden gebruikt.[57] Dat geldt overigens niet alleen voor belastende, maar ook (deels) ontlastende verklaringen die in een niet-strafvorderlijk onderzoek zijn afgelegd: van belang is of zij binnen de context van de strafvervolging op belastende wijze worden gebruikt (onder andere, om tegenstrijdigheden tussen ter zitting afgelegde en eerder afgelegde verklaringen aan te tonen).[58] Daarmee hangt samen dat de grenzen in verband met het moment dat het zwijgrecht ingaat door het Hof tamelijk diffuus worden gehouden. Het zwijgrecht werkt immers ook indien een strafvorderlijk onderzoek (nog) niet aan de orde is, ook als uiteindelijk geen strafvervoling plaatsvindt in verband met datgene waarover de bevraging is gedaan. Een formele *charge* is in ieder geval niet noodzakelijk: '(w)hile the present applicants had not yet been formally charged (...) when the section 52 requests were made, the Court considers that they were, at that stage, "substantially affected" and therefore "charged", in the above-noted sense (...)'.[59]

Dat het zwijgrecht niet kan worden beperkt op dezelfde wijze als de vrijheidsrechten in de artikelen 8 t/m 11 EVRM was ook helder in de verdragsrechtspraak. Dat ligt voor de hand in die zin dat art. 6 EVRM niet dezelfde structuur heeft als die vrijheidsrechten. 'Beperkingen' van art. 6 EVRM rechten worden algemeen via andere beoordelingsmechanismen beoordeeld. Ook impliciet past het Hof de bij de vrijheidsrechten behorende beperkingsvoorwaarden echter niet toe, althans niet op duidelijke en gestructureerde wijze. Een beperking van het zwijgrecht is – tot voor kort – door het Hof nimmer geaccepteerd op de basis dat die beperking deugdelijk in de wet geregeld was, of gelet op daarbij nagestreefde doelen, proportioneel kon worden geacht. De proportionaliteitskwestie is evenwel meermalen in de verdragsrechtspraak in dit verband betrokken bij afwegingen, zonder dat een beperking via evenredigheidstoetsing aanvaardbaar is geacht. In *Funke* werden de '(t)he special features of customs law' door het Hof 'insufficient' bevonden '(...) to justify

---

a requirement that such a preparatory investigation should be subject to the guarantees of a judicial procedure as set forth in Article 6 § 1 would in practice unduly hamper the effective regulation in the public interest of complex financial and commercial activities (...)'.

57 Ibidem, § 75.

58 Ibidem, § 71: '(t)estimony obtained under compulsion which appears on its face to be of a non-incriminating nature – such as exculpatory remarks or mere information on questions of fact – may later be deployed in criminal proceedings in support of the prosecution case, for example to contradict or cast doubt upon other statements of the accused or evidence given by him during the trial or to otherwise undermine his credibility. Where the credibility of an accused must be assessed by a jury the use of such testimony may be especially harmful. It follows that what is of the essence in this context is the use to which evidence obtained under compulsion is made in the course of the criminal trial' en § 72: '(i)n sum, the evidence available to the Court supports the claim that the transcripts of the applicant's answers, whether directly self-incriminating or not, were used in the course of the proceedings in a manner which sought to incriminate the applicant'.

59 EHRM 21 december 2000 (final: 21 maart 2001), *Heaney en McGuiness v. Ierland*, Appl.nr.: 34720/97, § 42.

such an infringement of the right of anyone charged with a criminal offence, within the autonomous meaning of that expression in Article 6, to remain silent and not to contribute to incriminating himself'.[60] In *Saunders* stelde het Hof vast dat '(...) the complexity of corporate fraud and the vital public interest in the investigation of such fraud and the punishment of those responsible could not justify such a marked departure in that case from one of the basic principles of a fair procedure' en dat:

> '(...) the general requirements of fairness contained in Article 6, including the right not to incriminate oneself, "apply to criminal proceedings in respect of all types of criminal offences without distinction from the most simple to the most complex. (...) The public interest could not be relied on to justify the use of answers compulsorily obtained in a non-judicial investigation to incriminate the accused during the trial proceedings'.[61]

In *Heaney en McGuiness* nam het Hof '(...) judicial notice of the security and public order concerns detailed by the Government', maar concludeerde niettemin dat zij '(...) cannot justify a provision which extinguishes the very essence of the applicants' rights to silence and against self-incrimination guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention'.[62]

Het zwijgrecht is in deze rechtspraak onmiskenbaar zeer sterk; zij duldt geen beperkingen, ongeacht welke goede redenen daarvoor ten grondslag kunnen liggen. Dat is anders in geval van het bredere *nemo tenetur*-beginsel, dat met *Saunders* feitelijk tot een minimum is gereduceerd. Nuancering is in dat verband vergaand – zo niet ongeclausuleerd – mogelijk.[63] Rechter Martens kreeg dan wel geen gelijk in die zin dat bij de twee immuniteiten op dezelfde wijze kunnen worden beperkt als de vrijheidsrechten in de artikelen 8 t/m

---

60 EHRM 25 februari 1993, *Funke. v. Frankrijk,* A 256-A, § 44.

61 *Saunders v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 28, § 74.

62 *Heaney en McGuiness v. Ierland*, *supra*, noot 59, §§ 57-58

63 Zie de noot van Knigge bij *Saunders v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 66: '(h)et is begrijpelijk dat het Hof de verklaringsvrijheid als de kern van het nemo tenetur-beginsel aanmerkt. Die verklaringsvrijheid is essentieel voor de vrijheid die de verdachte als procespartij toekomt. Bovendien gaat respect voor partijautonomie hier hand in hand met het voorkomen van ontoelaatbare druk, en daarmee van onbetrouwbare bekentenissen. Dat maakt tevens begrijpelijk dat buiten die "harde" kern plaats is voor relativering van de partijautonomie. Daarbij dient bedacht te worden dat – naar algemeen wordt aanvaard – in het strafproces aan de vervolgende overheid (ingrijpende) onderzoeksbevoegdheden ter beschikking staan. Dat maakt dat die overheid bewijsmateriaal waarvan het bestaan niet afhankelijk is van de wil van de verdachte, dikwijls ook zonder diens medewerking kan achterhalen. De inbreuk op de vrijheid van de verdachte kan dan echter groter zijn dan bij een verplichting tot medewerking het geval is. Als bijv. de verdachte bloedafname eenvoudig heeft te gedogen, kan die afname desnoods met fysiek geweld worden afgedwongen. Een constructie waarbij de verdachte verplicht wordt om mee te werken geeft de verdachte feitelijk een keuzemogelijkheid: hij kan de bloedproef weigeren en daarmee voorkomen. Meewerkplichten zijn zogezien juist heel goed te rijmen met respect voor de vrijheid van de verdachte'.

11 EVRM, maar wel in die zin dat het *nemo tenetur*-beginsel in veel mindere mate dan het zwijgrecht bescherming biedt. Dat ligt vooral in de invoering, met *Saunders*, van het onderscheid tussen zogeheten '*real evidencel*' (dat onafhankelijk van de wil bestaat) en '*testimonia evidence*' (de mondelinge of schriftelijke verklaring). Dat onderscheid kon ook de, zeer summier gemotiveerde en daarom moeilijk te begrijpen, uitspraak in *Funke* verklaren.[64] In die zaak was de verdachte immers onder dwang van een boete verplicht tot verstrekking van bepaalde administratieve bescheiden. Het Hof stelde vast dat het zwijgrecht was geschonden, hetgeen in tegenspraak lijkt te zijn met regel dat van de wil onafhankelijk bewijs in art. 6 EVRM niet wordt beschermd. Van belang echter was in die zaak dat de autoriteiten op het moment van vordering geen zekerheid hadden dat die bescheiden bestonden. Door bescheiden over te leggen, had Funke aldus (al dan niet impliciet) moeten besluiten daarover helderheid te verschaffen. Dat maakte dat toch *'testimonial'* evidence werd gevraagd: feitelijk ging het niet alleen om een verzoek om bescheiden zelf, maar een antwoord op de vraag of zij wel bestonden.[65]

Naar de stand van deze rechtspraak kon (de verhouding tussen) het *nemo tenetur*-beginsel en het zwijgrecht aldus worden omschreven. Het *nemo tenetur*-beginsel omvat het zwijgrecht. Het breder beginsel is vatbaar voor beperkingen, het zwijgrecht niet. Ervan uitgaande dat zwijgrechtbescherming beperkt is tot '*testimonial evidence*', ofwel, de mondelinge of schriftelijke verklaring bevattende nog niet bestaande informatie, is de bescherming die uitgaat van het

64 Zie ook rechter Martens over de *Saunders*-uitspraak: (t)hus it furnished, albeit subsequently, both some motivation for and clarification of a similar finding in paragraph 44 of the abovementioned Funke judgment, a finding which has been widely criticised as being unmotivated and unclear'. *Dissenting opinion* van rechter Martens, *joined* door rechter Kuris, bij *Saunders v. Het Verenigd Koninkrijk*, *supra*, noot 28.

65 Zie in vergelijkbare zin: EHRM 3 mei 2001, *J.B. v. Zwitserland*, Appl.nr.: 31827/96, NJ 2003, 354, m.nt. Schalken. Die zaak leidde overigens wederom tot verwarring: '(w)e dachten het te begrijpen: het onder dwang overleggen van documenten ten behoeve van een strafzaak komt niet in strijd met het verbod op zelfincriminatie, tenzij over het bestaan van die documenten onzekerheid bestaat. Na *Saunders* volgde de hierboven gepubliceerde zaak J.B. vs Zwitserland (...). Daarin bleek dat het opleggen van een boete wegens nalatigheid informatie aan de fiscus te verschaffen, toch weer in strijd werd geoordeeld met het recht zichzelf niet te incrimineren. Wat nu weer? Had het Europese Hof in de zaak-Saunders niet beslist dat nemo tenetur niet van toepassing is op de administratieve fase, zodat een door de administratie opgelegde medewerkingsplicht geen inbreuk opleverde op art. 6 EVRM en dat de in die fase verkregen documenten tijdens het strafproces buiten het bereik van nemo tenetur vielen? Was Straatsburg ineens de draad kwijt? In de zaak van J.B. zijn inderdaad aanwijzingen te vinden die het moeizaam opgebouwde Straatsburgse standpunt inzake nemo tenetur onderuit zouden kunnen halen. Zie daarover uitgebreid E.J. Koops en L. Stevens, "J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond nemo tenetur", DD 2003/3, p. 281. Toch lijken die aanwijzingen voor een belangrijk deel terug te voeren tot de specifiek casuistische aspecten van de zaak zelf (met name de verwevenheid van de administratieve en strafrechtelijke procedure), zodat de Straatsburgse beslissing bij nadere beschouwing wellicht niet zo atypisch is als op het eerste oog lijkt', aldus Schalken in zijn noot bij dat arrest. Zie verder voor zijn argumentatie in dat verband, die annotatie.

nemo-tenetur-beginsel inderdaad zeer beperkt. Alle (reeds bestaande) *'real evidence'* kan immers wel onder dwang worden verkregen. Ten aanzien van het zwijgrecht gelden dan als enige acceptabele (indirecte) beperkingen dat (1) het trekken van *adverse inferences* uit het zwijgen onder omstandigheden acceptabel kan zijn en (2) tot op zekere hoogte gebruik kan worden gemaakt van weerlegbare wettelijk vermoedens. Ook in die laatste gevallen gaat het echter niet om directe aantasting of beperking van het zwijgrecht, maar beperkingen in de periferie daarvan. De verdachte wordt immers niet gedwongen een mondelinge of schriftelijke verklaring af te leggen, maar wordt hetgeen hij wel kiest bij te dragen (het zwijgen of onjuist verklaren) tegen hem gebruikt. Het zwijgrecht zelf, in de zin van de kernbescherming tegen dwang in verband met het (actief) afleggen van mondelingen of schriftelijke verklaringen, blijft absoluut.

5.3.1.3 De actuele stand van de rechtspraak

De hiervoor omschreven rechtspraak heeft lange tijd stand gehouden. Recentelijk heeft het Hof evenwel daarin een belangrijke aanpassing aangebracht. Ingezet met de uitspraak in *Jalloh v. Duitsland*,[66] heeft het Hof uiteindelijk in *O' Halloran en Francis v. Het Verenigd Koninkrijk*,[67] de standaardrechtspraak – met name zoals die voortvloeit uit het *Saunders*-arrest, doorbroken.[68]

In *Jalloh* werd verzoeker aangehouden, nadat opsporingsambtenaren hadden waargenomen dat hij een aantal malen plastic zakjes uit zijn mond haalde en deze verkocht aan andere personen. Omdat hij daarbij een zakje inslikte, gaf de aanklager het bevel tot toediening van braakmiddel door een arts. Jalloh werd aldus gedwongen een medische interventie te ondergaan, hetgeen ertoe leidde dat hij, vastgehouden door vier opsporingsambtenaren, 0,2182 gram cocaïne uitbraakte. Op basis van het aldus verkregen bewijs werd hij veroordeeld tot zes maanden voorwaardelijke celstraf voor handel in verdovende middelen. Het Hof achtte de toepassing van braakmiddel onder deze omstandigheden in strijd met art. 3 EVRM. In verband met de eerlijkheid van het gebruik van het bewijs dat via deze schending was verkregen stelde het Hof het volgende vast. Wanneer sprake is van bewijsverkrijging via foltering, is bewijsgebruik onder art. 6 absoluut uitgesloten. *In casu* werd echter niet foltering vastgesteld. Wel was er sprake van een inbreuk die het 'minimum level of severity covered by the ambit of the Article 3 prohibition' bereikt. Ook in dat geval kan niet worden uitgesloten dat bewijsgebruik oneerlijk is, aldus het Hof. Het Hof achtte het *in casu* niet noodzakelijk om in algemene zin vast te stellen of bij een schending van art. 3 EVRM anders dan door foltering, ook

66 *Jalloh v. Duitsland*, *supra*, noot 32.

67 *O' Halloran en Francis v. Het Verenigd Koninrkijk, supra,* noot 32.

68 Dat de *Saunders*-uitspraak geen stand zou houden is door rechter Zupančić, in zijn *Concurring opinion* bij *Jalloh* v. Duitsland, *supra,* noot 32, voorspeld.

een absolute uitsluitingsregel geldt. *In concreto* was het bewijsgebruik hoe dan ook oneerlijk, omdat onvoldoende herstel was bewerkt. De via schending van een kernrecht verkregen bewijs speelde een beslissende rol bij de veroordeling van Jalloh. Hij had weliswaar zijn recht op tegenspraak kunnen uitoefenen ten aanzien van het gebruik van het bewijs. De nationale rechters gingen er echter vanuit dat de ingreep was toegestaan door het nationale recht. Het publieke belang kon aldus het bewijsgebruik niet rechtvaardigen, ongeacht de ernst van het delict.

Ten overvloede ging het Hof in deze zaak ook in op de vraag of het *nemo tenetur*-beginsel was geschonden en zo ja, of via die schending ook sprake van van schending van het recht op een eerlijk bewijsgebruik. Het Hof stelde in dat verband vast dat schendingen van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel dienen te worden beoordeeld aan de hand van verschillende maatstaven. Van belang zijn: de aard en mate van dwang, de aanwezigheid van relevante waarborgen en het gebruik van aldus verkregen materiaal. Ondanks het feit dat het recht niet te mee te werken aan de eigen veroordeling primair betrekking heeft op het zwijgrecht en aldus geen betrekking heeft op materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat, kan dat recht een bredere betekenis hebben, aldus het Hof. In dit geval kon het bewijs worden begrepen als bewijs dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestond. De gewraakte maatregel werd echter gebruikt, evenals in *Funke* en in *J.B. tegen Zwitzerland*, om '*real evidence*' te verkrijgen tegen de wil van de verdachte. Het ging dus niet om materiaal als bedoeld in *Saunders*, zoals lichamelijk materiaal dat wordt afgenomen om te onderzoeken op de aanwezigheid van alcohol of verdovende middelen. Ook hechtte het Hof belang aan het gegeven dat er significante verschillen tussen de in deze zaak toegepaste dwang en de mate van dwang die noodzakelijk is om de typen bewijs zoals in *Saunders* bedoeld te verkrijgen. In de laatste gevallen gaat om een geringe inbreuk die passief moet worden geduld. Zelfs als actieve participatie noodzakelijk is, gaat het daarbij om materiaal dat wordt geproduceerd door het normaal functioneren van het lichaam. *In casu* ging het daarentegen om dwang die een niet ongevaarlijke pathologische reactie in het lichaam van verzoeker teweegbracht. Van belang was voorts dat de hier toegepaste dwang in strijd was met art. 3 EVRM. Zulks bracht het Hof tot de conclusie dat het *nemo tenetur*-beginsel van toepassing was, alsmede geschonden. Pertinent in dat verband is de volgende vaststelling van het Hof. Gelet op de ernst van het feit weegt het publieke belang niet op tegen de ernstige inbreuk die hier is gemaakt op de fysieke en geestelijke integriteit. Het nationale recht bevat wel enige waarborgen tegen willekeur en misbruik (de ingreep moet door een arts worden uitgevoerd en kan alleen worden toegepast als er geen gevaar is voor de gezondheid), maar Jalloh was niet onderzocht op geschiktheid om de procedure te ondergaan. Ook was hier van belang dat het bewijs beslissend was bij de veroordeling en – in verband met het recht op tegenspraak – dat de nationale rechters uitgingen van de rechtmatigheid van de ingreep onder het nationale recht.

In *O' Halloran en Francis v. Het Verenigd Koninrkijk* werd die lijn voortgezet. In die zaken (het gaat om twee niet gerelateerde zaken die gevoegd zijn behandeld) waren beide verzoekers kentekenhouders van voertuigen die door middel van een flitspaal waren geregistreerd bij een snelheidsovertreding. Beiden werden door de politie schriftelijk in kennis gesteld van de overtreding alsmede van het voornemen tot vervolging van de bestuurder over te gaan. Op basis van sectie 172 van de *Road Traffic Act* 1988 (RTA 1988) werden zij gevraagd inlichtingen te verstrekken over de identiteit van de bestuurders van de voertuigen op het moment van de snelheidsovertreding. Het niet verstrekken van deze informatie is op basis van sectie 172 RTA 1988 strafbaar. Voor dat feit kan dezelfde boete worden opgelegd als voor de onderliggende snelheidsovertreding. O'Halloran voldeed aan het verzoek en gaf aan zelf de bestuurder te zijn geweest. Hij werd vervolgd voor de snelheidsovertreding. Zijn verzoek om uitsluiting van zijn eerder afgelegde verklaring als bewijs werd niet gehonoreerd en hij werd veroordeeld tot een boete van 100 GBP en betaling van kosten (150 GBP). Ook werden zes strafpunten toegevoegd aan zijn rijbewijs. De veroordeling berustte mede op zijn bekentenis en op de bij de snelheidsovertreding gemaakte foto. Francis weigerde de inlichtingen te verstrekken en werd wegens dat verzuim vervolgd. Hij werd veroordeeld tot 750 GBP en betaling van kosten (250 GBP). Aan zijn rijbewijs werden drie strafpunten toegevoegd.

Het Hof stelde vast dat, anders dan verzoekers betogen, het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel niet absoluut zijn. Noch is het zo dat elke toepassing van directe dwang de *'very essence'* van die rechten behoeft te vernietigen. Het Hof erkent tot dusver, in zaken waarin directe dwang is uitgeoefend om een (potentiele) verdachte (potentieel) belastende inlichtingen te laten verschaffen, het *nemo tenetur*-beginsel steeds geschonden te hebben geacht. Terwijl het recht op een eerlijk proces in art. 6 EVRM '*unqualified* is, wordt de eerlijkheid van een proces niet bepaald door één niet-variabele regel, maar is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Of het *nemo tenetur*-beginsel is geschonden, dient aan de hand van de in de uitspraken in *Heaney en McGuiness* en *Jalloh* uiteengezette factoren te worden beoordeeld, aldus het Hof. Oftewel, van belang zijn de aard en mate van toegepaste dwang bij de bewijsverkrijging, het bestaan van eventuele waarborgen bij die procedure en het gebruik van aldus verkregen materiaal. In de onderhavige gevallen was er sprake van directe dwang. Die dwang en de onderliggende delicten zijn punitief van aard. Dit bijzondere wettelijke regime is echter van toepassing omdat eigendom en gebruik van voertuigen (zoals vuurwapens), potentieel ernstig lichamelijk letsel kunnen veroorzaken. Degenen die ervoor kiezen voertuigen te houden en besturen kunnen worden geacht bepaalde verantwoordelijkheden en verplichtingen te hebben aanvaard. De dwang is ook beperkt: zij betreft enerzijds alleen een beperkte groep delicten, anderzijds wordt alleen om de identiteit van de bestuurder gevraagd. De strafbedreiging is niet aanzienlijk en niet vrijheidsbenemend. In sectie 172 RTA 1988 is ook bepaald dat het niet opgeven van

de identiteit van de bestuurder niet strafbaar is, indien de kentekenhouder aantoont dat hij niet weet of redelijkerwijs kon weten wie de bestuurder was. Er is dus geen sprake van strikte aansprakelijkheid en het risico van onbetrouwbare bekentenissen is verwaarloosbaar. O'Halloran heeft het gebruik van zijn verklaring in zijn strafvervolging voor de snelheidsovertreding (zonder succes) aangevochten. De bewijslast bleef bij de aanklager, en verzoeker kon zelf bewijs inbrengen en getuigen oproepen indien hij dat wenselijk had geacht. De identiteit van de bestuurder betreft maar één element van het delict: inlichtingen verkregen via sectie 172 RTA 1988 kunnen niet uitsluitend de basis voor een veroordeling zijn. Nu Francis geen verklaring heeft afgelegd, is het gebruik daarvan niet aan de orde. Gelet op de omstandigheden van het geval, waaronder de bijzondere aard van het wettelijk regime dat aan de orde is en de beperkte aard van de inlichtingen die kunnen worden gevorderd, komt het Hof tot het oordeel dat de essentie van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel niet is vernietigd.

De afwijking ten opzichte van eerdere rechtspraak is enerzijds dat het verschil tussen 'real' en 'testimonial' evidence lijkt te zijn losgelaten. In *O' Halloran en Francis* merkt het Hof daarover nog op dat het niet altijd mogelijk is tussen die twee vormen van bewijs onderscheid te maken. Zo werd het bewijs in *Jalloh*, dat duidelijk wel van de wil onafhankelijk was, door het Hof opgevat als bewijs in dezelfde categorie als de informatie die in *Funke* en in *J.B.* werd verzocht. Als die typen bewijs onder dezelfde categorie vallen, is het oude onderscheid tussen van de wil afhankelijk en onafhankelijk bewijs inderdaad weggevallen. Het is niet meer de aard van het bewijs die bepalend is bij een beoordeling van het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel, maar overige omstandigheden. Anderzijds, en in meer belangrijke zin, is de verhouding tussen het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel veranderd. Waar voorheen de toepassing van dwang bij het verkrijgen van een mondelinge of schriftelijke verklaring (zoals in *O' Halloran en Francis*) wel absoluut leek te worden beschermd, is dat thans niet meer het geval. Het Hof erkent uitdrukkelijk dat tot dusver in dergelijk gevallen steeds een schending is aangenomen, maar komt hier tot een ander oordeel. De bijzondere kenmerken en noden van handhaving van het fiscale recht, financieel recht en terrorismebestrijding konden beperkingen op het zwijgrecht in die zin niet rechtvaardigen, die van het verkeersrecht doen dat wel. Ofwel, de aard (en ernst) van het delict zijn medebepalend voor de omvang van het zwijgrecht. Verkeersveiligheid kan aldus de beperking van het zwijgrecht wel rechtvaardigen.[69]

---

69 Opvallend is dat in de acceptatie van de uitzondering een rechtvaardiging voor nadere uitzondering wordt gevonden. In *O' Halloran en Francis* stelde de Britse overheid zich op het standpunt dat het zwijgrecht wel beperkt kan worden, mede gelet op eerdere uitzonderingen die zijn toegestaan (overigens niet alleen in verband met het zwijgrecht): '(t)he Government submitted that the privilege against self-incrimination and the right to remain silent were not absolute and their application could be limited by reference to other legitimate aims in the public interest. In addition to the cases on the right to remain silent (...),

5.3.1.4 Uitgangspunten

Verschillende bij het zwijgrecht te hanteren algemene uitgangspunten die van belang zijn voor de werking daarvan in de context van de bijzondere opsporing kunnen hieruit worden afgeleid. In de eerste plaats stelt het Hof dat het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel niet absoluut zijn. Dat lijkt te strijden met de wijze waarop het zwijgrecht hiervoor meermalen is omschreven, als wél absoluut recht. Een tegenstrijdigheid is er evenwel niet. Uit 's Hofs rechtspraak blijkt namelijk dat het zwijgrecht niet absoluut is in die zin dat zij niet steeds van toepassing is. Oftewel, de reikwijdte van het zwijgrecht kan wel worden genuanceerd, zij is niet absoluut in die zin dat de toepasselijkheid daarvan in bepaalde situaties kan worden gerelativeerd. Thans is een nadere beperking aangebracht op het zwijgrecht, namelijk dat directe dwang kan worden uitgeoefend bij het verkrijgen van een mondelinge of schriftelijke verklaring, indien, onder andere, de aard van het delict zulks rechtvaardigt. Overeind blijft echter dat wanneer het zwijgrecht van toepassing is – de verdachte had het recht op naleving – schending daarvan absoluut tot schending van het eerlijk-proces-recht leidt. Het gaat hier dus, wanneer zij geschonden is, om een onherstelbaar recht. Die werking is ook te zien in de werking van het bewijsgebruikkader: wanneer eenmaal wordt vastgesteld dat bewijs via schending van het zwijgrecht is verkregen, is het gebruik daarvan absoluut ontoelaatbaar.

In de tweede plaats is van belang welke breed uitstralende werking het zwijgrecht heeft buiten de klassieke context van het eindonderzoek, de kernstructuur waarop art. 6 EVRM van toepassing is. Die uitstralende werking is tweeërlei: niet alleen naar voren, naar het vooronderzoek, doch ook naar parallelle sferen.[70] De naar voren gerichte uitstraling van het zwijgrecht brengt

---

they referred to the limitations on access to court (...), to case-law showing that in certain circumstances Contracting States were permitted to reverse the onus of proof of certain matters provided that this did not disturb the fair balance between the interests of the individual and the general interests of the community (...), to acceptable limitations on the rights of the defence in cases on equality of arms (...) and the questioning of witnesses (...) and also to the general principle that it is primarily for national law to regulate the admissibility of evidence, including incriminating evidence (...). (B)ecause Parliament has introduced a few particular obligations on defendants to deliver records or submit to searches, it has been argued that to take the further step of requiring defendants to answer questions or to risk adverse inferences is 'incremental rather than fundamental'. *O' Halloran en Francis v. Het Verenigd Koninrkijk, supra,* noot 32.

70 Wat die laatste, parallelle werking betreft, deze is te zien in een tweede categorie van zaken die in de rechtspraak van het Hof onder het zwijgrecht worden behandeld: '(...) cases concerning the use of incriminating information compulsorily obtained outside the context of criminal proceedings in a subsequent criminal prosecution'. Gedacht moet daarbij worden aan het gebruik van informatie in strafzaken die verkregen is in bestuurlijke onderzoeken waarin betrokkenen onderworpen zijn geweest aan medewerkingsverplichtingen. In de bestuurlijke context kan de verdachte zich niet beroepen op zijn zwijgrecht, waardoor het toestaan van het gebruik van aldus verkregen informatie in een strafproces het zwijgrecht

met zich mee dat het recht niet alleen van toepassing is bij het onderzoek ter terechtzitting, maar ook in de daaraan voorafgaande fase, tenminste in die fase waarin '*criminal proceedings*' '*pending or anticipated*' zijn, ofwel vanaf het moment dat er sprake is van een '*criminal charge*' in de autonome zin van art. 6 lid 1 EVRM. De bescherming gaat echter nog verder: als betrokkene (zonder dat er formeel sprake is van een charge) '*affected*' is, kan het zwijgrecht ook van toepassing zijn.

5.3.2 Schending en gevaarzetting van het zwijgrecht via de bijzondere opsporing

1) Uitbreiding via de naar voren uitstralende bescherming

Waarin zit dan de uitbreiding van de zwijgrechtnorm ten opzichte van bijzondere opsporingstoepasssingen en hoe moet die uitbreiding in het licht van het voorgaande worden begrepen? De zwijgrechtnorm is in de context van de bijzondere opsporing hoogst ingewikkeld, hetgeen te maken heeft met het feit dat het zwijgrecht dan moet werken ten opzichte van een verdachte die niet weet dat zijn zwijgrecht in het geding is. De complexiteit van de verhouding tussen het zwijgrecht en de bijzondere opsporing is derhalve gelegen in de heimelijke toepassing.

Wanneer de verdachte bij een formeel verhoor onder *oneigenlijke* druk wordt gezet en in strijd met zijn wil zichzelf belastende verklaringen aflegt, is zijn zwijgrecht aangetast. In dergelijke gevallen is meestentijds niet problematisch of het zwijgrecht van toepassing is, bepaald moet worden of het daadwerkelijk is aangetast. Is de verdachte inderdaad uitsluitend via oneigenlijke druk tot zijn verklaring gekomen? In dergelijke gevallen weet de verdachte steeds dat hij wordt verhoord.

---

zou omzeilen. Dat betekent niet dat medewerkingsplichten in andere (handhavings)contexten dan de strafrechtelijke uitgesloten zijn: '(...) it has not been suggested in Saunders that the procedure whereby the applicant was requested to answer questions on his company and financial affairs, with a possible penalty of up to two years' imprisonment, in itself raised an issue under Article 6 § 1. (...)Indeed, obligations to inform the authorities are a common feature of the Contracting States' legal orders and may concern a wide range of issues (see for instance, as to the obligation to reveal one's identity to the police in certain situations (...)'. Wel verzet het zwijgrecht zich ertegen dat de aldus verkregen informatie vervolgens wordt gebruikt in een strafprocedure. *Saunders*, *supra,* noot 28, §§ 69-75. In het nationale recht bestaan dergelijke medewerkingsveplichtingen in de AWR en de verschillende WED wetten. De materie wordt beheerst door de problematiek van de sfeerovergang en sfeercumulatie, ofwel het samenvallen van verschillende soorten onderzoek en de waarborging van de rechten van de verdachte onder strafvervolging bij die overgangen en cumulaties. Zie over de samenloop van controle en opsporing bij de handhaving in het fiscale recht: W.E.C.A. Valkenburg, Inleiding fiscaal strafrecht, Kluwer, Deventer, 2002, 3de druk, p. 104-117.

Veel problematischer is de situatie waarin de verdachte niet formeel wordt verhoord, maar heimelijk en op misleidende wijze wordt benaderd. De verdachte is dan niet op de hoogte van het feit dat zijn uitlatingen worden gevolgd, soms ook niet van het feit dat een strafvorderlijk onderzoek naar hem loopt. Kan er sprake zijn van een '*criminal charge*' zonder dat de verdachte weet heeft van het onderzoek in het algemeen, of van de concrete toepassing van een bepaalde bijzondere opsporingsbevoegdheid? Zo ja, hoever terug kan de bescherming van het zwijgrecht gaan? Zo er niet kan worden uitgegaan van een *criminal charge*, wanneer is de (vroeg)verdachte in het bijzonder opsporingsonderzoek voldoende *affected*, dat zijn zwijgrecht is ingegaan?

In hoofdstuk 2 is besproken hoe het Hof de reikwijdte van de deelrechten van art. 6 EVRM in de tijd vaststelt. Uitgaande van de criteria die het Hof gebruikt bij de vaststelling van de aanvang van de redelijke termijn, zou het zwijgrecht bij het bijzondere opsporingsonderzoek alleen van toepassing kunnen zijn bij een verdachte die reeds op de hoogte is van het onderzoek. Immers,

> '(i)n criminal matters, in order to assess whether the "reasonable time" requirement contained in Article 6 § 1 has been complied with, one must begin by ascertaining from which moment the person was "charged"; this may have occurred on a date prior to the case coming before the trial court (....), such as the date of the arrest, the date when the person concerned was officially notified that he would be prosecuted or the date when the preliminary investigations were opened (...). Whilst "charge", for the purposes of Article 6 § 1, may in general be defined as "the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence", it may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect (...)'.[71]

De verdachte die nog geen enkele indicatie heeft dat naar hem onderzoek wordt verricht, valt dan buiten de bescherming van het zwijgrecht. Het moment evenwel waarop het zwijgrecht begint te werken, behoeft niet op basis van de redelijke termijn criteria te worden bepaald. Het moment immers waarop de bescherming van verschillende deelrechten in werking treedt, wordt op basis van afzonderlijke criteria beoordeeld. In het algemeen geldt het volgende:

> '(c)ertainly the primary purpose of Article 6 as far as criminal matters are concerned is to ensure a fair trial by a "tribunal" competent to determine "any criminal charge"', echter, 'it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings. (...) Other requirements of Article 6 – especially of paragraph 3 – may

71 EHRM 10 december 1982, *Foti e.a. v. Italië*, A, 56, § 52.

> also be relevant before a case is sent for trial if and in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with them'.[72]

Wanneer dat laatste criterium zou worden aangehouden bij het zwijgrecht, namelijk dat het ingaat vanaf het moment dat 'the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply (met het zwijgrecht)', zou de bescherming van het recht ook van toepassing zijn in de situatie dat de verdachte niet op de hoogte is van het onderzoek, dus eigenlijk al vanaf het moment dat het onderzoek begint en hij op heimelijke, misleidende wijze wordt benaderd.

Welke specifieke criteria zijn dan van toepassing bij de vaststelling van het aanvangsmoment van de bescherming van het zwijgrecht?

Zo het *criminal charge* criterium inderdaad van toepassing is en de verdachte wel moet weten van het onderzoek, dan komt de uitbreiding van het zwijgrecht in de context van de bijzondere opsporing erop neer dat de verdachte, nadat hij op de hoogte is gesteld van het strafvorderlijk onderzoek, niet alleen wordt beschermd tegen oneigenlijke druk of misleiding bij een formeel verhoor, maar ook daarbuiten. Dan moet hij weten van het onderzoek, doch niet van concrete opsporingstoepassingen daarbinnen door middel waarvan zijn uitlatingen worden gevolgd.

Aan de verdachte die niet weet van het onderzoek, komt het zwijgrecht dan niet toe. Een dergelijke, beperkte, uitleg van de uitbreiding van het zwijgrecht is wenselijk noch logisch. Wanneer er van moet worden uitgegaan dat het zwijgrecht pas loopt op het moment dat de verdachte weet heeft van het onderzoek, kan worden voorkomen dat het zwijgrecht ingaat door de verdachte zo lang mogelijk onkundig te laten over het onderzoek. Dat maakt de regel ten aanzien van het aanvangsmoment misbruikgevoelig en daardoor onwenselijk. Een uitbreiding van het zwijgrecht die beperkt is tot de verdachte die weet heeft van het onderzoek is niet logisch omdat die verdachte juist wel alert is op het feit dat strafvorderlijk onderzoek naar hem wordt verricht. Die verdachte kan rekening houden met het onderzoek en op basis van zijn wetenschap bepalen aan wie hij informatie wil toevertrouwen. Wanneer het Hof inderdaad de uitbreiding van het zwijgrecht beperkt tot de verdachte die wel op de hoogte is van het onderzoek, moet de conclusie zijn dat de lezing van het zwijgrecht feitelijk niet zo verstrekkend is. De verdachte die geen weet heeft van het onderzoek, geniet dan geen bescherming onder het zwijgrecht en kan worden misleid tot het meewerken aan zijn eigen veroordeling. De omzeiling van het zwijgrecht via de bijzondere opsporing blijft dan mogelijk, tot het moment dat de verdachte wel weet van het onderzoek.

---

72 EHRM 28 oktober 1993, *Imbrioscia v. Zwitzerland*, NJ 1994, 459, § 36.

2) Het zwijgrecht en de bijzondere opsporing

Voor aantasting van het zwijgrecht is noodzakelijk – zulks volgt uit de essentiële aard van het zwijgrecht – dat de verdachte wordt beknot in zijn wilsbepaling. Naast dwang of misleiding bij een formeel verhoor kan de wil van de verdachte worden omzeild door misleiding buiten een formele verhoorsituatie. In de fase waarin de verdachte niet op de hoogte is van het onderzoek tegen hem, kan een wilsdoorbreking overigens alleen via misleiding plaatsvinden. Immers: van dwang kan alleen sprake zijn wanneer de verdachte weet dat van hem een (bepaalde) verklaring wordt verlangd, maar hij ervoor kiest deze niet af te leggen. Hij kan niet worden gedwongen, zonder dat hij eerst heeft gekozen niet mee te werken.

Problematisch is dat de misleiding zo vroeg kan plaatsvinden in het traject dat een (formele) bepaling van een procespositie zijdens de verdachte nog niet aan de orde is. In dat geval kan alleen worden gesproken van veronachtzaming van de wil van de verdachte, in die zin dat – indien hij zou weten dat zijn uitlatingen worden gevolgd – hij zou nalaten bepaalde uitlatingen te doen. Bij elke heimelijke benadering van een verdachte wordt zijn wil ten aanzien van (toekomstige) procesparticipatie feitelijk veronachtzaamd. Er kan van worden uitgegaan dat wanneer de verdachte gecautioneerd zou worden ten aanzien van de toepassing van bijzondere onderzoeksbevoegdheden, hij wel zou nalaten een bijdrage te leveren aan de bewijsvoering. Waar het onderzoek nog te plegen feiten betreft kan hij zijn houding, bij cautionering, zelfs in die zin aanpassen dat hij besluit het feit niet te plegen. Het zwijgrecht kan echter niet worden geacht zo ver te strekken dat het een verbod behelst om de verdachte op welke wijze dan ook in een onderzoek te betrekken zonder dat hij daarvan op de hoogte wordt gesteld: dat zou feitelijk neerkomen op een verbod heimelijk onderzoek te doen.

In abstracto valt geen onderscheid te maken tussen bijzondere opsporingsbevoegdheden die in meer of mindere mate geschikt zijn om een te vergaande wilsmanipulatie teweeg te brengen. Alle kunnen die strekking hebben, afhankelijk van de wijze waarop zij worden ingezet, al dan niet in combinatie met andere opsporingsbevoegdheden of met andere handelingen. Het gaat erom dat de verdachte in een bepaalde situatie wordt gebracht die bevordert dat hij bepaalde informatie openbaart, die dan via de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden kan worden geregistreerd. Het is dan niet de toepassing van de bijzondere opsporingsbevoegdheid *an sich* die het zwijgrecht aantast: die toepassing staat toe dat, wanneer de verdachte zonder het te weten bijdraagt aan de bewijsvoering, zijn uitlating kan worden geregistreerd. Wel kan worden gesteld dat van de bijzondere opsporingsbevoegdheden die een direct, indringend persoonlijk en wederkerig contact met de verdachte meebrengen – de (stelselmatige) informatie-inwinning en de (verschillende vormen van) infiltratie – de context voor een dergelijke wilsmanipulatie eerder aanwezig is dan in andere situaties.

Problematisch is dan, als gezegd, de vraag wanneer het zwijgrecht moet worden geacht in te gaan. Onderscheid moet worden gemaakt tussen geoorloofde en niet geoorloofde wilsmanipulaties, afhankelijk van de fase waarin deze plaatsvinden.

3) Categorieën wilsmanipulaties

In de rechtspraak van het Hof kunnen drie categorieën van wilsmanipulatie worden onderscheiden: (1) die waarbij de verdachte alleen (heimelijk) wordt waargenomen en geen actie wordt ondernomen om zijn wil te manipuleren, (2) die waarbij acties zijn ondernomen om zijn wil te manipuleren, doch waarvan niet kan worden gezegd dat die acties zijn wilsbepaling hebben ondermijnd en (3) die waarbij er acties zijn ondernomen waarvan wel kan worden gezegd dat de wil van de verdachte erdoor is ondermijnd. Bijzondere opsporingstoepassingen kunnen onder alle drie de categorieën vallen.

Bij de eerste categorie moet worden gedacht aan passieve observaties, passieve telefoontaps, het direct afluisteren, of het zoeken van direct wederkerig contact met de verdachte (via een informant of een infiltrant) zonder dat de agent actief deelneemt aan een gesprek over strafbaar handelen. In wezen treedt de informant of infiltrant dan op als levend registratiemiddel: hij doet niets om het gesprek te sturen maar neemt waar wat de verdachte hem, of binnen zijn gehoorsbereik, een ander wil toevertrouwen.

In de fase van het onderzoek waarin de verdachte op de hoogte is van de tegen hem ingestelde vervolging en een zwijgende procespositie heeft aangenomen, kan ervan worden uitgegaan dat de categorie (1) niet problematisch zal zijn, in die zin dat dergelijke toepassingen niet snel tot een aantasting van het zwijgrecht zullen leiden. Dat bleek al uit de eerder in verband met art. 8 EVRM besproken bewijsgebruik. Bij *P.G. en J.H.* en *Allan*, werd er steeds van uit gegaan dat de door de verdachten – na hun aanhouding – gedane, direct afgeluisterde, mededelingen '*voluntarily*' werden gedaan. Ook als de verdachte bij formeel politieverhoor ervoor kiest zijn zwijgrecht in te roepen, blijft hij zijn wil behouden ten aanzien van mededelingen die hij aan anderen doet.

Moeilijker is het onderscheid tussen de categorieën (2) en (3). In de hierna te bespreken *Allan* zaak,[73] waarin een aantasting van het zwijgrecht werd aangenomen, wist de verdachte van het onderzoek en had bij formeel verhoor zijn zwijgrecht ingeroepen. Dat geval viel onder de derde categorie. Daaruit valt af te leiden dat het zwijgrecht onder die omstandigheden ook buiten de formele verhoorsituatie van toepassing blijft.

---

73 EHRM 5 november 2002, *Allan v. The United Kingdom*, Appl. nr. 48539/99, *NJB* 2003, nr. 2, p. 80. Zie ook: B.E.P. Myjer in *NJCM-bulletin* 2003/2, pp. 165-178; A. den Hartog in *DD* 2003/4, pp. 434-439 en Y. Buruma in *AA* 2003/9, pp. 661-6660.

Als gevolg van de door het Hof in verschillende zaken gebruikte terminologie, is onduidelijk of situaties die vallen in categorie (2) ook kunnen leiden tot een schending van het zwijgrecht.

In de – weinige – rechtspraak handelende over mogelijke zwijgrechtaantastingen door misleiding worden verschillende termen door elkaar gebruikt. Het Hof rept van '*subterfuge*' of van '*trickery*', en zet die termen gezamenlijk tegenover '*inducement*' of '*entrapment*'. Dat geeft aanleiding tot de gedachte dat het eerste termenkoppel op de situaties van categorie (2) doelt, terwijl het tweede koppel betrekking heeft op categorie (3). '*Subterfuge*' of '*trickery*' kan in die gedachtegang aanwezig worden geacht wanneer aan een heimelijke onderzoeksmethode een nader aspect wordt toegevoegd ter beïnvloeding van het handelen van de verdachte. Dan blijft het niet bij een passieve, heimelijke waarneming, maar wordt actief beoogd de verdachte, zijns ondanks, te laten verklaren. Het inhoudelijk verschil met '*inducement*' of '*entrapment*' zou dan daaruit bestaan dat de laatste varianten te ver gaan.

Echter, in *Allan* werd de schending van het zwijgrecht reeds aangenomen op basis van '*subterfuge*', Bovendien, het Hof bedient zich, zonder daarbij helder aan te geven wat daarmee wordt bedoeld, ook van de term '*oppression*'. Nader problematisch is dat de termen '*inducement*' en '*entrapment*' ook weer gebruikt worden in gevallen waarin de – hierna te bespreken – overheidsparticipatie in delictscomplexen wordt beoordeeld. Dan worden die termen gebezigd in het kader van de beoordeling of de verdachte gebracht is *tot het plegen van strafbare feiten*. In het verband met het zwijgrecht worden die termen echter gebezigd ter beoordeling van de vraag of de verdachte *is gebracht tot het afleggen van een verklaring*.

Indien inderdaad een onderscheid zou kunnen worden gemaakt tussen verschillende soorten van manipulatie (de lichtere vormen, die het zwijgrecht uiteindelijk niet aantasten, *versus* de zwaardere vormen, die het zwijgrecht wel aantasten), dan kan bij de beoordeling van de eerlijkheid van het bewijsgebruik van het volgende worden uitgegaan. In geval van een schending van het zwijgrecht is het bewijsgebruik zondermeer problematisch, in geval van een manipulatieve verkrijging kan de eerlijkheid van het bewijsgebruik ook problematisch zijn, echter in mindere mate dan bij een schending van het zwijgrecht. De grondslag voor het probleem inzake het recht op eerlijk bewijsgebruik is dan niet een aantasting van het zwijgrecht, maar de algemene eerlijkheidseis, die gevoelig moet worden geacht voor dergelijke manipulaties. De gevaarzetting van het zwijgrecht introduceert ook een eerlijkheidsrisico en is zelfstandig bezwaarlijk onder het eerlijk-proces-recht.

Hoe dan ook, nog daargelaten hoe het zwijgrecht kan worden aangetast of (op problematische wijze) in gevaar kan worden gezet, onduidelijk blijft nog altijd vanaf welk moment dat kan en of dezelfde onderscheidingen (ten aanzien van mate van manipulatie) kunnen worden aangehouden bij de verdachte die niet op de hoogte is van het onderzoek en zijn procespositie nog niet formeel tot uitdrukking heeft gebracht.

5.3.3 Straatsburgs kader

Hoe belangrijk de zwijgrechtnorm in art. 6 lid 1 EVRM (ook) in verband met de bijzondere opsporing is, een zeer goed begrip van de reden voor de toepasselijkheid daarvan in de context van heimelijk onderzoek wordt in bepaalde mate belemmerd door het gegeven dat er juist op dit punt zeer weinig rechtspraak bestaat.

5.3.3.1 Subterfuge, trickery, oppression, inducement, entrapment vóór een formele procespositie bepaling

In *Lewis v. Het Verenigd Koninkrijk*[74] klaagde verzoeker over, onder andere, het gebruik van door deceptie verkregen bewijs. Meer bepaald stelde hij dat het zelf-incriminatieverbod was overtreden door de heimelijke opname en latere gebruik tot bewijs van gesprekken die hij met anderen had gevoerd terwijl hij en zijn gesprekspartners onder de invloed waren van verdovende middelen.[75] Lewis was op het moment van de bewijsverkrijging niet op de hoogte van het tegen hem gerichte onderzoek. Het Hof zag niet in dat '(...) the way in which the police obtained the taped conversations has been shown to raise any issues of oppression or trickery inducing the applicant to incriminate himself'. De (passieve) opname van gesprekken in de woning veranderde ook niet in 'opression or inducement by the police or their agents as to their subject of conversation, doordat betrokkenen 'happened at times to be taking drugs of their own free choice'. Daardoor was er geen aantasting van het zelfincriminatieverbod, maar er waren wel 'issues of reliability and credibility of the statements made'. Dat is een geheel andere (betrouwbaarheids)kwestie, die wel aanleiding geeft tot een verhoogde toetsings- en herstelstandaard bij het bewijsgebruik. Terzake was echter wel de nodige voorzichtigheid betracht: er was aandacht aan besteed dat de jury begreep welke gesprekken onder

74 EHRM 8 juli 2003, *Lewis v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl. nr.: 1303/02

75 De werking van de compenserende waarborgen en het element van rechtsbijstand en gebrekkige, afstand van rechtveroorzakende verdedigingsparticaptie speelden ook een rol bij *Lewis*: '(h)e challenged its admissibility at his trial, in a voir dire, where his counsel argued inter alia that the evidence was not reliable as the persons taped were under the influence of cocaine and cannabis and its use unfair as it had been obtained by methods akin to a trick. However while the trial judge refused to rule the material inadmissible, it appears that counsel came to an agreement which led to the exclusion of much prejudicial material and the transcripts remaining were annotated to show at what points the participants were taking drugs. At the end of the trial, the judge made it clear to the jury that they had to consider the reliability of the statements made by the defendants when apparently under the influence of drugs. It would also have been open to the applicant to appeal to the Court of Appeal alleging that the judge erred in his rulings or directions concerning the evidence. However, it appears that he failed properly to comply with the time-limits without good reason and, in any event, was relying on the alleged incompetence of his counsel as the main ground of appeal'.

invloed hadden plaatsgevonden, en de beoordeling van de inhoudelijke betrouwbaarheid van die gesprekken – of het hier ging om serieuze uitlatingen – werd aan de jury overgelaten.

In de ontvankelijkheidsbeslissing in *Chalkley v. Het Verenigd Koninkrijk,* voerde verzoeker aan dat het bewijs in zijn zaak: '(i) in bad faith, (ii) in breach of domestic law and (iii) in contravention of Article 8 of the Convention' was verkregen en daardoor diende te worden uitgesloten. Chalkley was aangehouden in verband met andere delicten dan die eigenlijk werden onderzocht, met het doel in zijn afwezigheid afluisterapparatuur te plaatsen in zijn woning. Hij wist aldus van *een* strafvorderlijk onderzoek, maar niet van het strafvorderlijk onderzoek in de context waarvan tot direct afluisteren werd overgegaan. Ondanks dat verzoeker zelf geen schending van zijn zwijgrecht had aangevoerd, toetste het Hof wel dat optreden wel in die context. Het zwijgrecht was dus wel ingeschakeld, maar uiteindelijk niet geschonden omdat niet kon worden gezegd dat 'the way in which the police obtained the taped admissions has been shown to raise any issues of oppression or trickery or to impinge on the quality or reliability of the evidence'.[76]

Ook als de verdachte geen weet heeft van een tegen hem gerichte strafvervolging, maakt hij dus aanspraak op zijn zwijgrecht. In theorie is het mogelijk dat onder omstandigheden het optreden van strafvorderlijke autoriteiten zodanig manipulatief moet worden geacht dat zij in rechtstreekse zin een wilsdoorbreking tot gevolg hebben. Van belang is wel dat zulks *in theorie* mogelijk is. Dat wil zeggen: de manipulatie moet wel bijzondere proporties aannemen, wil zij casuaal worden geacht voor de keuze van een verdachte een zichzelf belastende verklaring af te leggen. In de situatie echter waarin de verdachte toch zijn vrije wil behoudt, is een wilsdoorbreking niet aan de orde. Lewis koos zelf het onderwerp van zijn gesprek en werd daarin niet gestuurd door strafvorderlijke autoriteiten. Chalkley werd ook niet in de situatie gebracht dat hij niet anders kon dan zichzelf te belasten. Even belangrijk is echter dat het Hof de mogelijkheid van te vergaande manipulatie wel openlaat en toch aan het zwijgrecht toetst in dergelijke gevallen, om uit te

76 Zie ook in dit verband: Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 20 januari 2004, *Wood v. Het Verenigd Koninkrijk,* Appl. nr.: 2341/02: '(i)nsofar as the applicant invokes Article 6 of the Convention with regard to the use of the tapes at his trial, the Government submit that the domestic courts considered with care whether the statements covertly recorded were admissible as evidence, in particular whether any unfairness would flow from the admission. Both the trial judge and the Court of Appeal found no such unfairness, noting inter alia that there was no question of oppression or entrapment, the crimes were very serious, the contents of the tapes were "clearly highly relevant" and the police were acting in good faith and in a reasonable and proportionate response to a very serious threat to the safety of the public. The judge gave clear warnings to the jury as to how to approach the tapes and it would have been open to the applicant to challenge their reliability or quality as evidence'. Zie ook Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 23 september 2003, *Doerga v. Nederland,* Appl.nr.: 50210/99: § '(i)n addition, the warnings given by the applicant to his sister in the telephone conversation that was used in evidence were made voluntarily'.

sluiten dat zich een oneigenlijke wilsdoorbreking heeft voorgedaan. Hoe zou daarvan in dergelijke gevallen sprake kunnen zijn? Anders zou het mogelijk zijn indien een (undercover)agent Lewis zou hebben gebracht tot het innemen van verdovende middelen en het gesprek zou hebben gestuurd, terwijl doelbewust werd gewacht met het maken van opnamen totdat Lewis zich ging belasten.

5.3.3.2 Subterfuge, trickery, oppression, inducement of entrapment na een formele procespositie bepaling

In *Wood v. Het Verenigd Koninkrijk* en in *Allan v. Het Verenigd Koninkrijk* werden beide verzoekers direct afgeluisterd in hun plaats van detentie. Wood was zelfs aangehouden met het doel om hem in die situatie af te kunnen luisteren.[77] In *Wood* zag het Hof geen te vergaande manipulatie: '(w)hile the applicant also claims that the tapes were obtained by subterfuge or possibly trickery, the Court does not find any element of oppression inducing the applicants to break their silence (...)'. In *Allan* stelde het Hof vast dat

> '(...) there is no suggestion that any admissions made by the applicant during the conversations taped with (...) and (...) were not voluntary in the sense that the applicant was coerced into making them or that there was any entrapment or inducement. Indeed, the applicant has stated that he was aware that he was possibly being taped while in the police station'.[78]

Ondanks dat in *Allan* de heimelijke opname van door de gedetineerde verdachte gevoerde gesprekken niet problematisch werd geacht, zag het Hof wel onoverkomelijke bezwaren tegen de actieve manipulatie van zijn verklaringswil, die er uiteindelijk toe zouden leiden dat hij zijn zwijgen zou doorbreken ten overstaan van zijn 'celgenoot'. De opnamen in zijn cel waren niet van gesprekken met een toevallige celgenoot, maar met een speciaal ingezette politieinformant. Het enige bewijs waaruit bleek van de betrokkenheid van Allan bij de onderzochte delicten was bovendien ook afkomstige van deze informant, die kon verklaren dat Allan zijn betrokkenheid aan hem had toegegeven. Juist dat gesprek was echter niet opgenomen.

'(T)he way in which the informer H. was used by the police to obtain evidence (...) raises more complex issues', aldus het Hof. Het Hof benadrukte in dit verband het belang van het zelf-incriminatieverbod en van het zwijgrecht: '(...) the Court has re-iterated that these are generally recognised international standards which lie at the heart of a fair procedure'. Ter vaststelling

---

77 Zie voor vergelijkbare gevallen: Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 26 september 2002, *Chalkley v. Het Verenigd Koninkrijk,* Appl. nr.: 63831/00 en Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM 22 oktober 2002, *Hewitson v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl. nr.: 50015/99.

78 *Allan v. Het Verenigd Koninkrijk, supra*, noot 73, § 13. De beweerde inhoudelijke onbetrouwbaarheid van de opnames leidde wel tot een nadere toetsing.

van de vraag of een procedure '(...) has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination, the Court will examine the nature and degree of the compulsion, the existence of any relevant safeguards in the procedures and the use to which any material so obtained is put'.

De aard en de omvang van de dwang werden hier zeer uitgebreid getoetst. Terwijl het zwijgrecht en het zelf-incriminatieverbod primair zijn ontwikkeld ter bescherming tegen '*improper compulsion*' door de autoriteiten en tegen bewijsverkrijging via *dwang* of oppressie '*in defiance of the will of the accused*', is de reikwijdte van het recht niet beperkt tot gevallen waarin 'duress has been brought to bear on the accused or where the will of the accused has been directly overborne in some way'.

Het recht beschermt in principe de vrijheid van een verdachte om bij een politieverhoor te kiezen al of niet te verklaren:

> '(s)uch freedom of choice is effectively undermined in a case in which, the suspect having elected to remain silent during questioning, the authorities use subterfuge to elicit from the suspect confessions or other statements of an incriminatory nature which they were unable to obtain during such questioning and where the confessions or statements thereby obtained are adduced in evidence at trial'.[79]

Het Hof hanteert nu niet het eerder aangehouden onderscheid tussen '*subterfuge or trickery*' en '*inducement or entrapment*' ter aanduiding van de grenzen van het toelaatbare. *Subterfuge* was hier voldoende om tot een probleem onder het zwijgrecht te leiden. Het verschil is dat hier sprake is van een verdachte die reeds onderworpen is geweest aan een (formeel) politieverhoor en die een duidelijke keuze heeft gemaakt ten aanzien van de door hem in te nemen procespositie, namelijk om niet mee te werken. Deze verdachte weet van de tegen hem ingestelde strafvervolging: geen twijfel bestaat over de vraag of het zwijgrecht reeds in werking is.

Toch is het niet zo dat elke vorm van *subterfuge* tot een schending van het zwijgrecht leidt: dat is nog afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Het Hof zoekt bij die beoordeling aanknopingspunten via de comparatieve interpretatie, en wel in de uitspraken in vergelijkbare zaken van de Canadese *Supreme Court* ten opzichte van sectie 7 van de *Canadian Charter of Rights and Freedoms*:

> '(t)he Canadian Supreme Court there expressed the view that, where the informer who allegedly acted to subvert the right to silence of the accused was not obviously a state agent, the analysis should focus on both the relationship between the informer and the state and the relationship between the informer and the accused: the right to silence would only be infringed where the informer was acting as an agent of the state at the time the accused made the statement and where it was

79 Ibidem, § 17.

> the informer who caused the accused to make the statement. Whether an informer was to be regarded as a state agent depended on whether the exchange between the accused and the informer would have taken place, in the form and manner in which it did, but for the intervention of the authorities. Whether the evidence in question was to be regarded as having been elicited by the informer depended on whether the conversation between him and the accused was the functional equivalent of an interrogation, as well as on the nature of the relationship between the informer and the accused'.

Dat kader is sterk toegespitst op de hoedanigheid van de ingezette informant. Waar deze een agent van de overheid is, dus een politie-informant, moet worden uitgegaan van een sterke indicatie van wilsdoorbreking. Waar deze niet '*obviously*' een overheidsagent is, moet worden gekeken naar twee verschillende relaties: die tussen de informant en de verdachte en die tussen de informant en de overheid. Wat die tweede relatie betreft: een aantasting van het zwijgrecht kan alleen worden aangenomen waar vaststaat dat de informant ten behoeve van de overheid handelt. Dat is afhankelijk van de vraag of het gesprek in dezelfde vorm en op dezelfde wijze zou hebben plaatsgevonden, zonder tussenkomst van de autoriteiten. Dat schakelt dan de toevallige celgenoot uit. Waar iemand bewust wordt ingezet met het doel een dergelijk gesprek te laten plaatsvinden, is de relatie tussen informant en overheid gevestigd. Daarnaast is er een causaliteitseis: de 'verklaring' van de verdachte moet door toedoen van de informant zijn afgelegd. Bij de beoordeling van de causaliteit speelt de relatie tussen de informant en de verdachte een rol: waar die relatie een bepaalde intieme aard heeft, levert dat een indicatie dat zulks causaal is geweest voor de doorbreking van het zwijgen door de verdachte. De intimiteit is dan misbruikt om hem daartoe te brengen. Daarnaast geldt echter dat het gesprek het 'functioneel equivalent' moet zijn geweest van een verhoor. Dat veronderstelt enige activiteit van de informant in het sturen van het gesprek naar onderwerpen waarover informatie wordt gezocht.

Bij de toetsing in *Allan* stelde het Hof allereerst vast dat de verzoeker zich, op advies van zijn raadsman, na zijn aanhouding, bij verhoor consistent had beroepen op zijn zwijgrecht. De ingezette informant, die een 'longstanding police informer', was, werd (op twee verschillende plaatsen) in dezelfde cel als Allan gezet 'for the specific purpose of eliciting from the applicant information implicating him in the offences of which he was suspected'. Vastgesteld was dat de informant door de politie was geïnstrueerd, specifiek ook met de opdracht '(...) to push him for what you can'. De beweerdelijk door de verdachte gedane uitlatingen waren niet '(...) spontaneous and unprompted statements volunteered by the applicant, but were induced by the persistent questioning of H., who, at the instance of the police, channelled their conversations into discussions of the murder in circumstances which can be regarded as the functional equivalent of interrogation (...)' Daarbij waren geen van de waarborgen verwezenlijkt die wel aanwezig zouden zijn bij een politieverhoor, waaronder de aanwezigheid van een raadsman en cautionering.

Ondanks dat geen bijzondere relatie bestond tussen de informant en de verdachte, en geen factoren van directe *dwang* konden worden geidentificeerd, kwam het Hof tot de conclusie dat

> '(...) the applicant would have been subject to psychological pressures which impinged on the "voluntariness" of the disclosures allegedly made by the applicant to H.: he was a suspect in a murder case, in detention and under direct pressure from the police in interrogations about the murder, and would have been susceptible to persuasion to take H., with whom he shared a cell for some weeks, into his confidence'.

Onder die omstandigheden kon de informatie '(...) gained by the use of H. in this way (…) be regarded as having been obtained in defiance of the will of the applicant', terwijl het gebruik daarvan tot bewijs ' impinged on the applicant's right to silence and privilege against self-incrimination'.[80]

5.3.4 Uitwerking, conclusies over het zwijgrecht bij de bijzondere opsporing in de rechtspraak van het Hof

Het aanbrengen van het onderscheid tussen de situaties waarin er geen enkele vorm van misleiding wordt vastgesteld, waarin er sprake is van '*subterfuge*' of '*trickery*', en waarin deze de vorm aanneemt van '*inducement*' of '*entrapment*', en '*oppression*'[81] doet de volgende vraag rijzen. Moet de '*subterfuge*' of '*trickery*' categorie worden bezien als een van het zwijgrecht zelfstandig te bezien herstelbare *beperking van de algemene eerlijkheidsnotie*, die door de aanwezigheid van herstellende waarborgen de daardoor ontstane bezwaren tegen het bewijsgebruik kan worden weggenomen, of is, met de vaststelling dat de wil niet is veronachtzaamd, het eerlijk-proces-recht in het geheel niet geraakt?

Het gegeven dat het Hof meermalen de onderscheiden termen gebruikt, en zich met name bedient van de twee termenkoppels van '*subterfuge*' en '*trickery*' versus '*inducement*' of '*entrapment*', doet neigen naar de gevolgtrekking dat de categorie van '*subterfuge*' of '*trickery*' wel een zelfstandige betekenis heeft. Of dat zo is, kan blijken indien het Hof ondanks het uitblijven van een

---

80 Ibidem, § 19.

81 In de ontvankelijkheidsbeslissing in *Chalkley v. Het Verenigd Koninkrijk*, supra, *noot 77*, is nog een ander onderscheid te zien. Het Hof stelt daarin dat '(a)s in Khan, there is no indication that the taped admissions made by the applicant during conversations with his co-defendant were made involuntarily. Nor was there any entrapment or any inducement for the applicant to make such admissions'. Moet nu 'involuntarily' als een aparte categorie worden gezien? Waarschijnlijk niet: het Hof gebruikt die formule om aan te geven dat verklaringen vrijwillig zijn gedaan. Het criterium heeft dus alleen een negatieve betekenis, en wordt gebruikt ter aanduiding van het gegeven dat verdachte er zelf voor heeft gekozen zijn uitlatingen te doen.

vaststelling van een schending van het zwijgrecht, toch laat zien een verhoogde standaard in de waarborgencompensatie te eisen.

De weinige rechtspraak die er terzake is, maakt het moeilijk een dergelijke vaststelling te doen. In *Wood* is onduidelijk of het Hof '*subterfuge*' of '*trickery*' überhaupt heeft aangenomen. Alleen wordt immers gesteld dat '(w)hile the applicant also claims that the tapes were obtained by subterfuge or possibly trickery, the Court does not find any element of oppression inducing the applicants to break their silence as occurred (...)'. Wat zich ook heeft voorgedaan, het nam niet de vorm aan van een ongeoorloofde wilsmanipulatie. Daarmee is echter niet gezegd dat er geen *subterfuge* of *trickery* was. In die zaak ging het Hof wel in op de aanwezigheid van compenserende waarborgen; die beoordeling was echter gericht op het gebruik van het in strijd met art. 8 EVRM verkregen bewijs. De eis van een verhoogde toetsingsstandaard volgde dus uit die schending.

Ook in *Chalkey* werd geen aantasting van het zwijgrecht vastgesteld, maar toetste het Hof wel of de waarborgencompensatie voldoende was. Belang werd gehecht aan het feit dat er ook ander bewijs was, maar het Hof stelde ook dat '(i)n the circumstances however, the existence of fair procedures to examine the admissibility and test the reliability of the disputed evidence takes on importance'. Toetsing daarvan leverde op dat *in casu* daaraan was voldaan. Onduidelijk is waarop die verhoogde standaard is gebaseerd: het Hof stelde immers zelf vast dat geen onderliggende onrechtmatigheid bij de bewijsverkrijging kon worden vastgesteld, noch dat er aanleiding was om uit te gaan van een onbetrouwbaarheidsrisico. Daarin is dan steun te vinden voor de opvatting dat ook manipulatie van de verdachte die niet de vorm aanneemt van een wilsdoorbreking zelfstandig tot een eerlijkheidsgebrek kan leiden.

Thans kan van het volgende worden uitgegaan. In geval het zwijgrecht wel wordt geacht te zijn geschonden, heeft dat een fataal gevolg: het zwijgrecht is absoluut, in die zin dat bewijsgebruik naar aanleiding van een wilsdoorbreking niet herstelbaar is. In *Allan* immers keek het Hof, na vaststelling van die schending, niet verder naar eventuele compenserende waarborgen bij het bewijsgebruik. Dat 'the recordings made of the applicant in the police station and prison when he was with Leroy Grant, J.N.S. and H. and the testimony of H. who had been placed in the applicant's cell by the police to obtain evidence against him' bij de vervolging als '*principal evidence*'[82] werden ingezet, wordt door het Hof wel uitdrukkelijk genoemd, doch alleen in de context van de beoordeling van het bewijsgebruik vanuit het perspectief van de daarmee veroorzaakte privacyschending. Des te betekenisvoller is dat dát punt bij de beoordeling van de het bewijsgebruik vanuit het perspectief van de zwijgrechtschending niet meer wordt aangeroerd.

82 *Allan v. Het Verenigd Koninkrijk, supra,* noot 73, § 45.

Onduidelijk blijft of alleen '*subterfuge*' of '*trickery*' tot een zelfstandige inbreuk op het recht op een eerlijk bewijsgebruik kan leiden, die gerepareerd moet worden door een hogere toetsings- en herstelstandaard aan te houden. De uitspraak in *Chalkey* geeft steun voor een dergelijke opvatting.

Uitgaande van de juistheid van die opvatting, kunnen de volgende conclusies worden getrokken ten aanzien van misleidende bewijsvergaring in het vooronderzoek.

1) Bij fase (2), die waarin de verdachte op hoogte is van de vervolging en zijn procespositie reeds heeft bepaald

Bij een wilsmanipulatie onder hierboven genoemde categorie (1) geldt dat noch het zwijgrecht is aangetast, noch een probleem bestaat onder het recht op een eerlijk bewijsgebruik. De toepassing van heimelijke bijzondere opsporingsbevoegdheden die niet verder gaat dan een passief waarnemen kan worden gelijkgesteld met het gebruik van belastende getuigenverklaringen waaraan verder geen bijzonderheden kleven. De standaard bij het bewijsgebruik is normaal. De rechter behoeft bij zijn toetsing geen bijzondere voorzichtigheid te betrachten (bijvoorbeeld nadere onderzoekshandelingen die hij anders niet zou hebben verricht). Tevens is hij niet bijzonderlijk geroepen tot een nadere motivering van zijn beslissing omtrent het bewijsgebruik, en er geldt geen bewijsminimum. De veroordeling kan uitsluitend berusten op aldus verkregen bewijs. Dat is alleen anders indien er daarnaast sprake is van een onbetrouwbaarheidskwestie, echter dat berust op een zelfstandige problematiek.

De wilsmanipulatie onder categorie (2) is nog aanvaardbaar, doch geeft aanleiding tot een verhoogde standaard in de waarborgencompensatie. Het bewijsgebruik moet worden ondersteund, het onderzoek moet bepaaldelijk op die kwestie worden gericht, daarvan moet blijken uit de motivering van de rechter. Er is geen sprake van een onrechtmatige verkrijging in de zin dat het zwijgrecht is aangetast. De eerlijkheid wordt in het algemeen beperkt, zonder dat daarbij een concreet aan te duiden eerlijkheidsnorm is geraakt. Een (tentatieve) link lijkt te kunnen worden gemaakt naar de beginselen van een behoorlijke strafvordering. Disproportionaliteit, meer algemeen een schending van het beginsel van redelijke en billijke belangenafweging, en vooral - zoals in *Chalkley* aan de orde lijkt te zijn gesteld (doch niet is aangenomen voor waar) - een schending van het verbod van *détournement de pouvoir*, kunnen aldus in de algemene eerlijkheidsnotie worden ingelezen. Wilsmanipulaties onder de tweede categorie moeten aldus worden aangemerkt als met behoorlijkheidsbeginselen strijdige gevaarzettingen van het zwijgrecht. Zij verlangen eveneens een verhoogde standaard van toetsing en herstel, daar zij eerlijkheidsrisico's met zich brengen. Een strikte toetsingseis is bovendien aangewezen, daar het hier gaat om een nog precaire en immanent diffusie norm (de grenzen van het toelaatbare bij wilsmanipulaties laten zich moeilijk concretiseren). Toetsing is juist noodzakelijk om vast te stellen of de grenzen overschreden zijn. Ook wanneer dat niet het geval is, blijft het zo dat de eerlijkheid is

gecompromitteerd en herstel moet worden bewerkt vanwege de enkele (onbehoorlijke) gevaarzetting.

Dat verklaart echter niet waarom deze 'lichte' categorie in Allan voldoende lijkt te worden geacht voor een aantasting van het zwijgrecht. Het gebruik immers van de term '*subterfuge*' in dat verband zou, in de voorstelling van zaken die hier wordt aangehouden, moeten betekenen dat er juist geen sprake was van een wilsdoorbreking. Dat werd echter wel aangenomen. Het bewijsgebruik was daarmee absoluut uitgesloten.

De uitspraak kan echter ook zo worden gelezen. In Allan was er sprake van '*subterfuge*' omdat een informant werd ingeschakeld om hem te bewegen tot zichzelf belastende verklaringen. Dat gaat iets verder dan alleen passief heimelijk waarnemen en is gelijk te stellen met een manipulatie als aanhouding voor een ander doel. Naast de *subterfuge* was er echter meer aan de hand. Uit de uitspraak in *Allan* zelf blijkt niet uitdrukkelijk in hoeverre het Hof daaraan belang heeft gehecht, maar door verzoeker werd aangevoerd dat hij doelbewust onder druk werd gezet, doordien hij meermalen langdurig werd verhoord, niet met het doel hem ertoe te bewegen ten overstaan van de politie zijn procespositie te wijzigen, maar om hem geestelijk onder druk te zetten, zodat hij, bij zijn terugkeer naar zijn cel, de behoefte zou voelen zijn celgenoot in vertrouwen te nemen. Daarnaast was de informant door de politie geïnstrueerd om belastende verklaringen van Allan uit te lokken. In de latere uitspraak in *Lewis* bleek dat het Hof wel betekenis had gehecht aan die omstandigheden en deze als mede oorzakelijk voor de schending had gezien. In die uitspraak stelde het Hof dat:

> '(i)t is not persuaded by the applicant that this case may be regarded as analogous to Allan v. United Kingdom, (...), where a breach of Article 6 § 1 arose from the use of evidence obtained by an informer coached by the police to gain the applicant's confidence and obtain admissions from him between police interrogations in which tactics were employed to rattle him'.

Er was dus niet alleen *subterfuge*, maar in combinatie met de overige factoren, ook een doorbreking van zijn wil. De manipulatie in Allan viel dus niet in categorie (2), maar in categorie (3). De uitspraak zou aan helderheid hebben gewonnen wanneer het Hof zich ook uitdrukkelijk zou hebben bediend van een daarop wijzende terminologie.

De wilsmanipulatie in categorie (3) is, tot slot, altijd ongeoorloofd, en leidt tot een voor het bewijsgebruik fatale schending van het zwijgrecht. Het gebruik van een aldus verkregen verklaring kan niet via waarborgen worden hersteld. Problematisch bij deze categorie is dus alleen de vraag wat het verschil is tussen deze categorie en de tweede. Het gedetineerd zijn *an sich* en het reeds bekend zijn van de procespositie van de verdachte zijn niet voldoende om van *subterfuge* te spreken, daarvoor moet sprake zijn van een nadere manipulatie, zoals de inzet van een informant die een wederkerige communicatie tot stand kan brengen. In het *Allan* geval is de grens overschreden, maar uit het

samenstel van genoemde factoren blijkt niet of daarbij een bepaalde factor doorslaggevend werd geacht (het gestuurd zijn van de informant, zijn actieve opstelling bij de vraagstelling, het feit dat verdachte geestelijke onder druk werd gezet, hetgeen zelfs een soort van dwang benaderd), of dat het ging om de cumulatie van alle omstandigheden. Het uitdrukkelijk gegeven criterium dat de vraagstelling niet de vorm mag aannemen van een 'functioneel verhoor', is ruim. Een nadere invulling terzake is alleen gegeven ter vaststelling van de vraag wanneer dat verhoor van overheidswege kan worden geacht te zijn gestuurd. Een dergelijke vaststelling is alleen noodzakelijk wanneer de verhorende informant niet '*obviously a state agent is*', waarvan in het geval van de inzet van een informant met dit doel echter wel steeds sprake zal zijn.[83]

Gelet op het feit dat het in essentie gaat om de vraag of de wil is doorbroken of niet, kan van het volgende worden uitgegaan. *Conditio sine qua non* is dat manipulatie wordt toegepast. Daarbij is onvoldoende dat de manipulatie erop gericht is de verdachte op een onbewaakt moment op een *vrijwillige* verklaring te betrappen. De manipulatie moet zo ver gaan dat gesproken kan worden van wilsdoorbreking.

2) *Bij fase (1), die waarin de verdachte niet op hoogte is van de vervolging en zijn procespositie niet reeds heeft bepaald*

In deze fase moet de wilsmanipulatie door passieve, heimelijke waarneming eveneens worden geacht niet problematisch te zijn. Zulks blijkt overigens ook uit de uitspraak in *Khan* (waarin werd vastgesteld dat de in een woning afgeluisterde verklaringen *'voluntarily'* werden gedaan) en in *Lewis*, waarin ook geen manipulatie (weer bij het afluisteren van een woning) werd aangenomen. In geval van pro-actief onderzoek, waarbij de feiten nog gepleegd moeten worden, kan dat des ter sterker gelden. Het zwijgrecht kan immers moeilijk worden geacht te bestaan in gevallen waarin de verdachte zijn wil nog niet heeft bepaald ten aanzien van het al dan niet plegen van het delict. Manipulatie van zijn wil kan in dat verband zeker relevant zijn, maar alleen in geval het gaat om zijn wil het delict te plegen. Die situatie valt echter buiten de context van de wilsmanipulatie bij het afleggen van verklaringen en raakt het hierna te bespreken recht om niet uitgelokt te worden. Wilsmanipulaties bij het afleggen van verklaringen bij toekomstige delicten kan overigens niet aan de orde komen bij de hierboven bedoelde fase (1), waar reeds een vervolging is geëntameerd, hetgeen betekent dat het delict waarover informatie wordt gezocht, per definitie gepleegd is.

Bij categorie (2) en (3) is er geen aanleiding om van een ander kader uit te gaan ingeval de verdachte nog niet op de hoogte is van de vervolging. In geval er sprake is van – mogelijk met de beginselen van een behoorlijke strafvordering samenvallende, doch niet tot een daarbuiten vallende onrecht-

83 Daarvan moet derhalve worden onderscheiden de situatie waarin anderen op eigen initiatief de verdachte tot het doen van belastende uitlatingen misleiden.

matigheid te herleiden – manipulatie van de wil, kan eveneens het recht op een eerlijk bewijsgebruik nopen tot een verhoogde standaard voor de waarborgencompensatie.

Onduidelijk blijft dan alleen in hoeverre de wetenschap van de verdachte ten aanzien van het onderzoek en zijn voorafgaande uitdrukkelijke procespositiebepaling noodzakelijke vereisten zijn voor een doorbreking van het zwijgrecht. De voorkeur moet er naar uitgaan deze factoren niet als noodzakelijkheden aan te merken. Wat de formele procespositiebepaling betreft, de *Allan casus* kan ook zo worden gelezen: in het geval dat een verdachte zich bij formeel verhoor niet heeft beroepen op zijn zwijgrecht maar de door hem afgelegde verklaring niet wordt geloofd, kan immers precies dezelfde druk worden opgelegd om hem buiten de context van het formeel verhoor tot een andersluidende verklaring te brengen. De wilsdoorbreking is niet afhankelijk van de (formele) opstelling die de verdachte feitelijk bij een formeel verhoor inneemt, maar heeft betrekking op de bijdrage die de verdachte, via zijn verklaring, aan het onderzoek, binnen en buiten een formeel verhoor, wenst te leveren. In geval van wetenschap van de verdachte ten aanzien van het onderzoek geldt dat wanneer de uitbreiding van het zwijgrecht zich niet over die situatie zou uitstrekken, het zwijgrecht van de verdachte niet zodanig zou zijn aangepast dat het is toegespitst op de afwijkende toepassingen van de bijzondere opsporing. De uitbreiding is dan te summier en laat de mogelijkheid dat een zwijgrechtdoorbreking kan plaatsvinden in het opsporingsonderzoek open.

5.3.5 Het zwijgrecht en de bijzondere opsporing in het nationale recht

Strafvorderlijke legaliteit lijkt in de context van art. 6 EVRM relevant te zijn, in die zin dat niet-naleving van het nationale recht een factor van betekenis is bij de waardering van normschendingen en de gevolgen die daaraan dienen te worden verbonden. Art. 6 EVRM stelt evenwel niet de eis dat de daarin vervatte rechten, noch de wijze zij kunnen worden beperkt, voorzien zijn van een wettelijke grondslag in het nationale recht. Voldoende is dat de eerlijkproces-normen (door de rechter) worden nageleefd: daarvoor is een wettelijke regeling niet noodzakelijk, althans het ontbreken kan niet de basis zijn voor een schending van art. 6 EVRM.

In zoverre is de regeling van het zwijgrecht in de nationale wet niet relevant vanuit het perspectief van art. 6 EVRM. Van belang is dat in concrete gevallen (1) het zwijgrecht niet wordt geschonden; (2) dat wanneer het zwijgrecht wel wordt geschonden de rechter op die basis tot een absolute verwerping van de eerlijkheid van de strafvervolging komt, en (3) dat wanneer de kans bestaat dat het zwijgrecht is geschonden – zij is in gevaar gezet – de rechter zorgvuldig onderzoek doet naar die mogelijkheid, met het oog op deugdelijke verwerking van de aangewezen gevolgen.

Als een deugdelijk wettelijke dictaat bestaat ten aanzien van het zwijgrecht bij de bijzondere opsporing, is dat evenwel bevorderlijk voor de verdragsconformiteit. *Vice versa,* waar geen wettelijke regeling bestaat, is de kans dat de rechter tot niet verdragsconforme interpretaties komt, verhoogd. Die kans is des te groter wanneer er wel een wettelijke regeling bestaat maar *in abstracto* reeds kan worden gezegd dat zij niet in overeenstemming is met de verdragsrechtelijke norm. De wettelijke regeling van het zwijgrecht in verband met de bijzondere opsporing blijft dus relevant, zeker in een rechtsorde als die van Nederland, waar de rechter, zoals meermalen gesteld, strikt aan wettelijke kaders vasthoudt.

5.3.5.1 De wettelijke regeling van het zwijgrecht

1) Relevante opsporingstoepassingen
Bij vergelijking van de nationale wettelijke regeling met betrekking tot het zwijgrecht (in verband met de bijzondere opsporing) met de verdragsrechtelijke eisen ter zake, dient allereerst te worden vastgesteld welke bijzondere opsporingstoepassingen het zwijgrecht onder druk *kunnen* brengen. Alle bijzondere opsporingstoepassingen worden heimelijk uitgevoerd, de verdachte wordt daarbij steeds misleid. Geldt dat het zwijgrecht door alle bijzondere opsporingstoepassingen wordt geraakt?

In principe is dat wel het geval. Hierboven is echter gebleken dat pas bij een bepaalde mate van manipulatie van een wilsdoorbreking of een gevaarzetting van het zwijgrecht worden gesproken. Daarbij is onderscheid gemaakt tussen drie categorieën van wilsmanipulaties, die zich kunnen voltrekken in twee van elkaar te onderscheiden fasen:

1 de in het licht van het zwijgrecht nimmer problematische categorie waarbij de verdachte alleen (heimelijk) wordt waargenomen en verder geen actie wordt ondernomen om zijn wil te manipuleren,
2 die waarbij wel het een en ander wordt ondernomen om de wil van de verdachte te manipuleren, doch waarvan niet kan worden gezegd dat die actie zijn wilsbepaling heeft ondermijnd en
3 die waarbij er actie wordt genomen, waarvan wel kan worden gezegd dat de wil van de verdachte is ondermijnd.

De twee fasen waarin zij zich kunnen voltrekken betreffen fase (1), waarin de verdachte nog niet op de hoogte is van het onderzoek en geen formele procespositie heeft ingenomen en fase (2), waarin de verdachte wel weet van het onderzoek en zich reeds uitdrukkelijk heeft beroepen op zijn zwijgrecht.

Zo bezien kunnen alle bijzondere opsporingsbevoegdheden wel op zo een manier worden aangewend dat gezegd kan worden dat sprake is van ongeoorloofde wilsmanipulatie. De spanning met het zwijgrecht wordt, als gezegd, niet zozeer veroorzaakt door bepaalde opsporingsbevoegdheden, maar door

de context die bij de toepassing van welke bevoegdheid dan ook wordt gecreëerd.

In theorie moet het dus niet uitmaken welke bijzondere opsporingsbevoegdheid wordt ingezet. Denkbaar is dat het zwijgrecht ook kan worden doorbroken door de inzet van een telefoontap, wanneer de verdachte zodanig wordt gemanipuleerd dat hij geneigd geraakt zichzelf belastende gesprekken te voeren. Gelet echter op de omvang die de manipulatie moet aannemen wil het als een doorbreking van het zwijgrecht worden aangemerkt, zal het veelal noodzakelijk zijn dat op een of andere wijze wederkerig contact met de verdachte tot stand wordt gebracht.

Dat betekent dat in dit verband de toepassing van alle bevoegdheden die een dergelijk contact met zich mee kunnen brengen, tot gevaarzetting of schending van het zwijgrecht kan leiden. Het meest verzuimgevoelig in verband met het zwijgrecht zijn de pro-actieve en de reguliere infiltratie door opsporingsambtenaren of burgers (als bedoeld in de artikelen 126h, 126p, 126w en 126x WvSv), de pro-actieve pseudokoop of -dienstverlening door opsporingsambtenaren of burgers (als bedoeld in de artikelen 126i, 126q en 126ij WvSv) en de (burger) informatie-inwinning, al dan niet op stelselmatige basis (onderscheidenlijk te baseren op de artikelen 2 Politiewet 1993 en/of 141 en/of 142 WvSv of 126j, 126qa of 126v WvSv). Voor zover bij een gecontroleerde aflevering of doorlating als bedoeld in art. 126ff WvSv een dergelijk contact tot stand komt, zal dat samenvallen met de toepassing van een van de overige hier genoemde bevoegdheden.

Van belang is daarbij dat die bevoegdheden zelfstandig niet per se aanleiding kunnen geven tot een probleem onder het zwijgrecht: dat is alleen het geval indien zij op een bijzondere wijze worden toegepast, waardoor de toepassing valt in de bovenbedoelde categorieën (2) of (3).

2) Het zwijgrecht in de wetsgeschiedenis bij de wettelijke regeling van de bijzondere opsporing

De uitwerking in de wetsgeschiedenis van de problematiek ten aanzien van het zwijgrecht en de bijzondere opsporing laat zich gemakkelijk weergeven: daarover is namelijk bijzonder weinig gezegd. In de wet zelf is terzake geen bijzondere regeling getroffen, alleen in de Memorie van Toelichting bij de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden is op de kwestie, zeer summier, ingegaan. Die bespreking bleef beperkt tot het hierboven reeds aangehaalde citaat, inhoudende dat een bijzonder aspect van infiltratie is dat daarbij een gesprek tot stand kan komen met de verdachte, maar dat een dergelijk gesprek 'belangrijk verschilt' van een verhoor. De ' verdachte' wordt niet 'als verdachte' gehoord, op hem is geen druk gelegd die wel aanwezig is in een verhoorsituatie. Bij die redenering wordt aansluiting gezocht met de rechtspraak van het EHRM, waarin volgens de Memorie van Toelichting, de op een verdachte gelegde druk eveneens centraal wordt gesteld. Dat misleiding niet zondermeer acceptabel is wordt ook wel onderkend. Dat blijkt daaruit dat daarvoor een

rechtvaardiging wordt gezocht. Die wordt gevonden in de 'ernst van de verdenking die tegen de verdachte bestaat, dan wel de ernst van de misdrijven die in georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd. Dit aspect vormt een van de redenen voor de wettelijke regeling van deze bevoegdheid'.[84] De misleidingsproblematiek wordt aldus buiten de sfeer van de zwijgrechtnorm geplaatst. Zulks ten onrechte, daar, zoals uit de Straatsburgse rechtspraak blijkt, naast druk, misleiding zeer wel tot een zwijgrechtaantasting kan leiden. Aan de wettelijke regeling ligt aldus een onjuiste opvatting ten aanzien van de bijzondere opsporing en het zwijgrecht ten grondslag.

Bij de verschillende, in dit verband relevante, bevoegdheden is daarmee ten onrechte geen verbinding met art. 6 EVRM gemaakt. Dat is enerzijds niet verwonderlijk, gelet op het feit dat in het algemeen, buiten de problematiek van de afscherming van informatie, geen aandacht is besteed aan mogelijke relaties tussen de bijzondere opsporing en art. 6 EVRM. Al zou bovendien wel aan deze zwijgrechtproblematiek zijn gedacht, dan zou vermoedelijk het – ten onrechte – voor de aanvang van de toepasselijkheid van art. 6 EVRM aangehouden algemene (op de redelijke termijn problematiek toegespitste) criterium eraan in de weg hebben gestaan dat een raakvlak zou worden aangetroffen. Op basis van dat criterium zoals het gelezen wordt door de Hoge Raad, geldt immers dat art. 6 EVRM pas wordt geacht van toepassing te zijn vanaf het moment dat van overheidswege een handeling is verricht waaraan de verdachte redelijkerwijs de gevolgtrekking zou kunnen verbinden dat hij onderwerp is geworden van een strafvervolging. Bij de heimelijke toepassing van de bijzondere opsporingsbevoegdheden is dat meestentijds juist niet aan de orde. In ieder geval behoeft de verdachte niet te weten van concrete opsporingstoepassingen: ook nadat de verdachte wetenschap krijgt van het onderzoek, kunnen bijzondere opsporingsbevoegdheden worden ingezet. Juist wegens het heimelijke karakter van die bevoegdheden was wenselijk geweest dat in de wet heldere onderscheidingen waren gemaakt ten aanzien van de werking van het zwijgrecht in verschillende onderzoeks- en procesfasen.[85] Daarvoor is noodzakelijk dat de verhoudingen tussen het zwijrecht en de bijzondere opsporing worden onderkend.

3) Uitwerking in de wet

In de wet is echter geen regeling getroffen in verband met de bij de bijzondere opsporing ten aanzien van het zwijgrecht aan te houden grenzen. Bij geen van de bijzondere opsporingsbevoegdheden is een ter zake doende voorwaarde of beperking opgenomen.

Bij de regeling van de infiltratie (in de artikelen 126h, 126p 126w en 126x WvSv) wordt de bevoegdheid omschreven als het deelnemen of medewerking

84 Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, p. 30.

85 Zie in dat verband ook: T. Prakken: Politie achter de tralies, boevendroom of nachtmerrie, NJB, 12 oktober 2001, nr. 36, p. 1743-1747.

verlenen aan een groep van personen waarbinnen naar redelijkerwijs kan worden vermoed misdrijven worden beraamd of gepleegd. De pseudo-koop of dienstverlening wordt (in de artikelen 126i, 126q en 126ij en 126z WvSv) omschreven als het afnemen van goederen of het verlenen van diensten aan de verdachte respectievelijk aan een persoon ten aanzien van wie een redelijk vermoeden bestaat dat deze betrokken is bij het in het georganiseerd verband beramen of plegen van misdrijven. Bij alle infiltratie en pseudo-koop of dienstverleningsbevoegdheden is het Tallon-criterium uitdrukkelijk in de wet opgenomen. Bij de toepassing van al die bevoegdheden geldt daarom dat de verdachte daarbij niet mag worden gebracht tot het plegen van andere strafbare feiten dan waarop diens opzet reeds tevoren was gericht. De stelselmatige inwinning van informatie, (geregeld in de artikelen 126j, 126qa en 126v WvSv) wordt in de wet omschreven als het stelselmatig inwinnen van informatie door een opsporingsambtenaar, zonder dat kenbaar is dat hij optreedt als opsporingsambtenaar, over de verdachte respectievelijk een persoon ten aanzien van wie een redelijk vermoeden bestaat dat hij betrokken is bij een georganiseerd verband als hiervoor bedoeld. Ook de stelselmatige burgerinformant wint omtrent deze verdachten of personen informatie in.

De wettelijke omschrijving van die bevoegdheden die dus het meest 'geschikt' zijn om het zwijgrecht onder druk te zetten, geeft derhalve geen aanwijzingen omtrent de omgang met het zwijgrecht van de verdachte bij de totstandkoming van wederkerige communicatie. In de wet wordt ervan uitgegaan dat bij de toepassing van deze bevoegdheden geen sprake is van een formele verhoorsituatie en dat het zwijgrecht, noch de cautieplicht ter zake doen.

Dat betekent dat als wettelijk kader in dit verband moet worden aangehouden de algemene regeling van het zwijgrecht in art. 29 WvSv.[86] Op basis van art. 29 lid 1 WvSv geldt dat, bij verhoor van de verdachte, de verhorende rechter of ambtenaar zich dient te onthouden van alles wat de strekking heeft een verklaring te verkrijgen waarvan niet gezegd kan worden dat zij in vrijheid is afgelegd. De verdachte is niet tot antwoorden verplicht. Het tweede lid van die bepaling verplicht tot voorafgaande cautionering: voor het verhoor wordt de verdachte medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden.

Tamelijk zinloos zal het zijn, te pogen vast te stellen of in deze, laatstelijk in 1973 gewijzigde,[87] bepaling de regels die in de rechtspraak van het Hof zijn geformuleerd ten aanzien van het zwijgrecht bij de bijzondere opsporing, verwerkt kunnen worden geacht. Ook wanneer art. 29 WvSv zo kan worden geïnterpreteerd dat 's Hofs normen daarin worden ingelezen, staat vast dat de wetgever de bepaling niet heeft geschreven met het oog op de afwijkende

86 Het zwijgrecht van de verdachte bij het onderzoek ter terechtzitting is in art. 271 WvSv geregeld. Op basis van het eerste lid van die bepaling dient de voorzitter er voor zorg te dragen dat geen vragen worden gesteld, welke de strekking hebben verklaringen te verkrijgen, waarvan niet kan worden gezegd dat zij in vrijheid zijn afgelegd.

87 Wet van 26 oktober 1973, Staatsblad, 509.

situatie die geldt ten aanzien van het zwijgrecht bij de bijzondere opsporing. Hooguit kan via een teleologische uitlegging van art. 29 WvSv worden vastgesteld of de bepaling zich verzet tegen een uitbreiding van het zwijgrecht zoals in 's Hofs rechtspraak is teweeggebracht.

In het algemeen – dus buiten de context van de bijzondere opsporing – wordt art. 29 WvSv aldus gelezen. 'Het nemo tenetur-beginsel en de cautieplicht gelden voor het gehele strafproces, dat wil zeggen, vanaf het moment van de verdenking tot het moment van de onherroepelijke einduitspraak'.[88] Dat zou kunnen betekenen dat vanaf het moment dat een verdenking (waaronder thans ook de vroegverdenking in de zin van een redelijk vermoeden van beramen of plegen van strafbare feiten als bedoeld in art. 132a WvSv) ontstaat, de verdachte wordt beschermd. Het zwijgrecht zou dus ook gelden voor de verdachte in bijzondere opsporingszaken, vanaf het moment dat de vroegverdenking is ingegaan.

Wat betreft het pressieverbod in art. 29 lid 1 WvSv, ondanks dat '(...) de grens tussen wat nog wel en wat niet meer geoorloofd (...) moeilijk scherp (is) te trekken',[89] kunnen een aantal verhoormethoden categorisch worden uitgesloten als onaanvaardbaar. Op de verdachte mag, door de verhorende ambtenaar (of de rechter), geen geestelijke of lichamelijke druk worden uitgeoefend. Bij ondervraging van de verdachte terwijl hem de vrijheid is benomen (dat geldt tenminste wanneer hij is opgehouden voor onderzoek) wordt ervan uitgegaan dat de vrijheidsontneming zelf een bepaalde mate van druk op de verdachte uitoefent. De vrijheidsbeneming van de verdachte enkel met het doel van hem een verklaring te verkrijgen wordt niet aanvaardbaar geacht. Als ongeoorloofde verhoormethoden worden aangemerkt: 'giften, beloften, misbruik van gezag, bedreiging, geweld, misleiding, strikvragen en ongeoorloofde zedelijke druk'. De 'Zaanse verhoormethode' is door de Hoge Raad in strijd bevonden met beginselen van een behoorlijke procesorde.[90] Wel worden geoorloofd geacht: de confrontatie van de verdachte met ander bewijsmateriaal, het wijzen van de verdachte op de zwakheid van zijn positie, het frequent horen van de verdachte met het doel hem te bewegen tot een verklaring, het verhoren met verheven stem, het confronteren van de verdachte met tegenstrijdigheden in zijn verklaringen en het beloven dat de verdachte naar huis mag als hij een bekentenis aflegt. Een 'indringende' ondervraging wordt eveneens geoorloofd geacht.[91]

Die criteria zijn niet zondermeer bruikbaar in de context van de bijzondere opsporing. Zij gaan namelijk uit van de premisse dat de verdachte wel weet van het verhoor, althans weet dat hij communiceert met een opsporingsambte-

88 Cleiren/Nijboer, T&C Sv, art. 29, aant. 1 (d).
89 Ibidem, art. 29, aant. 4(b).
90 Ibidem.
91 Alle genoemde, geoorloofde en niet geoorloofde gevallen zijn ontleend aan: Cleiren/Nijboer, T&C Sv, art. 29 aant. 4 (b).

naar. Bij de bijzondere opsporing weet de verdachte juist niet dat hij in gesprek is met een opsporingsambtenaar of met een persoon die bijstand verleent aan de opsporing.

4) Conclusies

Niet valt in te zien waarom de beperkingen die gelden bij de 'normale' verhoorsituatie niet zouden gelden wanneer de verdachte juist onkundig wordt gelaten van het onderzoek om hem tot het doen van belastende uitlatingen te brengen. Er wordt nu eenmaal erkend dat er bepaalde grenzen zijn ten aanzien van de mate waarin de verdachte kan worden misleid, of op hem geestelijke druk kan worden uitgeoefend. Waarom zou niet gelden dat het manipuleren van de verdachte terwijl hij niet eens weet dat onderzoek wordt gedaan en waardoor hij zichzelf belastende uitlatingen doet, eveneens aan bepaalde grenzen moet worden gebonden? Uitgaande van de voorwaarden die gelden in de reguliere verhoorsituatie is juist opmerkelijk dat die eisen niet automatisch van toepassing werden geacht in de context van de bijzondere opsporing. Art. 29 WvSv pleit juist voor een dergelijke brede toepasselijkheid van het zwijgrecht. Het uitgangspunt dat het zwijgrecht niet van toepassing is omdat er geen sprake is van een formele verhoorsituatie, is formalistisch, berust duidelijk op pragmatische overwegingen en doet geen recht aan het aan het zwijgrecht ten grondslag liggende beschermingsdoel.

De erkenning van de toepasselijkheid van het zwijgrecht zou bovendien niet met zich meebrengen dat 'heimelijk', of 'functioneel' verhoor van de verdachte nimmer mogelijk is. Evenmin als dat het geval is bij een 'formele verhoorsituatie', kan een bepaalde mate van misleiding of druk ook acceptabel worden geacht bij de heimelijke benadering van de verdachte. Waar het om gaat is dat de misleiding of druk niet boven een bepaalde mate uitstijgt. Geen enkele aanleiding is er om niet dezelfde zorgvuldigheidsstandaarden in acht te nemen bij een heimelijk verhoor. Hoe slechter de informatiepositie is van de verdachte (hij kan weten van het onderzoek maar niet van de concrete toepassing, of hij kan volledig onkundig zijn, ook over het onderzoek in het algemeen) des te meer kwetsbaar hij is. De verdachte die weet dat hij wordt verhoord door een opsporingsambtenaar bevindt zich daardoor in een tamelijk beschermde positie. Weliswaar kan hij onder druk worden gezet, hij wordt echter niet bij voorbaat misleid.

Wat betreft de vraag hoe de nationale *wet* zich verhoudt tot de verdragsrechtelijke eisen ten aanzien van de bescherming van het zwijgrecht bij de bijzondere opsporing kan worden geconcludeerd dat de wet niet in strijd is met de verdragseisen. De regeling van het zwijgrecht sluit immers niet uit dat de voorwaarden die door het Hof worden gesteld in die regeling worden gelezen. In de uitwerking van de bijzondere opsporingsbevoegdheden die in verband met het zwijgrecht het meest kwestieus zijn, wordt de zwijgrechtproblematiek in het geheel niet aangeroerd. Niets in die regelingen verwijst naar

eventuele spanning tussen de bijzondere opsporing en het zwijgrecht. Datzelfde geldt voor de algemene regeling van het zwijgrecht in art. 29 WvSv.

De wet is dus *in abstracto* verdragsconform te achten. Iets anders is evenwel of de wet de naleving van het aangepaste zwijgrecht ook *in concreto* bevordert. De wet sluit immers niet uit dat de Straatsburgse voorwaarden worden nageleefd, maar stelt ter zake geen uitdrukkelijke eisen. Oftewel, de wet sluit, ondanks dat brede bescherming die art. 29 WvSv in dit verband lijkt te kunnen verschaffen, ook niet uit dat de verdragsvoorwaarden *niet* worden nageleefd. Kortom, de wet is op het punt van het aangepaste zwijgrecht niet voldoende duidelijk. Dat blijkt reeds uit het gegeven dat de nationale rechter bij de bijzondere opsporing volledig aan de zwijgrechtproblematiek voorbij is gegaan: de rechter werd door de wet niet gedwongen tot het in dit verband verlenen van aangepaste bescherming. Een dictaat uit Straatsburg was noodzakelijk om de nationale rechter te doen beseffen dat het zwijgrecht ook buiten een formele verhoorsituatie van toepassing kan zijn.

5.3.5.2 Het zwijgrecht in de context van de bijzondere opsporing in de nationale rechtspraak

Uiteindelijk was het de rechter die (aanvankelijk) de keuze maakte de reikwijdte van het zwijgrecht in verband met de bijzondere opsporing ook beperkt te houden. Dat geschiedde al vroeg in de bijzondere opsporingsrechtspraak, in de eerste zaak waarin de methode van infiltratie door de Hoge Raad werd beoordeeld, namelijk de Tallon-zaak. In appel werd door de verdediging aangevoerd dat de infiltratieactie mede onrechtmatig moest worden geacht omdat daarmee het zwijgrecht van de verdachte was geschonden. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

> '(...) het betoog van verdachte en diens raadsman dat voormelde bewijsmiddelen in strijd met art. 29 lid 2 Sv zijn verkregen, dient te worden verworpen, omdat het bepaalde bij dat artikel in acht is genomen bij het verhoor van verdachte ter terechtzitting in eerste aanleg, terwijl het bepaalde bij dat artikel bij de overige gebezigde bewijsmiddelen niet voor toepassing in aanmerking komt. (…) dat verdachte en zijn raadsman subsidiair hebben aangevoerd dat de tegen verdachte gebezigde bewijsmiddelen zijn verkregen in strijd met het beginsel dat aan art. 29 lid 2 Sv ten grondslag ligt, welk beginsel meebrengt dat H. en B. gelet op hun samenwerking met de gemeentepolitie te Amsterdam en met de OvJ in het arr. Amsterdam gehouden waren verdachte te waarschuwen dat hetgeen hij hun mededeelde als bewijs tegen hem zou kunnen worden gebruikt en dat hetgeen hij met of voor hen deed tot een tegen hem in te stellen strafvervolging zou kunnen leiden en welk beginsel H. en B. hebben geschonden niet alleen door een waarschuwing achterwege te laten, maar bovendien door zich voor te doen als handelaren in verdovende middelen en door verdachte uit te lokken, althans te brengen tot het begaan van het als bewezen aangenomene; dat dit betoog faalt, omdat art. 29 lid 2 Sv slechts van toepassing is op het verhoor van de verdachte door een rechter of door een ambtenaar en omdat noch dit artikel noch enig daaraan ten grondslag

liggend beginsel een waarschuwingsplicht legt op degene die, gelijk H. en B., als zogenaamde infiltrant of agent provocateur met opsporingsambtenaren en met de OvJ samenwerkt; dat ook overigens niet is gebleken of aannemelijk geworden dat de gebezigde bewijsmiddelen door ongeoorloofde druk op de verdachte of anderszins op onwettige of onrechtmatige wijze zijn verkregen; dat meer in het bijzonder niet aannemelijk is geworden dat, zoals de verdachte heeft aangevoerd, door H. en/of B. in deze zaak aan zijn adres en/of aan dat van familieleden van hem bedreigingen zijn geuit'.[92]

Het zwijgrecht werd dus niet van toepassing geacht buiten een formele verhoorsituatie van de verdachte: zonder zwijgrecht kon er ook geen cautieplicht zijn. De uitspraak laat wel ruimte voor de mogelijkheid dat ook buiten een formeel verhoor sprake kan zijn van ongeoorloofde druk. Echter, een dergelijke druk kon niet door de infiltratie zelf worden veroorzaakt, maar zou zich moeten manifesteren in daarbuiten gelegen omstandigheden (zoals bedreiging).

Pas nadat het EHRM het *Allan*-arrest wees, werd de nationale rechter alert op de mogelijkheid dat het zwijgrecht ook buiten de formele verhoorsituatie in geding zou kunnen zijn.[93] In november 2003 deed de rechtbank te Zwolle uitspraak in een zaak waarin informanten waren ingezet in een Huis van

92 HR 4 december 1979, NJ 1980, 356, r.o. 5.3. Zie eerder, de uitpsraak van het Hof Amsterdam op dit punt: '(...) verdachte en zijn raadsman subs. hebben aangevoerd dat de tegen verdachte gebezigde bewijsmiddelen zijn verkregen in strijd met het beginsel dat aan art. 29, lid 2, Sv. ten grondslag ligt, welk beginsel meebrengt dat H. en B. gelet op hun samenwerking met de gemeentepolitie te Amsterdam en met de OvJ in het Arr. Amsterdam gehouden waren verdachte te waarschuwen dat hetgeen hij hun mededeelde als bewijs tegen hem zou kunnen worden gebruikt en dat hetgeen hij met of voor hen deed tot een tegen hem in te stellen strafvervolging zou kunnen leiden en welk beginsel H. en B. hebben geschonden niet alleen door een waarschuwing achterwege te laten, maar bovendien door zich voor te doen als handelaren in verdovende middelen en door verdachte uit te lokken, althans te brengen tot het begaan van het als bewezen aangenomene (...). (D)it betoog faalt, omdat art. 29, lid 2, Sv. slechts van toepassing is op het verhoor van de verdachte door een rechter of door een ambtenaar en omdat noch dit artikel noch enig daaraan ten grondslag liggend beginsel een waarschuwingsplicht legt op degene die, gelijk H. en B., als zgn. infiltrant of agent provocateur met opsporingsambtenaren en met de OvJ samenwerkt (...). (D)at ook overigens niet is gebleken of aannemelijk geworden dat de gebezigde bewijsmiddelen door ongeoorloofde druk op de verdachte of anderszins op onwettige of onrechtmatige wijze zijn verkregen (...)., Hof Amsterdam, 2 februari 1979, NJ 1979, 211.

93 In 2001 beoordeelde de rechtbank Amsterdam de inzet van een informant in een Huis van Bewaring op basis van de art. 127j WvSv. De rechtbank ging uitdrukkelijk in op de Memorie van Toelichting bij de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden op dit punt. Nu de wetgever had erkend dat bij een dergelijke inzet van informanten een zekere sturing van de gesprekken zou kunnen plaatsvinden door de informant, zonder dat daarbij gesproken kon worden van verhoordruk of een verhoorsituatie, ging de rechtbank ervan uit dat misleiding en niet cautionering van de verdachte inherent is aan deze methode. *In casu* achtte de rechtbank ook geen verhoorsituatie aanwezig en achtte daardoor het zwijgrecht niet geschonden. Rechtbank Amsterdam, 8 november 2001, LJN: AD5311.

Bewaring om informatie te vergaren van de verdachte.[94] De rechtbank hechtte, bij de beoordeling van de vraag of de wijze waarop de stelselmatige informatie-inwinning was toegepast in strijd was met art. 6 EVRM, belang aan:

> '(...) de vraag of de verklaringen zoals deze ten overstaan van de beide informanten door verdachte zijn afgelegd ook op die manier en in die vorm zouden zijn afgelegd zonder inmenging van de autoriteiten en of de conversaties waarin de verklaringen werden afgelegd de functionele equivalent van een verhoor waren'.

Dat zou, zonder de inmenging, niet het geval zijn geweest, aldus de rechtbank:

> '(d)e rechtbank stelt vast dat verdachte zich vrijwel vanaf het begin heeft beroepen op het hem toekomende zwijgrecht en dat de informanten kennelijk werden ingezet met geen andere opdracht dan zoveel mogelijk informatie over de feitelijke toedracht op die bewuste avond in zijn woning los te krijgen. In dit licht bezien kan niet anders geoordeeld worden dan dat de verklaringen van verdachte niet spontaan zijn afgelegd maar – deels en zeker op cruciale punten – het resultaat zijn van vragen aan verdachte zoals deze door de informanten zijn gesteld, hetgeen ook blijkt uit de inhoud van de processen-verbaal'.

De rechtbank oordeelde dat '(...) hier sprake is van een met een verhoor gelijk te stellen situatie, terwijl geen juridische waarborgen behorend bij een normale verhoorsituatie in acht zijn genomen'. De rechtbank kwam daarom tot de conclusie dat '(...) de justitiële autoriteiten via misleiding dan wel door het toepassen van andere kunstgrepen hebben getracht alsnog een verklaring van verdachte met betrekking tot de feitelijke toedracht in de woning op die bewuste avond te verkrijgen'. Dat zou des te meer klemmen omdat de verdachte zich in een precaire situatie bevond (hij was gedetineerd, sprak nauwelijks de Nederlandse taal en werd verdacht van een zeer ernstig delict), 'waardoor hij tengevolge van het ontbreken van een sociaal vangnet volledig afhankelijk was van de autoriteiten'. De rechtbank achtte het *nemo tenetur*-beginsel en 'het bepaalde in art. 6 EVRM' geschonden, en sloot het uit het onrechtmatige optreden voortvloeiende bewijs uit.

In de Enschede vuurwerkrampzaak, waarin eveneens een informant was ingezet in een Huis van Bewaring, kwam het Hof Arnhem, onder een eigen lezing van de *Allan*-criteria – het *Allan*-arrest was tussen eerste en tweede aanleg in de vuurwerkrampzaak gewezen – tot een andersluidend oordeel.[95] De uitspraak in *Allan* bracht voor het Hof in ieder geval niet mee dat de inzet van stelselmatige informatie-inwinning in een detentiesituatie absoluut zou zijn uitgesloten. Dat zulks uitgesloten zou zijn, zou volgens het Hof voorts

94 Rechtbank Zwolle, 11 februari 2003, NJ 2003, 238. De rechtbank noemt de *Allan*-uitspraak niet in haar vonnis, maar bedient zich wel van terminologie daaruit, te weten het 'functionele equivalent van een verhoor'.

95 Hof Arnhem, 12 mei 2003, NJ 2003, 381.

op geen wijze steun vinden in de wet of in de wetsgeschiedenis. Daarenboven constateerde het Hof een aantal relevante verschillen tussen de aan het Hof voorgelegde zaak en de casus van *Allan*. In de eerste plaats had de verdachte in de vuurwerkrampzaak niet gekozen om te zwijgen: zowel vóór als na de inzet van de informant had hij bij politieverhoor verklaringen afgelegd. Het Hof erkende ook dat er in zoverre wel een overeenkomst was met de Allan-zaak, dat '(...) de overheid wel gebruik heeft gemaakt van een opsporingsmethodiek die mogelijk ertoe kon leiden, dat verdachte voor de bewijsvoering relevante verklaringen zou afleggen die hij niet zou willen afleggen in een regulier verhoor door de rechter-commissaris of door opsporingsambtenaren'.

In de tweede plaats hechtte het Hof eraan dat, anders dan in het Engelse recht, de methode van stelselmatige informatie-inwinning in het Wetboek van Strafvordering uitdrukkelijk is geregeld. Dat bracht het Hof tot het oordeel dat:

> '(...) niet zonder meer ontoelaatbaar is het inzetten van een undercoveragent teneinde de mogelijkheid te scheppen om met een verdachte contact te leggen en mogelijk van die verdachte zaken te horen te krijgen die voor de bewijsvoering in de zaak van die verdachte van belang zouden kunnen zijn. Wel is het hof van oordeel, dat zorgvuldig behoort te worden afgewogen, of mededelingen, gedaan door de verdachte aan de undercoveragent, niet tot stand zijn gekomen in contacten die feitelijk zozeer het karakter van een (heimelijk) verhoor dragen, dat het gebruik van die mededelingen als bewijsmiddel in strijd zou zijn met het door artikel 6 van het EVRM gegarandeerde recht op een eerlijk proces. Daarbij heeft het hof acht te slaan op de wijze waarop de contacten tussen de undercoveragent en de verdachte zijn verlopen, en wel in het bijzonder op de vraag, of de undercoveragent op ongepaste wijze heeft getracht de verdachte uit te horen, of op onbehoorlijke wijze misbruik heeft gemaakt van een tussen hem en de verdachte gegroeid vertrouwen'.

Toetsend aan dat kader stelde het Hof vast dat de informant 'systematisch het initiatief in het totstandkomen van het contact tussen hem en verdachte (...) (had) gelaten aan verdachte' en dat hij zelfs meermalen contact zou hebben afgehouden en '(...) grotendeels passief het contact (had) laten groeien. Van systematisch uithoren is geen sprake geweest en evenmin van aandringen op beantwoording van bepaalde vragen inzake de oorzaken van de catastrofale brand in Enschede'. Daarnaast achtte het Hof van belang dat de verdachte zich ook tegenover anderen ('echte' medegedetineerden) had uitgelaten over de 'tegen hem gerezen verdenking en ook aan deze medegedetineerden vertrouwelijke mededelingen daarover heeft gedaan'.[96] Dat alles bracht het Hof tot de conclusie dat 'de tussen de undercoveragent en verdachte gevoerde gesprekken in wezen gewone gesprekken zijn geweest zoals die normaliter tussen gedetineerden plegen plaats te vinden. Dat de undercoveragent zich

96 Uit het arrest blijkt overigens niet of de verdachte zichzelf belastende uitlatingen had gedaan tegenover die anderen.

in die gesprekken ook wel in vragende vorm heeft uitgelaten, is daarmee niet in strijd'. Ook het verweer dat de informant '(...) een intelligent man en een (...) opgeleide en gekwalificeerde professional was en dat verdachte geen partij voor hem was', kon het Hof niet brengen tot het oordeel dat daardoor sprake zou zijn van ongeoorloofde druk: '(v)an het strafproces wordt geëist dat het een "fair trial" is, maar dat betekent niet dat de door de verdediging bepleite "sportiviteitseisen" gelden. Het beginsel van "equality of arms" brengt niet met zich dat aan een verdachte die tegen de tegen hem ingezette opsporingsmiddelen niet opgewassen is, een soort van voorsprong dient te worden gegeven'.[97]

De Hoge Raad zou eerst in 2004 in de gelegenheid worden gesteld om zich over de inzet van stelselmatige informanten in detentiesituaties uit te spreken.[98] Ondanks dat de Hoge Raad de uitspraak van het Hof Amsterdam reeds had gecasseerd wegens de gebrekkige motivering van de weigering een door de verdediging verzochte getuige op te roepen, ging de Raad niettemin in op de rechtsvraag ten aanzien van de verenigbaarheid van de inzet van een informant in een Huis van Bewaring met het zwijgrecht. Op basis van zijn analyse van de wet en de wetsgeschiedenis kwam de Hoge Raad tot het oordeel dat art. 126j WvSv:

> '(...) een voldoende duidelijke en voorzienbare wettelijke grondslag als bedoeld in art. 8 EVRM voor het stelselmatig inwinnen van informatie waarbij een opsporingsambtenaar, zonder dat kenbaar is dat hij als zodanig optreedt, onder een andere identiteit in de omgeving van de verdachte verkeert en, met schending van diens vertrouwen, met de verdachte in contact komt' verschaft.[99] 'Uit de ontstaansgeschiedenis van die bepaling en van de titel waarin zij is opgenomen volgt dat daaronder ook is begrepen het inwinnen van informatie door contacten met de verdachte zelf, terwijl tekst noch geschiedenis van die bepaling steun biedt aan de opvatting dat een dergelijk inwinnen van informatie op voorhand is uitgesloten ten aanzien van een verdachte die zich in voorlopige hechtenis bevindt'.[100]

Evenwel dat zou niet wegnemen dat:

> '(...) toepassing van art. 126 j Sv ten aanzien van een voorlopig gehechte verdachte licht het gevaar in zich bergt dat de verdachte op zodanige wijze feitelijk komt te verkeren in een verhoorsituatie waarbij de waarborgen van een formeel verhoor door een politiefunctionaris ontbreken, dat aldus verklaringen worden verkregen die in strijd met de in art. 29, eerste lid, Sv tot uitdrukking gebrachte en in art. 6,

97 De verdachte werd in deze zaak evenwel vrijgesproken omdat het Hof door het bewijs niet overtuigd raakte.
98 HR 9 maart 2004, NJ 2004, 263, m.nt. Sch.
99 Ibidem, r.o. 5.4.
100 Ibidem, r.o. 5.5.

eerste lid, EVRM besloten liggende verklaringsvrijheid van de verdachte zijn afgelegd'.[101]

Door dat gevaar dient volgens de Hoge Raad de inzet van een detentie-informant aan het volgend beoordelingskader te worden getoetst.

1 De inzet moet allereerst in overeenstemming zijn met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit: de bijzondere ernst van het misdrijf moet deze toepassing van de methode rechtvaardigen terwijl alternatieve opsporingsmiddelen niet redelijkerwijs voorhanden zijn.
2 Pas indien aan die eerste voorwaarde is kan de rechter bezien of informatie niet in strijd met het zwijgrecht is verkregen. De beantwoording van die vraag is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Daarbij moet betekenis worden toegekend aan:
   a) de proceshouding die de verdachte met betrekking tot de strafbare feiten waarvan hij wordt verdacht heeft ingenomen;
   b) hetgeen zich in het voorbereidend onderzoek voor en gedurende de periode waarin de informant optreedt heeft afgespeeld;
   c) de aard en intensiteit van de door de informant ondernomen activiteiten jegens de verdachte;
   d) de mate van druk die daarvan jegens de verdachte kan zijn uitgegaan, en
   e) de mate waarin de handelingen en gedragingen van de informant tot de desbetreffende verklaringen van de verdachte hebben geleid.[102]
3 Bij een negatieve beoordeling van de toepassing van de methode, past volgens de Hoge Raad alleen het gevolg van bewijsuitsluiting.[103]

5.3.5.3 De verhouding tussen het nationale recht en de verdragseisen op het punt van het zwijgrecht en de bijzondere opsporing

1) De toepasselijkheid van het zwijgrecht buiten een (formele) verhoorsituatie

Het zwijgrecht kan thans in de nationale rechtspraak verruimd worden geacht tot buiten een formele verhoorsituatie. Het Hof erkent dat het zwijgrecht ook van toepassing kan zijn indien de verdachte niet weet dat hij wordt 'verhoord'. De nationale wet sloot – anders dan door de regering geopperd bij de toelichting op de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden – nooit uit dat het zwijgrecht ook in een dergelijke situatie van toepassing kan zijn.

Ook is er overeenstemming op het omgekeerde punt dat, evenals dat acceptabel is bij een wel formeel verhoor, een bepaalde mate van druk of misleiding aanvaardbaar is in de situatie waarin de verdachte niet op de hoogte is van het feit dat hij zijn uitlatingen doet tegenover ofwel een opspo-

101 Ibidem, r.o. 5.6.
102 Ibidem, r.o. 5.6-5.7.
103 Ibidem, r.o. 5.8.

ringsambtenaar, ofwel iemand die zijn uitlatingen aan strafvorderlijke autoriteiten zal doorgeven. De Hoge Raad lijkt de ernst van een zwijgrechtschending te erkennen door als mogelijke reactie daarop het rechtsgevolg van strafvermindering uit te sluiten: de rechter is verplicht tot bewijsuitsluiting over te gaan.

Een verschil tussen de rechtspraak van het Hof en de Hoge Raad is gelegen in het volgende. Het Hof koppelt fatale gevolgen aan een zwijgrechtschending, maar koppelt ook gevolgen aan een gevaarzetting van het zwijgrecht. Steeds waar een mogelijkheid van een zwijgrechtdoorbreking bestaat, worden immers de toetsing- en hersteleisen geactiveerd. Als blijkt dat de verdachte alleen heimelijk is benaderd, terwijl geen activiteiten zijn ontplooid om zijn wil ten aanzien van het doen van uitlatingen te manipuleren, is er geen sprake van een eerlijkheidsgebrek. Als de manipulatie te ver is gegaan, is het eerlijkheidsgebrek fataal. Tussen die twee categorieën echter bestaat in 's Hofs rechtspraak nog een tweede categorie, namelijk de (actieve) manipulatie die niet zo ver gaat dat gesproken kan worden van een wilsdoorbreking, maar wel van gevaarzetting van het zwijgrecht. Ook bij die categorie is een verhoogde toetsings- en herstelstandaard verplicht. Dan is weliswaar het zwijgrecht niet aangetast, maar is wel de eerlijkheid in algemene zin (al dan niet via schending van beginselen van behoorlijke strafvordering) beperkt. Die beperking moet hersteld worden, en wel via dezelfde hersteleisen als gelden bij privacyschendingen die op herstelbare wijze doorwerken in de strafvervolging.

In de nationale context wordt de categorie van de gevaarzetting van het zwijgrecht niet erkend. Veelal zal dat niet problematisch zijn. Steeds immers als de verdachte aanvoert dat zijn zwijgrecht is aangetast, zal de rechter wel onderzoek doen om vast te stellen of dat inderdaad zo is. Wanneer echter de nationale rechter tot de conclusie komt dat er geen sprake is van een schending van het zwijgrecht, zal de kwestie voor hem zijn afgedaan. Duidelijk moet tot uitdrukking komen dat de gevaarzetting van het zwijgrecht een eigen eerlijkheidsbeperkend effect heeft dat eveneens moet worden hersteld. De nationale rechter die dat niet inziet[104] zal het niet noodzakelijk vinden de verdachte in de gelegenheid te stellen om zich in het bijzonder uit te laten over de wijze waarop door de gevaarzetting de eerlijkheid is beperkt. Hij zal het ook niet noodzakelijk vinden bij het gebruik van via gevaarzettend handelen verkregen bewijs, ondersteunend bewijs te zoeken, althans niet meer dan hij reeds vanuit de wettelijke bewijsminima verplicht is.

104 Dat wil niet zeggen dat de nationale rechter per definitie niet zal erkennen dat ongeschreven rechtsbeginselen zijn geschonden, ondanks dat het zwijgrecht mogelijk niet is aangetast. Dat komt ook tot uitdrukking in de hierboven uitspraak van de Hoge Raad, waar de Raad de proportionaliteit en subsidiariteit als voorwaarde stelt bij de inzet van de in die zaak gewraakte methode. De vraag is echter of de nationale rechter alert is op het bestaan van een (ook niet in termen van concrete rechtsbeginselen) nader te duiden eerlijkheidssfeer, die tussen meer concrete normen van art. 6 EVRM bestaat en die eveneens door het optreden van strafvorderlijke overheden kan worden geraakt.

2) Legaliteit in de nationale context

Het Hof Arnhem geeft in haar uitspraak blijk betekenis te hechten aan het gegeven dat de methode van stelselmatige informatie-inwinning in het nationale recht – anders dan in het Engelse recht – is voorzien van een wettelijke grondslag. Ook de Hoge Raad acht van belang dat er (voldoende) wettelijke basis is voor stelselmatige inwinning van informatie, die ook breed genoeg is, in de visie van de Raad, om de toepassing van de inzet van de informant in een detentiesituatie te kunnen dragen.

Zulks is opmerkelijk, daar noch art. 6 EVRM noch het Hof verlangt dat voor deze bijzondere opsporingstoepassing een wettelijke regeling bestaat. Indien geen wettelijke regeling zou bestaan, zou het zwijgrecht daardoor niet kunnen zijn aangetast. Het gaat bij het zwijgrecht niet om hoe de bescherming daarvan in de wet is geregeld, maar hoe daarmee feitelijk wordt omgegaan. De oriëntatie van de nationale rechter op het legaliteitsaspect is wel belangrijk voor de wijze waarop deze zijn rechtmatigheidstoetsingstaak ziet. Ook in dit verband blijkt dat de Nederlandse rechter zijn aanknopingspunten primair in de wet zoekt. Dat moet worden gezien als een intuïtieve reactie van de nationale rechter, die van de wetgever verwacht dat deze zijn eigen normeringstaak naar behoren heeft verricht en relevante normen in de wet heeft neergelegd.

Ondanks dat art. 6 EVRM niet de eis van een wettelijke regeling stelt, blijft het in de nationale context van belang dat, waar de wet diffuus is omtrent een zo concrete en belangrijke norm als die van het aangepaste zwijgrecht, die norm alsnog in de wet tot uitdrukking wordt gebracht. De nationale rechter blijft immers in de eerste plaats *wets*getrouw. Als de wet hem niet dwingt tot een ruime lezing van het zwijgrecht, gaat de rechter daar zelfstandig niet toe over. Althans, niet totdat de rechter daartoe gedwongen wordt vanuit Straatsburg. Dat blijkt wel uit het gegeven dat de nationale rechter, al sinds 1979, geen aanleiding heeft gezien om het zwijgrecht aan te passen aan de afwijkingen van de bijzondere opsporing. Wanneer de wetgever zou ingrijpen kan ook worden bewerkt dat discrepanties in de nationale rechtspraak (ten opzichte van de verdragsrechtspraak) worden verwijderd: de wetgever kan dicteren dat de rechter ook adequaat ingaat op eerlijkheidsbeperkende gevaarzettingen van het zwijgrecht alsmede uitgaat van de absolute fataliteit van zwijgrechtschendingen.

Art. 6 EVRM mag wel primair tot de rechter zijn gericht, in de nationale context kunnen de verdragsnormen beter worden getransformeerd naar voor de nationale rechtsorde meer bruikbare normen. Dat betekent dat alle art. 6 EVRM normen in de nationale wet helder dienen te worden uitgewerkt. De wetgever dient zich bij de normvorming ten aanzien van de bijzondere opsporing (maar ook in het algemeen) als eerste aangesproken te voelen en die taak niet over te laten aan de rechter. Daarmee wordt vermeden dat normeringslacunes zo lang kunnen voortbestaan.

3) Het zwijgrecht buiten de detentiesituatie, ook bij andere bijzondere opsporingstoepassingen

De wetgever dient bovendien tot eigen normvorming te komen en niet de incidentele Straatsburgse normering af te achten, zeker waar het gaat om essentiële normen als het zwijgrecht (in de context van de bijzondere opsporing). Thans is duidelijk dat het zwijgrecht kan worden aangetast door de inzet van een stelselmatige informant in een detentiesituatie, in situaties waarin de verdachte zich reeds op zijn zwijgrecht heeft beroepen (en daarmee wel in het algemeen op de hoogte is van het feit dat naar hem onderzoek wordt verricht).

Bezien moet nog worden of een nadere verruiming nog in de rede ligt. Nog altijd blijft dus onduidelijk of het zwijgr echt alleen van toepassing is ingeval er wel sprake is van een '*criminal charge*', in die zin dat de verdachte wel op de hoogte is van het onderzoek in algemen zin, of dat de bescherming ook eerder kan aanvangen. Wat het voorafgaande uitdrukkelijke beroep op het zwijgrecht zijdens de verdachte betreft, dat kan niet als absolute voorwaarde voor bescherming worden gezien. Schalken verwoordt dat aldus:

> '(i) de zaak Allan hecht het Hof veel waarde aan het feit dat door de verdachte een uitdrukkelijk beroep op zijn zwijgrecht was gedaan. Hieruit mag evenwel niet worden afgeleid dat het zwijgrecht niet in het geding kan zijn als de verdachte niet uitdrukkelijk een beroep daarop heeft gedaan. Wel is het zo dat door dat formele beroep extra duidelijk is dat de verdachte niet wil praten. Of in spiegelbeeld: door geen beroep te doen op het zwijgrecht en steeds te spreken, maakt de verdachte zichtbaar dat hij niet verkiest te zwijgen (....). Het beslissende criterium is evenwel niet het formele beroep dat al dan niet op het zwijgrecht wordt gedaan maar de feitelijk inbreuk op de keuzevrijheid om te zwijgen of te praten'.[105]

In de nationale context lijkt alvast de 'detentiefactor' als noodzakelijke voorwaarde te zijn aangenomen. In Straatsburg worden mogelijke aantastingen van het zwijgrecht buiten een detentiesituatie in ieder geval besproken. Het Hof sluit de mogelijkheid niet uit dat een zwijgrechtaantasting ook buiten die sfeer kan plaatsvinden. Bovendien, ook is niet uit te sluiten dat het zwijgrecht ook via andere bijzondere opsporingstoepassingen dan de stelselmatige inwinning van informatie (of infiltratie) kan worden geschonden. Bij aantasting van het zwijgrecht behoeft het immers niet zozeer de bijzondere opsporingstoepassing te zijn die een wilsdoorbreking veroorzaakt, maar de daarmee gepaard gaande manipulatie van de verdachte. De bijzondere opsporingstoepassing kan alleen noodzakelijk zijn om de wilsdoorbreking, als die eenmaal bereikt is, te kunnen registreren.

Kortom, bij meer bijzondere opsporingstoepassingen dan de stelselmatige inwinning van informatie in een detentiesituatie dient een bezinning op de

105 Noot Schalken bij HR 9 maart 2004, NJ 2004, 263.

noodzaak tot aangepaste lezing van het zwijgrecht plaats te vinden. Daarbij kan nadere rechtspraak van het Hof niet worden afgewacht. Ook wanneer het Hof niet bereid zou blijken het zwijgrecht nog verder te verruimen buiten de beperkte context van de inzet van een informant bij een gedetineerde verdachte die zich reeds op zijn zwijgrecht heeft beroepen, moet de nationale wetgever (evenals de rechter) zelf vaststellen of nog nadere bescherming noodzakelijk is. Het belang van de *Allan* uitspraak ligt vooral daarin dat deze wetgever en rechter alert moet hebben gemaakt op de toepasselijkheid van het zwijgrecht buiten de formele verhoorsituatie. Die drempel is nu genomen, thans moet worden bezien hoe de bijzondere opsporing in het algemeen het zwijgrecht van de verdachte raakt.

5.4 (Overheids)participatie in delictscomplexen en het recht niet uitgelokt te worden

5.4.1 Participatie en uitlokking, normatieve betekenis daarvan

Gerept wordt hier van overheidsparticipatie in delictscomplexen en het recht niet uitgelokt te worden. Die terminologie is niet gangbaar. De term 'overheidsparticipatie' wordt hier als een overkoepelende benaming gebezigd voor verschillende vormen van gefingeerde deelname aan delicten, met het doel van bewijsvergaring. Daarbij kunnen het ofwel overheidsorganen zelf zijn die participeren, ofwel zijn het derden, wier handelen (al dan niet) aan de overheid kan worden toegerekend. Het gaat bij participatie altijd om pro-actieve bewijsvergaring: het feit dat er geparticipeerd kan worden betekent immers dat de desbetreffende feiten nog niet zijn gepleegd, in ieder geval nog niet zijn voltooid. De mate van participatie kan variëren van een passieve betrokkenheid bij delicten tot een actieve deelname daaraan, ook in de zin van strafbare deelnemingsconstructies. Participatie is vanuit het verdragsrechtelijk perspectief niet alleen relevant wanneer zij samenvalt met strafbare feiten. Ook meer passieve participatievormen kunnen verdragsrechtelijke normen raken. Het doel bij participatie is informatie- en bewijsvergaring: beoogd wordt daarbij delictsverwezenlijking onder beheerste (door strafvorderlijke overheden waar te nemen) omstandigheden plaats te doen vinden.[106]

106 Daarbij moet er ook van worden uitgegaan dat er, gelet op de mogelijkheid dat er kan worden deelgenomen aan strafbare feiten, in die gevallen steeds minstens naar gestreefd zal worden dat de delicten uiteindelijk niet worden voltooid, in die zin dat voorkomen wordt dat het schadelijk geacht gevolg niet wordt verwezenlijkt. Dat zal bij materiële, gevolgsdelicten betekenen dat de heimelijke participatie niet verder kan gaan dan de pogingsfase, en dat bij formele delicten de participatie wel tot voltooing kan voortduren, zolang maar de daarmee teweeggebracht gevaarzetting ten opzichte van het onderliggend rechtsgoed of rechtsbelang terug wordt gedraaid. Te denken valt in dat laatste verband aan de inbeslagneming van daarvoor vatbare verboden goederen, nadat de invoer, uitvoer,

Aldus omschreven moet de overheidsparticipatie als ruimer worden begrepen dan alleen de twee thans in de wet uitdrukkelijk geregelde infiltratievormen, namelijk de pro-actieve en de reguliere infiltratie door opsporingsambtenaren of burgers (als bedoeld in de artikelen 126h, 126p, 126w en 126x WvSv), en de pro-actieve pseudokoop- of dienstverlening door opsporingsambtenaren of burgers (als bedoeld in de artikelen 126i, 126q en 126ij WvSv). Ook in geval van (burger-) informatie-inwinning, al dan niet op stelselmatige basis (onderscheidenlijk te baseren op de artikelen 2 Politiewet 1993 en/of 141 en/of 142 WvSv of 126j, 126qa of 126v WvSv) kan er sprake zijn van participatie in de hier bedoelde zin. Gecontroleerde aflevering of doorlating als bedoeld in art. 126ff WvSv kan eveneens samenvallen met een participatiestructuur.

Met het recht niet uitgelokt te worden wordt gedoeld op de grens die de eerlijkheidsnotie als bedoeld in art. 6 lid 1 EVRM stelt aan dergelijke participatie. Het Hof hanteert daarbij een eigen uitlokkingsconcept, dat niet per se samenvalt met uitlokking in nationaal materieelrechtelijke zin.[107]

Duidelijk zal zijn dat het participatiefenomeen, vanwege de grote verscheidenheid in de mogelijke varianten daarvan, gekenmerkt wordt door een zekere mate van onbepaaldheid. Dat werkt door in de transformatie van het participatiefenomeen naar het normatieve kader van het verdrag. Dat geldt ook voor de normatieve kwalificatie van het fenomeen in het nationale recht. De duiding van het terzake doende kader is in beide sferen dan ook gecompliceerd gebleken.

Aanvankelijk was ook niet duidelijk welke verdragsbepaling een normatieve kader voor participatie bevat. Het participatiefenomeen werd door het Hof eerst beoordeeld in de context van art. 8 EVRM. In *Lüdi v. Zwitzerland*, werd in dat verband geen inbreuk op de privacy aangenomen, laat staan een schending daarvan. Dat leidde – in ieder geval bij de nationale wetgever – tot de gevolgtrekking dat er dus geen verdragsrechtelijke beperkingen worden gesteld aan het participatiefenomeen. Dat standpunt is echter niet juist. Reeds vóór *Lüdi* waren een aantal participatiezaken door de Europese Commissie beoordeeld: niet in de context van art. 8, maar in die van art. 6 EVRM. In die (vroege) gevallen werd weliswaar door de Commissie geen schending van het eerlijk-proces-recht aangenomen, art. 6 EVRM werd daarin wel als relevante kader

---

verkoop en dergelijke is voltooid. Daarin verschilt de participatie van het gerelateerde fenomeen van de gecontroleerde aflevering en vooral de doorlating, waarbij niet alleen bewust kan worden gekozen voor delictsvoltooing, maar ook voor uitstel en afstel van strafvorderlijk handelen ten aanzien van nader te plegen delicten.

107 Moeizaam is dat het Hof zich in de 'uitlokkingsrechtspraak' bedient van een inconsistente terminologie. Ter duiding van de grenzen van het aanvaardbare in dit verband wordt wel gesproken over het verschil tussen de inzet van 'undercover agenten' versus die van '*agents provocateurs*'. Elders wordt weer gerept over '*entrapment*', '*instigation*', '*inducement*',' *pressure*' en '*infiltration*' zonder dat steeds kan worden gezegd dat uit de gekozen terminologie duidelijk blijkt welke vormen als geoorloofde en welke vorm als niet geoorloofde varinaten worden opgevat. Alleen de term '*incitement*' lijkt tamelijk secuur te duiden op een zeer bepaalde vorm van participatie, namelijk die absoluut uitgesloten is.

benoemd. In de participatierechtspraak van het Hof ná *Lüdi*, is het fenomeen dan ook steeds in de context van art. 6 EVRM getoetst.

5.4.2 Zoeken naar de juiste normatieve kaders

Zoekend naar het precieze recht dat in *Teixeira de Castro* zou zijn geschonden, komt Knigge tot de volgende conclusie: '(g)elet op de vergelijking die het Hof maakt met de zaak (*Lüdi*) zou gedacht kunnen worden aan art. 8 EVRM. In die zaak toetste het Hof de inzet van een infiltrant immers aan dat verdragsartikel'. Dat zou dan weer bevreemdend zijn, want in *Lüdi* werd nu juist geen inbreuk op de privacy aangenomen:

> '(m)isschien heeft het Hof een en ander recht willen zetten en moet Lüdi in het licht van de nu gegeven uitspraak wel zo begrepen worden, dat het "reasonable expectation of privacy"-argument alleen valide is als sprake is van een met voldoende waarborgen omklede pseudokoop. De redenering is dan nog steeds wonderlijk (hoe kunnen waarborgen worden geëist als geen sprake is van een inbreuk op de privacy?), maar met de uitkomst valt te leven'.

De koppeling met art. 8 EVRM is niet overtuigend, want, zo zegt Knigge het zelf: 'feit blijft dat het optreden afgewezen is in het kader van een art. 6 EVRM toetsing'.[108] Als tweede optie bereikt hij de volgende oplossing:

> '(h)et hof overweegt dat "the use of evidence obtained as a result of police incitement" niet gerechtvaardigd kan worden met een beroep op het algemeen belang. Misschien is het dus juist het gebruik als bewijsmateriaal dat in strijd is met wat het Hof noemt "the general requirements of fairness embodied in Article 6".'

Dat laatste moet voor juist worden gehouden. Art. 6 EVRM heeft inderdaad een normerende werking op participatievormen, in die zin dat bij het gebruik van bewijs dat via participatie is verkregen, de toetsingseis in art. 6 EVRM wordt geactiveerd. Daarmee is echter nog niet vastgesteld waarom participatiebewijs een eerlijkheidsrisico oplevert. Ofwel, met welke art. 6 EVRM-norm kan participatie in verband worden gebracht?

1) Betrouwbaarheid
Een onbetrouwbaarheidsrisico kleeft in het algemeen niet aan participatiebewijs. Dat was zeker niet het geval in *Teixeira de Castro*: '(o)nbetrouwbaar was het verkregen bewijs immers allerminst', aldus ook Knigge. De betrouwbaarheid van participatiebewijs kan wel problematisch zijn, maar niet op een andere wijze dan geldt voor bewijs in het algemeen. Bij participatiebewijs kan

108 Ibidem.

zelfs worden gesproken van inherente betrouwbaarheid, daar het bewijs veelal de vorm zal aannemen van door opsporingsambtenaren gerelateerde waarnemingen en bevindingen ten aanzien van een strafbaar feit waaraan zij hebben geparticipeerd. Door hun participatie verkrijgen zij rechtstreeks toegang tot delicten: hun verslagen relateren als het ware heterdaadsituaties waarin zij als participanten betrokken zijn geweest.[109]

2) Privacyschendingen en legaliteit

Ook kan ervan worden uitgegaan dat het risico bij participatiebewijs niet is gelegen in een privacyschending. Feit blijft dat de *Lüdi*-uitspraak maar een zeer summiere mogelijkheid overlaat voor de aanname van een sterk verband tussen het privacyrecht en participatie.[110] Dat wordt niet anders door de, hierboven besproken, latere nuancering van het *Lüdi*-criterium in de rechtspraak van het Hof. Met die nuancering is het bereik van het privacyrecht ten aanzien van aspecten van de bijzondere opsporing wel verruimd, maar ten aanzien van het fenomeen van de participatie juist niet. Participatiezaken worden thans ook zeer zelden nog besproken in termen van art. 8 EVRM.[111]

Los van de privacycontext, zou een nadere mogelijke grondslag voor de participatienorm kunnen worden gevonden in een in art. 6 EVRM in te lezen legaliteitseis. Participatie zou dan risicovol bewijs opleveren indien zij in strijd met het nationale recht wordt uitgevoerd. Het Hof gaat in participatiezaken wel uitgebreid in op de bestaande wettelijke regeling voor participatie in het nationale recht. Factor van belang is evenwel niet zozeer of het nationale recht is nageleefd, maar wat de inhoud van de regeling is, in het licht van de eisen die het Hof zelf ter zake stelt. Het Hof beziet derhalve of het nationale recht wel voldoende waarborgen bevat in verband met participatie en die in *concreto* zijn verwezenlijkt.

---

109 Ook waar bij participatie burgers zijn ingezet, zijn – als de participatie met voldoende waarborgen omkleed is geweest, dus bij een deugdelijke uitvoering daarvan – opsporingsambtenaren steeds betrokken geweest bij de participatie en hebben haar gestuurd. Niettemin kan in dat verband niet van een even sterke betrouwbaarheidsindicatie worden gesproken, als wanneer participatie door opsporingsambtenaren zelf wordt uitgevoerd. Betrouwbaarheidsindicaties zijn nader verzwakt indien burgers op eigen initiatief een participatietrajet hebben uitgevoerd. Zie daarover, hierna, paragraaf 5.4.6.

110 Dat wil niet zeggen dat het privacyrecht niet kan worden geraakt bij participatie. Dat kan wel, maar dan moet de participatie gepaard gaan met een (andere type) privacyinbreuk. Het participatielement zal *an sich* geen inbreuk opleveren in de persoonlijke levenssfeer.

111 In Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM, 26 april 2005, *Ramanauskas v. Litouwen*, Appl.nr.: 74420/01 achtte het Hof het niet noodzakelijk de gewraakte overheidsparticipatie te toetsen aan aan art. 8 EVRM: '(t)o the extent that the applicant makes the same complaint under Article 8 of the Convention about the unfairness of his conviction in view of the alleged incitement against him, the Court does not consider it necessary to examine the matter separately under this provision'.

3) Aantasting of gevaarzetting van het zwijgrecht

Ligt het risico bij participatiebewijs dan in mogelijke aantasting of gevaarzetting vanhet zwijgrecht? Knigge meent van wel:

> '(m)ogelijk ligt een begin van een verklaring in een passage uit (...) (het) arrest Kahn. (bedoeld zal zijn: Khan, FPÖ) Het Hof overweegt daar (...) dat de afgetapte verklaringen "voluntarily" waren afgelegd, "there being no entrapment and the applicant being under no inducement to make such admissions." Mijn hypothese is dat het Hof hier doelt op de verklaringsvrijheid van de verdachte – of iets ruimer: het recht om in vrijheid de eigen proceshouding te bepalen – en die vrijheid tot het wezen van een fair hearing rekent. Als die hypothese juist is kan Teixeira de Castro op één lijn geplaatst worden met het arrest Saunders (...). In dat arrest werd het gebruik van (rechtmatig verkregen maar) door de verdachte onvrijwillig afgelegde verklaringen in strijd geoordeeld met het nemo tenetur-beginsel. Wat voor onder dwang afgelegde verklaringen geldt, geldt ook voor door bedrog en misleiding verkregen verklaringen. Weliswaar ging het in Teixeira de Castro niet om een door bedrog verkregen verklaring, maar wel om de verkrijging van bewijs dat – om met Saunders te spreken – niet bestond "independent of the will of the suspect". De vergelijking met Saunders kan ook verklaren waarom niet terzake doet dat op het moment waarop de misleiding plaats had, nog geen sprake was van een criminal charge. Dat was toen Saunders verplicht werd om te getuigen, ook niet het geval.'[112]

Voor het standpunt dat bij participatie het zwijgrecht kan worden aangetast is wel iets te zeggen. Bij overheidsparticipatie kan immers ervan worden uitgegaan dat de verdachte meestal ook zal communiceren met de participant.[113] Bij dat contact zal hij zichzelf – onbedoeld – kunnen belasten. In principe kan ook bij participatie een zodanige manipulatie plaatsvinden dat gesproken moet worden van een wilsdoorbreking. Waar de participatie evenwel geen betrekking heeft op historische maar op nog te plegen feiten, kan het zwijgrecht niet van toepassing zijn. Als het zwijgrecht beoogt te beschermen tegen oneigenlijke beïnvloeding van de door een verdachte in te nemen procespositie, kan het nog niet gelden in de fase waarin de verdachte zijn wil ten aanzien van het al of niet plegen van een delict nog niet heeft gevormd. Waar de eerlijkheidsproblematiek bij overheidsparticipatie zou worden gesteld in de sleutel van het zwijgrecht, zou dat betekenen dat de verdachte het recht heeft zijn procespositie te bepalen ten aanzien van een mogelijke vervolging voor delicten waaromtrent hij nog moet besluiten of hij ze gaat plegen of niet. Dat de bescherming van het zwijgrecht zo ver gaat is allerminst waarschijnlijk.

Participatie *kan* gepaard gaan met een schending of een gevaarzetting van het zwijgrecht, evenals het gepaard kan gaan met een privacyschending of

---

112 Noot Knigge bij EHRM 9 juni 1998, *Teixeira de Castro v. Portugal*, Appl.nr.: 44/1997, NJ 2001, 471, m.nt. Kn.

113 Tenzij het gaat om een zeer passieve participatievariant.

een schending van het nationale recht, echter de *crux* van participatie in de hier bedoelde verdragsrechtelijke zin is juist dat zij gericht is op nog te plegen feiten. Het zwijgrecht kan pas aan de orde komen wanneer geparticipeerd wordt, mede met het oog op bewijsvergaring ten aanzien van reeds gepleegde feiten. Dan heeft de participatie echter feitelijk meer het karakter van stelselmatige informatie-inwinning.[114]

Bij het zwijgrecht moet worden bepaald of de verdachte zonder de manipulatie van zijn wil niet was gekomen tot het doen van zichzelf belastende uitspraken over door hem gepleegde feiten. Bij participatie gaat het om de vraag of de verdachte zonder manipulatie was gekomen tot het plegen van de strafbare feiten waarvoor hij wordt vervolgd.

4) Zelfstandige norm: uitlokverbod en de gevaarzetting daarvan, proportionaliteit, algemene eerlijkheidsnotie

De participatienorm is aldus complex,[115] de rechtsgrond daarvan moeilijk te doorgronden. De grondslag ervoor ligt niet in intrinsieke inhoudelijke onbetrouwbaarheidsproblematiek. *Incitement* mag in die zin verwant zijn aan het zwijgrecht en *nemo tenetur*-beginsel dat bij participatie de verdachte zichzelf (ook mondeling) belast. Er kan echter geen sprake zijn van een (volledig) samenvallende grondslag, alleen al omdat het *nemo tenetur*-beginsel en het zwijgrecht achteruit werken en de participatienorm alleen vooruit. *Nemo tenetur* en het zwijgrecht betreffen het zelfbeschikkingsrecht van de verdachte al dan niet mee te werken aan onderzoek ten aanzien van door hem reeds gepleegde feiten. De participatienorm ziet op het verbod hem – op een bepaalde wijze – tot het plegen van feiten te brengen. Strafvorderlijke legaliteit biedt ook niet een toereikende grondslag. Dat blijkt ook uit *Khudobin*: het nationale recht kan wel in acht zijn genomen, de participatienorm blijft geschonden indien het nationale recht zelf niet verenigbaar is met de participatienorm in art. 6 EVRM. Kortom, de participatienorm kan niet worden verklaard door koppeling aan een andere strafvorderlijke norm, *ergo* het betreft hier een autonome variant. *Incitement* of *entrapment* is oneerlijk, omdat het oneerlijk ís. Het hier gaat aldus om een volledige nieuwe, zelfstandige norm, namelijk dat het oneerlijk is een verdachte te vervolgen voor een feit dat hij niet zou hebben gepleegd ware het niet door de (overheids)participatie. Die norm bestaat bij gratie van de ontwikkeling van participatiemethoden: zij bestond eerder niet, daar er geen

114 In de nationale recht kan aan een dergelijke 'participant' toestemming worden gegeven, ten einde het vertrouwen van verdachten te winnen, om ook in strafbare zin deel te nemen aan een georganiseerd verband of andere strafbare feiten te plegen. Dat kunnen ook andere feiten zijn dan die waarop het onderzoek eigenlijk is gericht. Dat brengt echter nog niet met zich mee dat participatie is toegepast bij die historsiche delicten die onderzocht worden.

115 Zie in dat verband de noot van Alkema bij EHRM 15 juni 1992, *Lüdi t. Zwitserland*, A 238, NJ 1993, 711, (m.nt. EEA), waaruit de moeizaamheid van het begrip van de grondslag van de participatienorm – mede vanwege de in dat verband verwarrende toetsing van participatie aan art. 8 EVRM in blijkt.

aanleiding was voor een dergelijke bescherming. Het gaat hier om een absolute norm, waarvan een zo sterke bescherming uitgaat dat de gevaarzetting van het uitlokverbod ook een eerlijkheidsbeperkende werking heeft, die moet worden hersteld. Herstel dient te worden bewerkt om uit te sluiten dat een ontoelaatbare variant is toegepast.

5) Normerende werking van art. 6 EVRM ten opzichte overheidsparticipatie
Art. 6 EVRM heeft dus op twee wijzen een normerende werking ten opzichte van de (overheids)participatie. In de eerste plaats omvat het eerlijk-proces-recht een ter zake doende verbodsnorm (in de vorm van het uitlokverbod). In de tweede plaats worden door een schending of gevaarzetting van die norm de toetsings- en hersteleis in art. 6 EVRM geactiveerd. Die eis houdt, evenals dat geldt bij het zwijgrecht, in dat gevaarzettingen van de norm moeten worden hersteld en dat schendingen van de norm leiden tot een absolute verwerping van de eerlijkheid van de strafvervolging.

5.4.3 Uitwerking in de Straatsbrugse rechtspraak, eerste aanzet door de Commissie

In de Straatsburgse rechtspraak was, als gezegd, aanvankelijk ook niet zondermeer duidelijk wat het juiste beoordelingskader moest zijn bij het participatiefenomeen. De eerste gevallen die aan de Europese Commissie werden voorgelegd – geen waarvan het Hof konden bereiken daar de Commissie steeds tot een niet-ontvankelijk-verklaring kwam – werden wel beoordeeld in de context van art. 6 EVRM, maar niet in de specifieke context van de eerlijkheid van het bewijsgebruik.

In *Radermacher en Pferreer, v. Federale Republiek van Duistland*[116] uit 1990,[117] klaagden verzoekers erover dat het principe van een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 lid 1 EVRM niet in acht was genomen doordien het delict waarvoor zij waren veroordeeld geïnitieerd en beheerst was geweest door undercoveragenten, terwijl dat optreden niet werd ondersteund door een verdenking. Aldus waren er door de vervolgende autoriteiten geen delicten voorkomen, maar juist veroorzaakt, hetgeen niet gerechtvaardigd kon worden door het publieke belang bij een efficiënte criminaliteitsbestrijding.[118]

---

116 Rapport van de ECRM, 11 oktober 1990, *Radermacher en Pferreer, V. Federale Republiek van Duistland,* Appl.nr.: 12811/87.

117 Aan de Commissie waren vóór *Radermacher en Pferreer* twee niet gepubliceerde participatiezaken voorgelegd: Nrs. 9165/80, Dec. 6.7.81, en 10747/84, Dec. 7.10.85. 'In neither of these cases did the Commission find a violation of Article 6 para. 1 (...), and the circumstances in these cases were such that the Commission was not called upon to take a general position on the issue of undercover agents'. *Radermacher en Pferreer, supra*, noot 116, § 76.

118 Ibidem, § 70.

De Europese Commissie behandelde de klacht in de context van de toepasselijkheid en werking van eerlijkheidseisen in het vooronderzoek. In aansluiting op de beslissing van het EHRM een jaar eerder in de *Kostovski* zaak, bracht dat voor de Commissie een beperkte toetsingsopdracht met zich mee. Waar de fase van het vooronderzoek zelfstandig, dus los van de gevolgen daarvan voor het eindonderzoek, wordt beoordeeld, geldt dat:

> 'the conduct of prosecution authorities in the prevention and investigation of criminal offences is primarily a matter for regulation by domestic law. In particular, in the field of dangerous delinquency, such as counterfeiting money, the prosecution authorities may consider it necessary, in some circumstances, to rely on police informers and undercover agents (...). In such cases, the Commission has to determine whether the subsequent criminal proceedings, considered as a whole, were fair as required by Article 6 para. 1 (...)'.

De Commissie, die zich ook niet geroepen voelde ten opzichte van de kwestie van het gebruik van undercoveragenten een algemene positie in te nemen[119] hield het bij een algemene proportionaliteitsbeoordeling. Beoordeelt diende te worden of de eerlijkheid van een procedure wordt beïnvloed wanneer een undercoveragent een belangrijke rol speelt bij de totstandkoming van het delict dat de basis vormt van de '*criminal charge*'.[120]

Problematisch bij *Radermacher en Pferreer* was dat partijen van mening verschilden omtrent de mate waarin van participatie door overheidsorganen sprake was geweest. In het bijzonder bestond geen overeenstemming over de '*crucial issue*', bij wie het initiatief voor de delicten had gelegen.[121] De Commissie kwam mede naar aanleiding van later (pas in Straatsburg) door de Duitse overheid verschafte informatie, uiteindelijk tot de conclusie dat

> '(...) the police informer W. had not taken the initiative to arrange a delivery of counterfeit money, but only reacted to an offer by G. who visited him on 12 December 1982. Furthermore, W. had not incited the second applicant to commit the offence but the second applicant had already been prepared to participate in the delivery of counterfeit money and had, together with G. and on their own initiative, come to see W. in order to follow up G.'s earlier offer of 12 December 1982.[122]

Indicaties voor het tegendeel ontbraken en de Commissie ging van die lezing van de feiten uit. Op die basis kwam de Commissie tot het oordeel dat de '*V-Mann*' niet kon worden aangemerkt als 'the real initiator of the offences'. Derhalve was het niet noodzakelijk 'to examine further the question whether

119 Ibidem, § 76. Dat deed de Commissie ook niet in de eerdere, hierboven genoemde, gevallen.
120 Ibidem.
121 Ibidem, § 77. Vastgesteld werd dat in de nationale procedure de rechter niet had beschikt over dezelfde informatie die de Duitse overheid later in Straatsburg verstrekte.
122 Ibidem, § 83.

there was a violation of Article 6 para. 1 on the ground that the offences had been brought about by the activities of an undercover agent'.

1) Incitement en initiatief
Daarmee werd een eerste belangrijke regel ten aanzien van overheidsparticipatie geïntroduceerd: een bepaalde mate van participatie is acceptabel, zonder dat de eerlijkheid geschonden wordt. De aanwezigheid van overheidsorganen bij de verwezenlijking van een delict is aanvaardbaar, zelfs wanneer die organen in bepaalde mate betrokken zijn bij de delictsverwezenlijking. Bepalend is of er al of niet sprake is geweest van *incitement* door de participant. *Incitement* kan aanwezig worden geacht wanneer het delict door overheidsagenten is geïnitieerd. Andersom, als het initiatief tot het plegen van delicten bij de verdachte heeft gelegen, kan er geen sprake zijn van *incitement* door de undercoveragent.

2) Undue incitement en een predispositie om dergelijke delicten te plegen
In Müller v. Oostenrijk[123] beperkte de Commissie zich weer tot een marginaal onderzoek van de eerlijkheidsimplicaties van het optreden bij het opsporingsonderzoek. Ditmaal kwam de Commissie tot het oordeel dat

> 'the applicant already dealt with drugs before the co-accused V.B. came into contact with police informers and undercover agents. The Austrian courts concluded that in such circumstances, namely when a person was already prepared to commit offences of a certain kind, the acting of an undercover agent could not be considered as undue incitement to commit such offences'.

Onduidelijk is in dit geval bij wie het initiatief heeft gelegen. Dat was echter niet relevant, daar de Commissie van oordeel was dat er ook geen sprake behoeft te zijn van '*undue' incitement*, wanneer kan worden vastgesteld dat de verdachte een predispositie had om soortgelijke delicten te plegen. Daarmee werden de participatiemogelijkheden aanzienlijk verruimd: een bepaalde mate van *incitement* is wel aanvaardbaar, zolang maar kan worden vastgesteld dat de verdachte reeds geneigd was om soortgelijke delicten te plegen.

3) Vergaande participatie
In *K.L. v. Het Verenigd Koninkrijk*[124] en *Shahzad v. Het Verenigd Koninkrijk,*[125] klaagden verzoekers erover dat douane ambtenaren:

> 'first, encouraged and promoted the criminal offences with which he had been charged and, secondly, imported the drugs into the United Kingdom and, in this

123 Ontvankelijkheidsbeslissing ECRM, 28 juni 1995, *Müller v. Oostenrijk*, Appl.nr.: 22463/93.
124 ECRM 22 oktober 1997, *K.L. v. Het Verenigd Koninkrijk,* Appl. Nr.: 32715/96.
125 ECRM 22 oktober 1997, *Shahzad v. Het Verenigd Koninkrijk*, Application No. 34225/96.

manner, created by their conduct an essential ingredient of the actus reus, without which no offence would have been committed by him. He invites the Commission to consider the cumulative effect of the actions of the customs authorities'.

De Commissie liet hier zien vergaande participatie acceptabel te achten. In deze zaak waren het de undercoveragenten die de uitvoering van het delict mogelijk hadden gemaakt. Ondanks hun zeer actieve rol, was er geen sprake van *incitement*. De agenten hadden niet het initiatief genomen om contact op te nemen met de verdachten, maar hadden gereageerd op een voorstel dat van één van de verdachten was uitgegaan. De participatie mag derhalve wel een *conditio sine qua non* van het delict zijn, wie het initiatief neemt blijft belangrijker. Daarenboven hechtte de Commissie in deze zaak belang aan het feit dat één van de verdachten in deze zaak een 'long-term involvement in the heroin trade' had en 'ready and willing' was om het delict te plegen, ook zonder de tussenkomst van de agenten.

Niet alleen lag het initiatief hier bij één van de verdachten, maar kon ook een predispositie om soortgelijke feiten te plegen, wederom bij één van de verdachten,[126] worden aangenomen. De vergaande betrokkenheid van de opsporingsambtenaren bracht, noch door hun '*encouragement*' of '*promotion*' van het delict, noch in feit dat zij een deel van de objectieve delictsverwezenlijking op zich hadden genomen, maar ook niet in de cumulatie van alle omstandigheden, een schending van art. 6 EVRM met zich mee. Voor het eerst repte de Commissie echter – kennelijk benaderde deze vergaande participatie toch de gevarenzone van de oneerlijkheid – van de noodzaak voor nadere waarborgen bij veroordeling. De Commissie hechtte in dit geval belang aan het gegeven dat de verklaringen van de agenten niet de exclusieve basis voor de veroordelingen vormden.

4) De beperkte bescherming van de proportionaliteitstoetsing

Twee aspecten van de vroege oordelen van de Europese Commissie ten aanzien van participatie zijn opvallend. Ten eerste het gegeven dat de Commissie van meet af aan zo weinig moeite leek te hebben met wat toch als een bijzonder vergaande opsporingsmethode moet worden aangemerkt. De verklaring daarvoor ligt waarschijnlijk in de tweede bijzonderheid, namelijk de beperkt-

126 Daaruit blijkt ook dat het bij medeverdachten voldoende is dat tenminste één van hun het initiatief neemt ten opzichte van de participanten of een relevante predispositie heeft. Wanneer die verdachte vervolgens zijn medeverdachte 'uitlokt' is er geen eerlijkheidsprobleem: immers dan gaat het om een 'normale' uitlokking, waarbij de uitgelokte strafbaar (en vervolgbaar) blijft. Wel dient er van uit te worden gegaan dat het handelen van participanten naar verschillende medeverdachten toe, gedifferentieerd moeten worden beoordeeld wanneer daarvoor aanleiding is. Bij een medeverdachte die geen predispositie had en ten aanzien van wie het initiatief door participanten is genomen (ondanks dat een medeverdachte mogelijk eerst het initiatief heeft genomen ten opzichte van de participanten), moet gelden dat deze mogelijk wel via ontoelaatbare participatie tot het delict is gebracht.

heid van het door de Commissie gehanteerde toetsingskader. Door de keuze de participatieproblematiek aan te merken als een tot de context van het vooronderzoek beperkte aangelegenheid, werd de toetsingsopdracht al gemarginaliseerd.

Vooral omdat het Hof later gekozen heeft voor een andere (minder marginaal uit te voeren) toetsingsconstructie, moet deze vroege normering door de Commissie niet als bepalend worden aangemerkt voor de huidige (volledige) inhoud van de normering. Dat brengt evenwel niet met zich mee dat aan de inhoudelijke grenzen die eerst door de Commissie zijn geformuleerd ten aanzien van participatie, geen betekenis moet worden toegekend. Zoals hierna zal blijken, heeft het Hof, *grosso modo*, die inhoudelijke grenzen als basis overgenomen.

In *Teixeira de Castro v. Portugal* werd voor de Commissie kennelijk een grens bereikt. De participatie in die zaak kon niet meer worden goedgekeurd, hetgeen leidde tot de eerste ontvankelijkverklaring van een participatieklacht. De daarop volgende eerste beoordeling van het fenomeen door het EHRM,[127] *in Teixeira de Castro v. Portugal,* bracht ook de eerste vaststelling van een schending van art. 6 EVRM in dit verband.[128]

5.4.4 Overheidsparticipatie in de sleutel van de eerlijkheid van het bewijsgebruik

1) Teixeira de Castro v. Portugal

De ontwikkeling van het delictscomplex in *Teixeira de Castro* had een aanmerkelijk meer gekunstelde aanloop dan in de daarvoor beoordeelde gevallen. Dat wil zeggen: in de causale keten die zou eindigen in het plegen van het delict door verzoeker, waren veel meer 'participatiestappen' nodig om dat punt te bereiken.

In verband met een algemene operatie in het kader van de bestrijding van de handel in verdovende middelen werd V.S. – die ervan werd verdacht op kleine schaal in drugs te handelen om zijn eigen gebruik van hasjiesj te bekostigen – een aantal malen benaderd door twee '*plain-clothes*' agenten van de '*Public Security Police*' (PSP) van het *Famalição* politiebureau. Zij hoopten daarmee de identiteit van zijn *'supplier'* te achterhalen. Te dien einde boden zij aan een aantal kilogrammen hasjiesj van hem te kopen. V.S., die niet wist dat het hier ging om politieagenten, zegde toe een '*supplier*' te vinden. Ondanks de

127 Eigenlijk betrof het eerste door het EHRM zelf beoordeelde geval van overheidsparticipatie het geval van *Lüdi v. Zwitserland*. De overheidsparticipatie werd daar, als gezegd, niet besproken in termen van art. 6, maar onder die van art. 8 EVRM.

128 Teixeira de Castro had ook geklaagd over een schending van art. 8 EVRM door het undercover optreden. Het Hof achtte het echter, na de vaststelling van een schending onder art. 6 EVRM, niet noodzakelijk daarop in te gaan. *Teixeira de Castro*, *supra*, noot 112, § 43.

druk die door de opsporingsambtenaren op hem werd uitgeoefend, lukte hem dat niet. De twee opsporingsambtenaren persisteerden echter en benaderden V.S. nogmaals. Dit maal vertelden zij hem dat zij geïnteresseerd waren in de aanschaf van heroïne. Pas op dat moment verscheen de naam van de verzoeker in beeld. V.S. noemde hem als iemand die mogelijk heroïne zou kunnen leveren.

Zelf wist hij Texeira de Castro echter niet te vinden, waardoor de tussenkomst van een tweede persoon noodzakelijk was. Deze F.O. zou de agenten en V.S. met verzoeker in contact brengen. Bij het eerste contact met verzoeker gaven de agenten te kennen 20 gram heroïne voor 200,000 escudo's (PTE) te willen kopen, en lieten zij een rol bankbiljetten van de Bank van Portugal zien. Teixeira de Castro stemde in om de heroïne te leveren, maar moest daarvoor weer naar een andere persoon. Deze vierde haalde op zijn beurt drie zakjes heroïne (één met een gewicht van 10, en twee met een gewicht van elk 5 gram) bij een vijfde persoon. De vierde verkocht de heroïne vervolgens aan de verzoeker, die haar daarna leverde aan de agenten.

Het optreden van de undercoveragenten werd door het Hof niet alleen via een algemene proportionaliteitstoetsing maar ook in de sleutel van de eerlijkheid van het bewijsgebruik beoordeeld. Het Hof verwees ook naar de '*Kostovski*-regel' ten aanzien van het vooronderzoek: '(m)ore particularly, the Convention does not preclude reliance, at the investigation stage of criminal proceedings and where the nature of the offence so warrants, on sources such as anonymous informants', maar koppelde weer terug naar het bewijs recht: '(h)owever, the subsequent use of their statements by the court of trial to found a conviction is a different matter (...)'.

Bovendien nam het Hof, anders dan de Commissie, wel een algemeen standpunt in ten aanzien van het gebruik van undercover agenten:

> '(t)he use of undercover agents must be restricted and safeguards put in place even in cases concerning the fight against drug trafficking. While the rise in organised crime undoubtedly requires that appropriate measures be taken, the right to a fair administration of justice nevertheless holds such a prominent place (...) that it cannot be sacrificed for the sake of expedience. The general requirements of fairness embodied in Article 6 apply to proceedings concerning all types of criminal offence, from the most straightforward to the most complex. The public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement'.

Het gaat hier derhalve om een middel dat bij voorbaat als precair moet worden geacht. Bovendien is hier sprake van een absolute regel: bewijs dat door middel van ontoelaatbare uitlokking is verkregen kan nimmer worden gebruikt. In het geval van uitlokking betekent dat met zekerheid dat een strafvervolging moet stranden: zonder de uitlokking was het delict immers niet gepleegd, er kan dan ook geen sprake zijn van 'ander bewijs'.

Aan de hand van een vergelijking met de *Lüdi*-zaak, formuleerde het Hof (nadere) voorwaarden die bij participatie in acht moeten worden genomen.

Het geval van *Teixeira de Castro* '(...)is distinguishable from the case of Lüdi v. Switzerland (...) in which the police officer concerned had been sworn in, the investigating judge had not been unaware of his mission and the Swiss authorities, informed by the German police, had opened a preliminary investigation', aldus het Hof.
In *Lüdi* was de participatie bovendien beperkt gebleven tot een optreden als 'undercoveragent', 's Hofs kwalificatie voor de categorie van participatievormen die binnen acceptabele perken blijven.

In *Teixeira de Castro* was de interventie van de agenten niet voorafgegaan door een rechterlijk bevel, noch werd tijdens de operatie toezicht gehouden door een rechter.

Bovendien kon niet worden vastgesteld dat er sprake was van een *'(...) good reason to suspect that Mr Teixeira de Castro was a drug trafficker'*. Het tegendeel was het geval: verzoeker had geen strafblad, er liep geen onderzoek naar hem, hij was zelfs niet bekend bij de opsporingsambtenaren, die alleen via een intermediair met hem in contact raakten. Verzoeker had bovendien geen verdovende middelen in zijn bezit, en kon daarover pas beschikken door de tussenkomst van twee andere personen. Het Hof hechtte er ook aan dat verzoeker bij zijn aanhouding niet meer verdovende middelen in zijn bezit had dan waarom de agenten hadden gevraagd. Hij was niet verder gegaan dan '(...) what he had been incited to do by the police'. Een presdispotitie om delicten te plegen achtte het Hof derhalve niet vastgesteld: '(t)he necessary inference from these circumstances is that the two police officers did not confine themselves to investigating Mr Teixeira de Castro's criminal activity in an essentially passive manner, but exercised an influence such as to incite the commission of the offence'.

Met die vaststelling houdt de toetsing op. Evenals bij de vaststelling van een schending van het zwijgrecht is vaststelling van '*incitement*' fataal voor de eerlijkheid van de vervolging. Het Hof merkt – welhaast zijdelings – op dat 'in their decisions the domestic courts said that the applicant had been convicted mainly on the basis of the statements of the two police officers', maar rept verder niet van (het ontbreken van) mogelijke herstellende waarborgen. Een schending van het uitlokverbod kan niet worden hersteld.

2) Verschillen en overeenkomsten tussen de toetsing door de Commissie en door het Hof

Een aantal verschillen bestaat tussen de wijze waarop de Commissie in de vroege participatierechtspraak het participatiefenomeen heeft getoetst en het toetsingkader dat het Hof daarbij – vanaf de uitspraak in *Teixeira de Castro* – hanteert. In de eerste plaats gaat het Hof uit van een geheel ander toetsingskader: anders dan de Commissie toetst het Hof participatie niet via de proportionaliteitsregel, maar via het recht op een eerlijk bewijsgebruik. Dat brengt mee dat het Hof een veel minder marginale toetsingsstandaard aanhoudt.

Dat blijkt ook uit de uitwerking van de ter zake doende normen en voorwaarden die bij participatie hebben te gelden volgens het Hof. Niet alleen permitteert het Hof zich verdergaande bemoeienis met de inrichting van het nationale opsporingsonderzoek door het stellen van nadere eisen zoals die van voorafgaande (rechterlijke) machtiging en van simultaan (rechterlijk) toezicht, ook is het Hof geenszins terughoudend bij het formuleren van inhoudelijk grenzen aan participatie. Het Hof neemt voorts een principieel standpunt in: van participatie moet een terughoudend gebruik worden gemaakt. Van het grootste belang is echter de dwingende, absolute grens die het Hof in verband met participatie stelt: uitlokking (zoals door het Hof bedoelt) is uitgesloten, een nationale overheid kan er niet voor kiezen zulks in de eigen rechtsorde toe te staan.

Het toetsingskader van het Hof vertoont aldus sterke overeenkomsten met het kader dat door de Commissie is geformuleerd. De inhoudelijke criteria die het Hof gebruikt voor de kwalificatie van participatie als '*incitement*' zijn niet anders dan die door de Commissie werden gebruikt. Het Hof vertrekt dus van dezelfde basisregels. Wel heeft het Hof daaraan iets toegevoegd. Nadere factoren die bepalend kunnen zijn bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van concrete participaties, zijn: (1) in hoeverre de verdachte reeds de beschikking heeft over mogelijkheden om het delict te plegen (in geval van handel in verdovende middelen: of hij reeds dergelijke middelen in zijn bezit heeft); (2) hoe de verdachte reageert op de participatie, ofwel: of zijn reactie beperkt is tot de uitvoering van het met de participanten overeengekomen delict of verder gaat dan hetgeen is afgesproken en (3) de mate waarin is geparticipeerd en of participanten zich hebben beperkt tot een passief onderzoek, of verder zijn gegaan.

3) Nadere uitwerking van het uitlokverbod en de daarbij geldende voorwaarden

In *Modesto Sequeira v. Portugal*, uit 2001, werd het beoordelingskader voor de eerlijkheid van participatiebewijs nader uitgewerkt. In die zaak – waar het overigens ging om overheidsparticipatie in combinatie met een interstatelijke gecontroleerde aflevering – was het initiatief duidelijk van de verdachte uitgegaan. Deze had aan A., die hij tijdens zijn detentie in Spanje had ontmoet, na de vrijlating beider, gevraagd om assistentie bij de invoer van verdovende middelen. A. had C. ingeschakeld om het zeetransport vanuit Zuid-Amerika te verzorgen. C., die meermalen met justitie had samengewerkt in drugsgerelateerde zaken, overtuigde A. om in dit geval ook zijn medewerking te verlenen aan een opsporingsonderzoek. Verzoeker werd uiteindelijk aangehouden na de gecontroleerde aflevering, feitelijk uitgevoerd door opsporingsambtenaren, van 1,833 kg cocaïne.

Het bewijs tegen verzoeker bestond voornamelijk uit de verklaringen van A. en C. – die geen van beiden werden vervolgd – en de opsporingsambtenaren die de gecontroleerde aflevering hadden uitgevoerd. Inmiddels was de uitspraak in *Khan* gewezen en het Hof paste de daarin ontwikkelde formule

ten aanzien van de beoordeling van onrechtmatig verkregen bewijs toe: het zou niet de taak zijn van het Hof te bepalen of er sprake was van onrechtmatige bewijsvergaring, 'but only to examine whether the "unlawfulness" in question resulted in the infringement of another right protected by the Convention (...)'.

In casu was de *overheids*participatie duidelijk laat in de *iter criminis* ingeschakeld: '(i)n the present case, it has been established by the domestic courts that A. and C. began to collaborate with the criminal-investigation department at a point when the applicant had already contacted A. with a view to organising the shipment of cocaine to Portugal'. Daarmee wordt het initiatief criterium wederom benadrukt. Zeer vergaande betrokkenheid, zelfs fysieke uitvoering van het delict door de opsporingsambtenaren, doet daaraan niet af.

Gelet op de vergaandheid van de methode, is een duidelijk van de verdachte uitgaand initiatief echter niet voldoende voor het oordeel dat het optreden niet bezwaarlijk was. Daarvoor is nog nodig dat aan de nadere, in *Teixeira de Castro* en *Lüdi* reeds genoemde, voorwaarden is voldaan. Dat was hier het geval:

> '(f)urthermore, from that point on, the activities of A. and C. were supervised by the criminal-investigation department, the prosecution service having been informed of the operation. Finally, the authorities had good reasons for suspecting the applicant of wishing to mount a drug-trafficking operation. These factors establish a clear distinction between the present case and Teixeira de Castro, and show that A. and C. cannot be described as agents provocateurs. As the domestic courts pointed out, as in Lüdi, their activities did not exceed those of undercover agents'.[129]

De vraag is overigens of het gegeven dat een gerede verdenking bestond nog iets toevoegt aan de omstandigheid dat het delict reeds in gang was gezet toen de agenten bij het feitencomplex betrokken raakten: waarschijnlijk niet, tenzij daarmee wordt bedoeld dat bij aanvang van een dergelijke operatie niet kan worden gehandeld op een te zwakke basis. In die lezing kan informatie van burgerinformanten niet zomaar een dergelijk actie rechtvaardigen. Het gegeven dat het Hof in de betrokkenheid van de politie en het feit dat de *prosecution service* op de hoogte was gesteld van de operatie een herstellende waarborg zag, nuanceert overigens de voorwaarden van voorafgaande rechterlijke machtiging en simultaan rechterlijk toezicht, zoals die uit *Teixeira de Castro* en *Lüdi* leken voort te vloeien. Nu de actie in *Modesto Sequeira v. Portugal* voor wat betreft betrokkenheid van opsporingsambtenaren als veel ingrijpender moet worden beoordeeld dan die in *Teixeira de Castro*, kan de afzwakking van

---

129 Daarmee maakt het Hof gebruik van de gelegenheid zich over de *Lüdi*-zaak uit te spreken in termen van art. 6 EVRM. Het Hof stelt vast dat in die zaak ook geen sprake was van *incitement*: de opsporingsambtenaar in die zaak handelde dus niet als *agent provocateur*, maar als een *undercover* agent.

die op dit punt gestelde eisen niet door een verschil in casuïstiek worden verklaard.

In het algemeen geldt derhalve dat het meerdere (rechterlijke machtiging en betrokkenheid) herstellend kan werken; het mindere (supervisie door de politie, wetenschap bij de aanklager) is ook acceptabel. Uit *Modesto Sequeira* blijkt ook dat het Hof, door belang te hechten aan de passiviteit van het optreden van de participanten, niet bedoelt dat daarmee niet actief kan worden geparticipeerd in de delictsverwezenlijking (anders had in *Modesto Sequeira* wel uitlokking moeten worden aangenomen). De passiviteit waarmee de participatie gepaard moet gaan, heeft dus betrekking op *de totstandkoming van de participatieafspraak*, oftewel de inspanningen die zijn verricht om de verdachte te brengen tot het plegen van delicten. Een te actief optreden in dat verband kan indicatief zijn voor uitlokking, daarbij blijft van belang hoe de verdachte door die inspanningen wordt beïnvloed. Vooral wanneer vastgesteld kan worden dat de verdachte een predispositie had tot het plegen van dergelijke delicten, zal een tamelijk vergaande inspanning kunnen worden gerelativeerd. Feit blijft echter dat hoe meer moeite een participant moet doen om de verdachte tot het plegen van een delict te brengen, hoe eerder er van uit moet worden gegaan dat er wel sprake is geweest van *incitement*.

4) Toetsing en herstel bij de gevaarzetting van het uitlokverbod, de zelfstandige eerlijkheidsbeperking door de gevaarzetting

Modesto Sequeira v. Portugal is nader van belang vanwege het gevolg dat door het Hof werd gekoppeld aan het onderscheid tussen een geoorloofde actie van undercoveragenten en een ongeoorloofde actie van *agents provocateurs*. In dit geval werd geoordeeld dat sprake was van de geoorloofde variant, dat bracht evenwel niet met zich mee dat de eerlijkheid van het bewijsgebruik daarmee was gegeven.

Vastgesteld moest nog worden of dat optreden '*nevertheless undermined the fairness of the trial*'. Dat brengt het fenomeen van de *geoorloofde* participatie onder de categorie van bewijsgebruik dat mogelijk oneerlijk is, omdat bij de verkrijging daarvan, een absolute norm – *in casu* het uitlokverbod – in gevaar is gezet, respectievelijk omdat de eerlijkheid in algemene zin is beperkt. Ter zake gelden dus weer aangescherpte toetsings- en hersteleisen. Participatie kan aldus zelfstandig – zonder dat daarbij sprake is van ontoelaatbare uitlokking – een eerlijkheidsbeperkende werking hebben, doch alleen in herstelbare zin. Herstel blijft verplicht, alleen al om uit te sluiten dat zich niet een situatie heeft voorgedaan waaruit volgt dat het bewijs zou moeten worden uitgesloten.

Het toetsings- en herstelkader is in het geval van eerlijkheidsbeperkende, doch herstelbare participatie identiek aan het kader dat bij de overige categorieën van risicovol bewijsgebruik van toepassing is. Het Hof stelt hier dus dezelfde eisen: de verdachte moet in de gelegenheid worden gesteld om zich over de eerlijkheidsbeperking uit te laten, de rechter moet zorgvuldig onderzoek doen en daarvan doen blijken in een gemotiveerde beslissing, een be-

wezenverklaring kan niet alleen op basis van het participatiebewijs zijn gebaseerd.

In *Modesto Sequiera* was aan die voorwaarden voldaan. A. and C. waren beiden door de rechter gehoord, verzoeker was in de gelegenheid gesteld hen zelf te horen en overigens zijn recht op tegenspraak uit te oefenen door twijfel uit te drukken omtrent hun optreden, alsmede die van de opsporingsambtenaren. De veroordeling was niet uitsluitend gebaseerd op de verklaringen van de undercoveragenten, maar ook op de verklaringen van andere opsporingsambtenaren die aan de operatie hadden meegewerkt en op bij verzoeker aangetroffen bescheiden. Tot slot, en daarmee introduceerde het Hof een nieuw herstelinstrument, 'it is not without relevance to note that, while not a decisive factor, the Supreme Court took the undercover agents' actions into consideration in deciding to reduce the sentence that had been imposed on the applicant by the lower courts'. Alles bij elkaar genomen, kwam het Hof tot de conclusie dat verzoeker 'was able to exercise his right to due process and that his trial was fair'.

Aldus kan, gelijk bij via beperkingen van het zwijgrecht verkregen bewijs, een onderscheid gemaakt worden tussen verschillende risicoschalen voor participatiebewijs en daaraan te verbinden gevolgen. Wanneer sprake is van participatie, is een bepaald risico geïntroduceerd en moet een navenante waarborgencompensatie plaatsvinden. Bij een vaststelling van *incitement* – het optreden van participanten moet als dat van *agents prococateur* worden gekwalificeerd – is een risicogrens bereikt en kan aldus verkregen bewijs niet worden gebruikt.

Uitgegaan kan worden van het bestaan van een derde (risico)categorie bij het participatiefenomeen, namelijk participatie die zo passief is dat het amper problematisch zal zijn in de context van het uitlokverbod. Dat kan het geval zal zijn wanneer de betrokkenheid van overheidswege beperkt is tot het gegeven dat er wetenschap bestaat ten aanzien van gepleegde of te plegen delicten en, met het oog op nadere bewijsvergaring, geen strafvorderlijke actie wordt ondernomen. Die categorie is vergelijkbaar met de categorie van heimelijke bewijsverkrijging door zeer passieve manipulatie van de verklaringswil van de verdachte, die in principe niet problematisch is in het kader van het zwijgrecht.

5.4.5 Inspringen bij lopende delicten en de geïsoleerde werking van uitlokking bij meervoudige delictscomplexen

1) Eurofinacom v. Frankrijk

In Eurofinacom v. Frankrijk,[130] een geval van digitale infiltratie bij een rechtspersoon, werd het vraagstuk van *incitement* besproken in de context van lopende delicten. Het bedrijf Eurofinacom verschafte een via invoering van een code te bereiken datacommunicatiedienst. Gebruikers konden *online* communiceren onder aan *curricula vitae* gekoppelde pseudoniemen. Naar aanleiding van een verdenking dat de dienst gebruikt werd door prostituees om contact te zoeken met potentiële cliënten, zochten opsporingsambtenaren toegang tot de dienst onder een pseudoniem en zagen zij de *curricula vitae* van verschillende gebruikers in. Daar zij niets aantroffen dat op prostitutie kon duiden, stuurden zij een aantal gebruikers het bericht: '*terms*'. Een aantal personen reageerden met mededeling van prijzen.

De rechtspersoon en een leidinggever daarvan werden veroordeeld voor 'living on immoral earnings: acting as an intermediary between a person engaged in prostitution and the person employing him or her' en 'living on immoral earnings aggravated by the fact that the offence was committed against several people'. In Straatsburg voerden zij aan dat er sprake was geweest van ongeoorloofde participatie. Het Hof kwam tot het volgend oordeel.

> 'Action will amount to "instigation" when the "officers" involved do not confine themselves to "investigating the criminal activity in an essentially passive manner", but exercise an "influence such as to incite" the commission of the offence (...). The Court will also check whether there is evidence indicating that, without such intervention, the offence would not have been committed (...)'.

Toen de opsporingsambtenaren toegang hadden gezocht tot de digitale dienst was er niets gebleken van prostitutie en hadden zij het daarom noodzakelijk gevonden berichten te sturen, om eventuele prostitutie te kunnen signaleren. 'Thus, the police officers themselves incited the offers of prostitution that were made to them personally and 36-15 ALINE acted as the "meeting" point between their spurious requests and the genuine "offer" of services as a prostitute'. Het Hof nam hier dus wel *incitement* aan. Echter,

> '(...) the fact that the authorities have "good reason to suspect" the defendant of having a propensity to commit an offence would tend to suggest that an operation – such as the one in the instant case – was more akin to "infiltration" than "instigation" (...). The Sequeira decision indicates in that connection that suspicion must be based on concrete evidence showing that initial steps have been taken to commit

130 EHRM 22 juni 2000, *Eurofinacom v. Frankrijk*, Appl. Nr.: 58753/00.

> the acts constituting the offence for which the "defendant" is subsequently prosecuted'.

In dit geval was het waar dat het initiatief geheel bij de opsporingsambtenaren lag en 'was entirely spurious, so that by pretending to request the services of a "prostitute" they to some extent contributed to the commission of the offences (...) which, at least in part, subsequently led to the applicant company's prosecution for living on immoral earnings'. Niettemin beschikte de politie op dat moment reeds over informatie dat de dienst voor prostitutie werd gebruikt. Het bedrijf was ook niet vervolgd voor het mede door de opsporingsambtenaren gepleegde delict, maar voor het optreden als intermediair gedurende een langere periode voordat het concrete 'prostitutiedelict' was uitgelokt.

Daarenboven handelden de opsporingsambtenaren in de context van een opsporingsonderzoek dat door de *public prosecutor's office* was bevolen en onder het toezicht daarvan werd uitgevoerd, Dit geval vertoonde daarom meer verwantschap met de *Lüdi*-zaak dan met die van *Teixeira de Castro*. Cruciaal achtte het Hof dat de veroordeling van het bedrijf voornamelijk gebaseerd was op de inhoud van een aantal *curricula vitae* die *online* waren aangetroffen en verklaringen van prostituees die de dienst hadden gebruikt. De responsen op de door de opsporingsambtenaren verstuurde berichten waren niet als bewijs gebruikt: '(t)hus, in any event, the verdicts of the tribunals of fact cannot be said to have been based on the evidence obtained through the operation which the applicant company alleged amounted to instigation'.

2) Lopende delicten

Tot slot doet het Hof de volgende vaststelling:

> '(...) while it is true that the investigating officers instigated the offers of prostitution-related services which were made to them personally (...) they did not in the true sense incite the commission of the offence of living on immoral earnings of which the applicant company was convicted; that offence was a continuing offence which was necessarily committed by the applicant company, not the prostitutes. The applicant company cannot therefore complain of a violation of Article 6 § 1 of the Convention on that account'.

Eerst neemt het Hof *incitement* aan, hetgeen zou moeten betekenen dat de eerlijkheid op onherstelbare wijze is aangetast. Vervolgens zegt het Hof dat *incitement* in dit geval acceptabel werd gemaakt door de vaststaande predispositie van verdachten ten aanzien van de onderzochte delicten. Eerder fungeerde de predispositie echter als nadere waarborg bij participatie die niet als *incitement* kan worden gekwalificeerd, dus bij de tweede, herstelbare vorm van participatie.

De oplossing voor die tegenstrijdigheid ligt in de laatst geciteerde overweging van het Hof. Opsporingsambtenaren namen het initiatief bij *andere*

delicten dan die waarvoor verzoekers werden veroordeeld. Of er nu wel of niet sprake was van geoorloofde incitement ten opzichte van de prostituees (of het Hof daarvan uitging, blijft onduidelijk in de casus), dat belet niet dat *incitement* kon worden aangenomen ten aanzien van het delict waarvoor verzoekers werden veroordeeld.

Prostitutie (het delict ten aanzien waarvan uitlokking mogelijk wel had plaatsgevonden) werd wel gepleegd binnen de context van het door verzoekers gepleegde delict van '*living on immoral earnings*', dus er bestond wel een verband tussen de delicten. Het laatste delict was echter niet door de opsporingsambtenaren uitgelokt, maar werd reeds gepleegd: het ging hier dus om een '*continuing offence*'.[131]

Aldus was geen sprake van uitlokking ten aanzien van het 'overkoepelend' delict, maar wel van een gevaarzettende participatie. De toetsings- en herstelvoorwaarden werden daardoor dus geactiveerd.

Wanneer geparticipeerd wordt bij reeds lopende delicten, kan dat optreden dus niet als uitlokking, als '*true incitement*' worden gekwalificeerd. Dat ligt in de rede, want het initiatief tot het plegen van het delict is al eerder door de verdachte zelfstandig genomen. Dat wordt niet anders wanneer er wel *incitement* plaatsvindt ten aanzien van andere delicten dan die waarvoor de verdachte wordt vervolgd, ook niet indien tussen die delicten en het lopende delict een bepaald verband bestaat.

3) Participatie bij meervoudige delictscomplexen

Wat was nu het geval geweest indien het overkoepelende delict niet lopend was geweest? Gesteld dat de verdachte bij de strafvervolging zich op het standpunt had gesteld dat niet kon worden vastgesteld dat de dienst eerder voor prostitutiedoeleinden was gebruikt, en dat de opsporingsambtenaren, met het versturen van hun berichten, eerst zelf daartoe aanleiding hadden gegeven. Was er dan wel sprake geweest van *incitement*, ook ten aanzien van het overkoepelend delict? Bij het inzien van de *curricula vitae* was niet gebleken van prostitutiepraktijken. De berichten die werden verstuurd lokten wel aanbiedingen van prostitutie uit: de responsen werden echter – terecht – niet voor het bewijs gebruikt. Afgezien van de verklaringen van prostituees die het langdurig gebruik van de dienst voor prostitutiedoeleinden bevestigden, was er geen bewijs geweest voor het overkoepeld, door Eurofinacom gepleegd delict.

Dat bewijs kon wel worden geleverd omdat onrechtmatig (via uitlokking van de prostituees) verkregen informatie strategisch kon worden ingezet om nadere informatie te verkrijgen die als rechtmatig bewijs kon worden gepresenteerd. Via de uitlokking van de prostituees kwamen de opsporingsambtenaren

131 In *Modesto Sequiera* werd ook uitgegaan van een '*continuing offence*': onduidelijk is hoeverre de delictsverwezenlijking zich in dat geval had voltrokken: de verdachte had in ieder geval al 'contact' gezocht met zijn medeverdachte.

immers in contact met die prostituees, die via hun verklaringen een bijdrage leverden tot het bewijs van 'living on immoral earnings' door *Eurofinacom.* Het Hof stoort zich niet aan de causale verbinding tussen het onrechtmatig en het rechtmatig verkregen bewijs. De direct onrechtmatige verkregen resultaten zijn niet gebruikt, dat is voldoende.

De vraag is of die verbinding tussen de als bewijs gebruikte verklaringen en de onrechtmatige toepassing die uiteindelijk ertoe leidde dat de verklaringen werden afgelegd, ook zo weinig betekenis zou hebben gehad indien hier geen sprake zou zijn geweest van separate delicten? Vermoedelijk moet ervan worden uitgegaan dat de causale keten ertussen dan wel van betekenis zou zijn geweest. Als Eurofinacom zou zijn vervolgd voor hetzelfde delict waartoe de prostituees waren uitgelokt, dan had de causale verbinding niet kunnen worden genegeerd. Dat zou er immers op neerkomen dat het Hof het aanvaardbaar acht dat via uitlokking verkregen bewijs wordt getransformeerd naar ander bewijs waarvan het gebruik wel eerlijk kan zijn. Dat rechtmatig bewijs blijft dan echter besmet door de oorspronkelijk onrechtmatige verkrijging. Als het Hof akkoord zou gaan met dergelijke constructies, zou daarmee het uitlokverbod vergaand worden uitgehold.

Hier heeft het Hof dus de – door Buruma als zodanige benoemde – 'salamitechniek'[132] toegepast. Deze techniek behoort tot de verschillende relativeringsmechanismen die door de nationale én de Straatsbrugse rechter worden gebruikt bij de beoordeling van de betekenis die moet worden toegekend aan onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek. De 'salamitechniek' houdt in dat een onrechtmatigheid die is begaan in de context van één delict, niet doorwerkt naar een ander delict. Ook als het dezelfde verdachte is die voor twee delicten wordt vervolgd, dan geldt, via de 'salami-aanpak', dat aan een onrechtmatigheid die is begaan bij de opsporing ten aanzien van één van de delicten, wel bepaalde gevolgen kunnen worden gekoppeld wat één delict, maar niet wat andere delicten betreft.

In principe valt er niets aan te merken op die relativeringstechniek: als in het kader van een onderzoek naar één feit een onrechtmatige telefoontap is uitgevoerd, is er geen aanleiding om daaraan gevolgen te koppelen in de context van een ander feit dat de verdachte ook heeft gepleegd. De toepassing van de techniek wordt echter problematischer ingeval via een onrechtmatige toepassing wel bewijs is verkregen dat relevant is en gebruikt kan worden in de context van het andere feit. In bijzondere opsporingsonderzoeken, waarin tegelijkertijd onderzoek wordt gedaan naar meerdere (soms nog te plegen) feiten, worden opsporingsbevoegdheden meestal ingezet met het oog op meerdere delicten. Dat kan ertoe leiden dat het moeilijk te zeggen kan zijn in welk delictsverband een onrechtmatigheid heeft plaatsgevonden. De salamitechniek kan echter ook in die situaties (waarin een onrechtmatigheid tot

132 Y. Buruma, Onrechtmatige opsporing, DD 32 (2002), afl. 2.

informatie heeft geleid die bij meerdere delicten kan worden gebruikt) worden toegepast. Van de vergiftigde boom wordt een deels vergiftigde worst gemaakt: de vruchten van de boom blijven zelf altijd giftig, van de worst kan nog een onbesmette plak worden gesneden.

In de context van bijzondere opsporingsonderzoeken – maar ook in het algemeen – is het volgende van belang. De toepassing van de 'salamitechniek' kan nader bezwaarlijk zijn wanneer een zo sterk verband bestaat tussen het delict waaraan een onrechtmatigheid wordt gekoppeld en het andere delict, dat het uitblijven van een doorwerking van de onrechtmatigheid te ver lijkt te gaan. Het is dan niet alleen zo dat een en dezelfde onrechtmatigheid tot informatie over meerdere delicten leidt, maar ook dat de delicten onlosmakelijk met elkaar zijn verweven.

Het geval van *Eurofinacom* is bijzonder in die zin dat de twee delicten in *de casus* zeer nauw aan elkaar verbonden waren, in die zin dat het ene delict (prostitutie) eigenlijk component was van het overkoepelende delict (*living on immoral earnings*). Het wel uitgelokte delict maakte dus onderdeel uit van het delict dat niet werd geacht uitgelokt te zijn, omdat het reeds liep.

Kan dit bijzondere geval echter een bredere betekenis krijgen bij andere delictscombinaties, of gaat het hier om een rariteit, die zich zeer zelden (alleen bij vergelijkbare delictsrelaties) zal kunnen voordoen? Te denken valt aan de combinatie van art. 140 WvSr (thans ook art. 140a WvSr) met meer specifieke delicten, waarop het oogmerk van de organisaties is gericht.

Bij incitement van een medeverdachte tot een specifiek Opiumwetdelict kan worden uitgesloten dat daarmee '*true incitement*' heeft plaatsgevonden ten aanzien van de – via andere bewijsmiddelen dan die door de eerste incitement zijn verkregen te bewijzen – '*continuing offence*' van deelneming aan een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven. Aldus bezien fungeert *incitement* in dergelijke gevallen als tussenstap in de bewijsvergaring: daarmede worden personen achterhaald die nadere informatie kunnen verschaffen over de grotere, overkoepelende delicten, waarvan hun eigen strafbaar handelen deel uitmaakt. Die (later verkregen) informatie dient dan – achteraf – als bewijs dat die bredere delicten reeds voor de *incitement* van de concrete, kleinere delicten plaatsvonden.

Die werkwijze lijkt door de *Eurofinacom* uitspraak inderdaad te worden goedgekeurd. Het causale verband tussen de *incitement* en de bewijsverkrijging ten aanzien van het overkoepelende delict wordt echter nimmer volledig verbroken. *Incitement* ten aanzien van het 'deeldelict' blijft een rol spelen bij de beoordeling van het bewijsgebruik bij het 'overkoepelende delict': de participatie behoudt haar eerlijkheidsbeperkend, doch herstelbaar effect. Dat effect dient dus wel te worden hersteld.

5.4.6 Participatie door burgers

1) Participatie en uitlokking door burgers
Vaker dan niet zal er sprake zijn van een reeds lopend delict, wanneer de overheidsparticipatie in het delictscomplex eerst mogelijk wordt gemaakt doordat opsporingsautoriteiten op het delict worden geattendeerd door derden, die bij het delict betrokken zijn. Hoe later in de fase van delictsverwezenlijking de autoriteiten worden ingeschakeld, hoe geringer de kans wordt dat de participatie de vorm zal aannemen van *incitement*. Als het delict al in bepaalde mate gestalte heeft gekregen, is de participatie aanvaardbaar, zo lang maar bepaalde waarborgen in acht worden genomen.

Een geheel andere situatie betreft die waarbij het delict al voltooid is en opsporings- en vervolgingsautoriteiten over het delict informatie verkrijgen van burgers die op eigen initiatief, ter bewijsvergaring, zelf hebben geparticipeerd in het delict. Dergelijke burgerparticipatie kan evengoed de beide in de rechtspraak besproken vormen aannemen, dus van *incitement* en van participatie zonder *incitement*. De beoordeling van beide situaties brengt een nadere problematiek met zich mee.

Ingeval de burgerparticipatie de vorm heeft aangenomen van *incitement* is er in principe sprake van een 'normale' uitlokking in strafrechtelijke zin: uitlokker en uitgelokte zijn in beginsel beiden strafbaar. De 'uitlokkende' burger zal in dat verband stellen dat hij niet strafbaar is omdat hij juist heeft gehandeld ter (particuliere) bewijsvergaring. Het zal afhankelijk zijn van de opstelling van de vervolgende autoriteit hoe tegen de ongevraagde bijdrage aan de opsporing moet worden aangekeken. De mogelijkheid bestaat in dergelijke gevallen dat het daarbij zou kunnen gaan om burgers die eerst in ernst hebben geparticipeerd, ofwel in strafrechtelijke zin hebben deelgenomen, en pas later informatie verschaffen om een eigen vervolging te voorkomen.

Uitgaande van de situatie dat het handelen van de uitlokker wordt opgevat als particuliere bewijsvergaring en niet als 'regulier' strafbaar handelen, is het vervolgens de vraag of het feit dat *incitement* heeft plaatsgevonden, maar dan door een burger, eveneens tot een onherstelbaar eerlijkheidsgebrek leidt.

Daarbij spelen de motieven van de 'uitlokkende' burger een belangrijke rol. Als 'werkelijke' uitlokking, waarbij bij de uitlokkende burger een bewijsvergaringsoogmerk ontbreekt, tot een eerlijkheidsbezwaar zou leiden, zou het plegen van strafbare feiten onder uitlokking niet strafbaar kunnen zijn. De vraag is dus of het valse, op bewijsvergaring gerichte, oogmerk de uitlokkende burger die – door de autoriteiten pas achteraf op de hoogte te stellen van zijn onderneming voor zichzelf een tamelijk groot vervolgingsrisico inroept – met zich mee kan brengen dat ook de uitgelokte burger niet (op eerlijke wijze) kan worden vervolgd.

Bij de tweede categorie, waarin de burger wel participeert maar geen sprake is van *incitement*, is het weer de vraag of die participatie ook een – dit maal herstelbaar – eerlijkheidsgebrek oplevert. Zo ja, dan moet immers aan nadere

voorwaarden zijn voldaan. In de hier bedoelde situatie ontbreken een aantal daarvan echter per definitie. De actie is niet onder toezicht van opsporende en vervolgende autoriteiten uitgevoerd, daar zij pas achteraf worden ingeschakeld. Ook kan niet worden gezegd dat bij die autoriteiten van te voren sprake was van een deugdelijke informatiepositie ten aanzien van de predispositie van de verdachte. Hooguit kan de uitlokkende burger over dergelijke informatie hebben beschikt. Alleen de later door de rechter te verwezenlijken procedurele waarborgen, in de vorm van de procedurele hersteleisen, kunnen dan een eventueel eerlijkheidsgebrek tenietdoen.

In ieder geval staat dan vast dat er noch sprake was van *incitement* noch van participatie aan de zijde van de overheid. De vraag is dus of *incitement* of participatie door een burger kan of moet worden toegerekend aan de overheid en zo nee, of die *incitement* of participatie via een andere weg tot een eerlijkheidsprobleem bij het bewijsgebruik kan leiden.

2) Shannon v. Het Verenigd Koninkrijk

In *Shannon v. Het Verenigd Koninkrijk*[133] waren de autoriteiten inderdaad pas achteraf op de hoogte gesteld van een door een burger gefingeerde participatie. Deze burger, een journalist bij een Britse 'tabloid' krant, beschikte over informatie dat verzoeker, een acteur die tijdens de gebeurtenissen een rol speelde in een populaire Britse televisieserie, in '*show business*' kringen verdovende middelen leverde. Ter informatievergaring liet de journalist een derde, M., een afspraak maken via de agent van verzoeker om hem zogenaamd in te huren als een '*celebrity guest*' bij de opening van een nachtclub in Dubai. M. en leden van de staf van de krant, deden zich bij die afspraak voor als een *sheikh* en zijn entourage, stuurden het gesprek op het gebruik van cocaïne, vroegen verzoeker of hij bij de opening van het feest cocaïne kon leveren en, of hij dat ook die avond zou kunnen doen. Verzoeker stelde zich bereidwillig op en regelde die avond nog een levering.

Daarna verscheen in de krant een artikel over verzoeker met een uiteenzetting van de gebeurtenissen, en een uitnodiging aan de politie om gebruik te maken van door de krant vergaard bewijsmateriaal. M. zou dergelijke operaties eerder hebben uitgevoerd, hetgeen zou hebben geleid tot 89 veroordelingen. De politie ging op de uitnodiging in, en het via de krant verkregen bewijs vormde de grondslag voor de veroordeling van verzoeker voor de verkoop van verdovende middelen.

Shannon klaagde in Straatsburg over het gebruik van bewijs dat door *entrapment* door de journalist was verkregen: hij stelde dat de operatie '*(...) wholly unsupervised*', en '*intended for commercial gai*n' was, en dat er bij het optreden geen '*(...) procedural or evidential safeguards*', zoals de plicht een

133 Ontvankelijkheidsbeslissing EHRM, 6 april 2004, *Shannon v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl. nr.: 67537/01.

schriftelijk verslag op te maken en deze beschikbaar te doen zijn voor *discovery*, waren geweest.

De overheid stelde zich op het standpunt dat het bewijs *in casu* was vergaard door '(...) private individuals and not the police or any other agents of the State (...)' en dat '(...) many offenders commit crimes at the suggestion of other individuals'. Zelfs al zou het '*Teixeira* principe' van toepassing worden geacht op '*entrapment by private individuals*', was hier van *incitement* geen sprake: het was verzoeker geweest die zonder dat pressie op hem was uitgeoefend had aangeboden verdovende middelen te leveren, er was geen instigatie of *incitement* door de journalist. Deze had gewoonweg de mogelijkheid verschaft om een delict te plegen en verzoeker was daarop ingegaan. Het Hof liet de hoedanigheid van de participant zwaar meewegen:

> '(t)he Court recalls that, as emphasised by the national courts, the Teixeira case was concerned with an entrapment operation undertaken by police officers and that the Court's judgment did not address the question of entrapment by individuals other than agents of the State. The operation which was there being examined constituted a misuse of State power, the police officers having gone beyond their legitimate role as undercover agents obtaining evidence against a suspected offender to incite the commission of the offence itself. The Court considers that the principles set out in the Teixeira judgment are to be viewed in this context and to be seen as principally directed to the use in a criminal trial of evidence gained by means of an entrapment operation carried out by or on behalf of the State or its agents'.

In dit geval was de rol van de overheid beperkt tot de vervolging van verzoeker op basis van door derden verschafte informatie. De verslaggever was geen agent van de overheid en werkte niet onder instructie of toezicht van de politie, die zelf overigens ook geen wetenschap had van de operatie: '(t)he Court therefore considers that the situation in the instant case is different from that examined in the Court's judgment in the Teixeira case'.

Onder het nationale recht, namelijk sectie 78 van PACE, kon echter, zo hadden de nationale gerechten vastgesteld, 'evidence obtained by means of "private" entrapment, rather than entrapment by or on behalf of agents of the State', leiden tot 'issues of fairness' als daar bedoeld. Op die basis sloot het Hof niet uit dat 'the admission of evidence so obtained may in certain circumstances render the proceedings unfair for the purposes of Article 6 of the Convention'. De toetsing op die basis beperkte zich echter tot een beoordeling van de nationale procedure. Daarin waren de normale waarborgen aanwezig: verzoeker had zijn rechten kunnen uitoefenen en de nationale rechter had in een gemotiveerde uitspraak vastgesteld dat er geen sprake was geweest van '*entrapment*'.

Het Hof lijkt zich hier in vergaande mate te hebben laten leiden door het nationale recht terzake. Waar het Britse recht mogelijkheden kent om bewijs dat door *entrapment* is verkregen uit te sluiten, zou de rechtspraak zich voornamelijk richten op gevallen waarin de operaties werden uitgevoerd door

agenten van de staat. Weliswaar zouden dezelfde principes moeten worden toegepast in geval van '*private entrapment*', doch de toetsing zou daar minder stringent zijn. In *R. v. Morley and Hutton* ((1994) Crim.L.R. 919), wederom een geval waarin een journalist de participatieactie uitvoerde, was aanvankelijk gezegd dat 'it made no difference whether an undercover police officer or a journalist was involved. The question under section 78 of the Police and Criminal Evidence Act was one of fairness.' In *R. v. Tonnessen* ((1998) 2 Cr.App.R.(S.) 328), waar het weer journalisten waren die de verdachte hadden benaderd, vermomd als heroïne zoekende *sheikhs*, had de Court of Appeal aangegeven dat 'the fact of entrapment may be relevant to the sentence imposed'. In *R. v. Hardwicke and Thwaites* ((2001) Crim.L.R. 218), waren de verdachten benaderd door weer een journalist, die hen uitnodigde twee *'wealthy Arabs'* te ontmoeten en te voorzien van cocaïne. De *Court of Appeal* maakte in die zaak het volgende belangrijke onderscheid:

> '(...) it is of some importance to note that what the court seeks not to condone is "malpractice by law enforcement agencies" which "would undermine public confidence in the criminal justice system and bring it into disrepute". Obviously that is not a consideration which applies with anything like the same force when the investigator allegedly guilty of malpractice is outside the criminal justice system altogether (...). (The trial judge) made one discernible error favourable to the defence in that he seems to have accepted that commercial lawlessness and executive lawlessness should be treated in the same way (...) that is not correct (...)'.

Entrapment uit commerciele overwegingen kan niet in hetzelfde licht worden beschouwd als die welke wordt uitgevoerd door publieke autoriteiten. Dat bracht het Hof tot de conclusie dat de Court of Appeal 'therefore indicated that a more flexible test for abuse of process would be applied to entrapment by journalists ("commercial lawlessness") than to entrapment by law enforcement officers ("executive lawlessness")'. Private '*entrapment*' kan zodoende ook strijden met de notie van *abuse of process*, echter kan de beoordeling in dergelijke gevallen op basis van een meer flexibele toets worden uitgevoerd.

3) Particuliere privacyschendingen, particuliere participatie

In *A. v. Frankrijk* en *M.M. V. Nederland*,[134] beide besproken in het vorige hoofdstuk, ging het in essentie over de vraag of een horizontale privacyschending kan worden toegerekend aan de overheid. Voor toerekening in dat verband is noodzakelijk dat vanwege de overheid een *'crucial contribution to the execution of the scheme'* wordt geleverd, waarbij (hooggeplaatste) overheidsorganen handelen in de uitoefening van hun formele taken.

134 EHRM 23 november 1993, *A. v. Frankrijk*, A, 277-B; EHRM 27 april 2004, *M.M. v. Nederland*, Appl. Nr.: 50210/99, NJ 2004, 651, m.nt. Pme.

Het Hof greep in *Shannon* niet uitdrukkelijk terug op die criteria, daartoe was echter ook geen noodzaak. *In casu* was immers de betrokkenheid van overheidsorganen bij de operatie duidelijk afwezig. De mate van betrokkenheid behoefde derhalve niet te worden beoordeeld.

Dat wil echter niet zeggen dat de weging van de bijdrage van de autoriteiten in andere gevallen niet noodzakelijk zal zijn. Gemakkelijk laat zich de situatie bedenken dat er, voorafgaand aan een hoofdzakelijk particuliere actie, enig contact is geweest met de autoriteiten, waardoor het contributieprobleem zich wel zal voordoen. Belangrijk is bij een particulier participatie-initiatief of de strafvorderlijk overheid op de hoogte is van het voornemen van de burger om, weliswaar op fingeerde basis, deel te nemen aan strafbare feiten. Dat is iets ander dan op de hoogte zijn van het voornemen van de burger ter bewijsvergaring een inbreuk te maken op de persoonlijke levenssfeer van een 'verdachte'. Met de burgerparticipatie moet dan worden omgegaan als ware het participatie waarbij de overheid wel integraal betrokken was. Het aanhouden van een minder strikte toetsingsstandaard zou kunnen gelden als '(...) tantamount to allowing investigating authorities to evade their responsibilities under de Convention by the use of private agents'.[135] Waar overheidsorganen werkelijk niets weten van burgerparticipatie, is de situatie echter aanmerkelijk anders.

Hoe dan ook, de bescherming tegen particuliere participatie is zwakker dan de bescherming tegen overheidsparticipatie. De verdragsbescherming is hier veel meer gericht op het optreden van de opsporende en de vervolgende autoriteiten: het eerlijkheidsprobleem zit in het gegeven dat een verdachte in het kader van strafbaar handelen wordt misleid bij het plegen van strafbare feiten, en dat overheidsagenten daarin een rol spelen.

5.4.7 Conclusies ten aanzien van de normering van overheidsparticipatie in het verdrag

1) De diffuusheid van (overheids)participatie, de diffuusheid van de ter zake doende beschermingsnorm

De verdragsrechtelijke beschermingsnorm bij (overheids)participatie blijkt tot dusver, van alle eerlijk-proces-normen die van toepassing zijn op de bijzondere opsporing, het meest moeilijk te doorgronden. Dat ligt enerzijds aan de gevarieerdheid en de gecompliceerdheid van het participatiefenomeen zelf. Anderzijds introduceert het participatiefenomeen een geheel nieuw fenomeen in de klassieke normstructuur voor opsporing en voltrekt het zich aldus in een normatieve context die niet eerder beschreven was. In Straatsburg was van meet af aan wel duidelijk dat bepaalde voorwaarden en grenzen zouden

135 *M.M. v. Nederland*, *supra*, noot 134, § 40.

moeten worden gesteld aan participatieacties, doch een geschikte norm kon niet onmiddellijk worden geformuleerd. In *Lüdi* bleek art. 8 EVRM geen geschikte grondslag in verband met overheidsparticipatie. Wel werd in dat arrest al duidelijk dat dergelijk optreden met de nodige waarborgen dient te worden omkleed. De ongrijpbaarheid van de 'juiste' in dit verband te hanteren normering blijkt ook wel uit vroege rechtspraak van de Europese Commissie, die vooral bestaat uit bij de Europese Commissie in de ontvankelijkheidsfase gestrande klachten.[136] Voor het falen van die klachten kunnen verschillende redenen worden aangewezen. De toendertijd door de Europese Commissie gehanteerde criteria met betrekking tot acceptabele participatie waren weliswaar tamelijk summier uitgewerkt, doch inhoudelijk niet wezenlijk anders dan de criteria die het Hof thans gebruikt. Gelet op de casuïstiek in die vroege zaken is niet te verwachten dat het Hof, vandaag toetsend, tot wezenlijke andere uitkomsten zou komen. Wel paste de Commissie de participatiecriteria in een andere context toe. De Commissie beperkte zich namelijk tot een toetsing van het vooronderzoek, bezien vanuit de gevolgen voor het eindonderzoek, middels een algehele – niet nader geconcretiseerde – eerlijkheidstoetsing.[137] Dat was alleszins logisch, juist omdat 6 EVRM van origine toegespitst is op het eindonderzoek. (Vergaande) bescherming in het vooronderzoek ligt in die structuur niet voor de hand. Die marginaliteit (en het uitblijven van negatieve waardering van participatieoperaties) had daarmee wel iets te maken met het (toen nog) ontbreken van een solide grondslag in art. 6 EVRM voor toetsing van (de resultaten van) het vooronderzoek. Ofwel, de brug tussen het eindonderzoek en het vooronderzoek, in de vorm van aan het gebruik (bij het eindonderzoek) van (in het vooronderzoek) verkregen bewijs te stellen eisen, was nog niet geslagen en het verband tussen de twee onderzoeksfasen daarmee nog niet zo sterk. Veilig lijkt in ieder geval te stellen dat met de ontwikkeling van het bewijstoetsingskader in art. 6 EVRM een beter (meer uitgebreide) grip op het vooronderzoek ontstond.

2) Risicocategorieën

Het door het Hof geconstrueerde normeringskader ten aanzien van de overheidsparticipatie is niet wezenlijk anders dan het kader dat geldt voor schen-

136 Rapport van de ECRM, 11 oktober 1990, *Radermacher en Pferreer, Federale Republiek van Duistland,* Appl.nr.: 12811/87; ECRM, 28 juni 1995, *Müller t. Oostenrijk*, Appl.nr.: 22463/93; ECRM 22 oktober 1997, *K.L. v. Het Verenigd Koninkrijk*, Appl. Nr.: 32715/96; ECRM 22 oktober 1997, *Shahzad t. Het Verenigd Koninkrijk*, Application No. 34225/96.

137 Zie het rapport van de ECRM, 11 oktober 1990, *Radermacher en Pferreer, T. Federale Republiek van Duistland,* Appl.nr.: 12811/87: 'the conduct of prosecution authorities in the prevention and investigation of criminal offences is primarily a matter for regulation by domestic law. In particular, in the field of dangerous delinquency, (...), the prosecution authorities may consider it necessary, in some circumstances, to rely on police informers and undercover agents (...). In such cases, the Commission has to determine whether the subsequent criminal proceedings, considered as a whole, were fair as required by Article 6 para. 1 (...)'.

dingen of gevaarzettingen van het zwijgrecht. De normerende werking die van art. 6 EVRM ten opzichte van overheidsparticipatie uitgaat bestaat uit een toetsingseis die wordt geactiveerd wanneer een indicatie bestaat dat bij een strafvervolging gebruikt bewijs het risico introduceert van een beperking of aantasting van de eerlijkheid. Een onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende categorieën risico's. Evenals bij het zwijgrecht, kan bij via participatie verkregen bewijs een driedeling worden aangehouden. Het gaat daarbij om:

- bewijs dat via (zeer) passieve participatie is verkregen (zoals in het geval dat strafvorderlijke overheden weten van delicten die worden of zullen worden gepleegd, doch ter nadere informatievergaring geen actie ondernemen). Het gebruik van deze categorie bewijs zal amper problematisch kunnen zijn in de context van de strafvervolging, de toetsing zal leiden tot de vaststelling dat geen of weinig (nader) herstel noodzakelijk is.
- bewijs dat via actieve participatie is verkregen, waarvan echter niet kan worden gezegd dat daarbij sprake is geweest van uitlokking. Het gebruik van deze categorie leidt tot activering van de toetsings- en hersteleisen. Bovendien worden in dit geval nog nadere eisen gesteld ten aanzien van het bij de participatie uit te oefenen toezicht.
- bewijs dat via participatie is verkregen, waarvan wel wordt vastgesteld dat daarbij sprake is geweest van uitlokking. Dat levert een fataal gevolg op voor de eerlijkheid, waardoor de strafvervolging op die basis absoluut moet worden verworpen.

Uit de participatierechtspraak van het Hof blijkt ook een vierde categorie van via participatie verkregen bewijs relevant te zijn, namelijk:

- bewijs dat via actieve participatie, al dan niet via uitlokking, op eigen initiatief van particulieren is verkregen, met het oog op informatievergaring, terwijl de overheid niet betrokken is geweest bij de participatie. Ten aanzien van deze categorie geldt een minder strikte toetsingstandaard: private uitlokking of participatie kan in ieder geval ook in strijd zijn met art. 6 EVRM. Vermoedelijk kan ervan worden uitgegaan dat deze categorie van bewijs zich ook zal kunnen voordoen in de context van het zwijgrecht. Het is zeer wel mogelijk dat particulieren ook op eigen initiatief een verdachte manipuleren tot het doen van belastende verklaringen: niet valt in te zien waarom dat geen eerlijkheidsgebrek zou kunnen opleveren in dezelfde zin als dat mogelijk is bij particuliere participatie.

3) Sterkere normering bij gevaarzettingscategorie

Opvallend is bij de participatiecategorie waar geen uitlokking wordt aangenomen, dat voor toetsing en herstel van daardoor veroorzaakte eerlijkheidsgebreken meer en andere voorwaarden worden gesteld dan bij de gevaarzettingscategorie bij het zwijgrecht. Onderdeel van de 'hersteleisen' zijn immers dat er van tevoren een voldoende verdenking bestond en dat ook simultaan toezicht werd gehouden ten tijde van de actie. Dat behoeft geen rechterlijk

toezicht te zijn, maar een strafvorderlijke autoriteit, waarschijnlijk minstens in de vorm van een aanklager, moet wel vooraf toestemming geven voor de participatie en tijdens de uitvoering daarvan ook toezicht blijven houden. Dat zijn andersoortige 'hersteleisen' dan die gelden bij het recht op een eerlijk bewijsgebruik. Ze zijn ook niet tot de zittingsrechter gericht, maar betreffen voorwaarden die het Hof rechtstreeks stelt bij het opsporingsonderzoek zelf. De daaruit voortvloeiende bescherming voltrekt zich wel retoractief in de zin dat het de rechter bij het eindonderzoek is die moet vaststellen of die eisen zijn nageleefd, echter inhoudelijk gaat het hier om directe opsporingsdictaten.

4) Relativeringsmechanismen

In de participatierechtspraak van het Hof is verder opmerkelijk dat het Hof bereid is om gebruik te maken van vergaande relativeringsmechanismen, zoals de 'salamitechniek', waarmee het de sterke van de eigen normen weer uitholt. Zeker bij de bijzondere opsporing, waar eventuele onrechtmatigheden zich veelal voltrekken zonder dat daarbij opsporingstoepassingen op concrete delicten zijn gericht, en er bovendien vaak veel samenhang bestaat tussen de (steeds) meervoudige delicten waarnaar in dergelijke zaken onderzoek wordt gedaan, moet de toepassing van de 'salamitechniek' als onwenselijk worden aangemerkt. In geval van participatie waar de norm bijzonder concreet op specifieke personen is gericht – het gaat er tenslotte steeds om of een verdachte is uitgelokt of niet – is de toepassing van andere relativeringsmechanismen zoals de derdenuitsluiting minder bezwaarlijk. De beschermingsnorm bij participatie is immers georiënteerd op het effect dat overheidsoptreden heeft op de wilsvorming: dat zeer persoonlijk effect laat zich moeilijk overdragen naar een andere verdachte.

5) Zuivere (en sterke) rechtmatigheidsnorm

De art. 6 EVRM beschermingsnorm die van toepassing is bij overheidsparticipatie en die uitlokking verbiedt, is intrinsiek curieus. De norm is vooral zonderling vanuit het perspectief van de verdachte bezien. Wanneer de overheid daarbij immers geen rol speelt, is deelneming aan delicten, ook wanneer de verdachte is uitgelokt, onder het materiële strafrecht gewoon strafbaar en vervolgbaar. Als een burger ervoor kiest, op basis van een zelfstandig gevormd wilsbesluit, zelf deel te nemen aan delicten of zich laat uitlokken tot het plegen van strafbare feiten, blijft het ergens merkwaardig dat hij achteraf strafvorderlijk voordeel trekt uit het feit dat degene met wie hij participeerde, voor de overheid blijkt te hebben opgetreden, in het kader van een strafvorderlijk onderzoek. Dat voordeel komt niet toe aan de verdachte die als zijn delictspartners 'echte' medeverdachten koos.

Die laatste ongerijmdheid leidde er overigens toe dat het Belgische Arbitragehof de, met de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden zeer vergelijkbare,

Wet Bijzondere Opsporingsmethoden[138] op dit specifieke punt als strijdig met de Belgische Grondwet vernietigde. Het Arbitragehof achtte het verschil in behandeling van de burger die 'werkelijk' wordt uitgelokt en van de burger die door de overheid wordt uitgelokt, discriminatoir.[139]

---

138 Wet betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en enige andere onderzoeksmethoden, van 6 januari 2003, inwerkinggetreden op 22 mei 2003, dossierrnummer : 2003-01-06/34.

139 Eén van de onderdelen van de BOM-wet die door het Belgische Arbitragehof bij arrest van 21 december 2004 werd vernietigd, betrof de regeling van de infiltratie. Geklaagd was over de onverenigbaarheid van de ter zake doende regeling in art. 47*quater* Sv (België), ingevoerd bij artikel 4 van de bestreden wet, met de artikelen 10 en 11 van de Belgische Grondwet, in voorkomend geval in samenhang gelezen met artikel 12 van de Grondwet en met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Art. 47*quater* Sv sloot aan bij art. 47*ter* § 1 Sv waarin de bevoegdheid tot infiltratie is gegeven. Art. 47 quater Sv, die viel onder Onderafdeling 2, bevattende algemene voorwaarden voor het gebruik van de bijzondere opsporingsmethoden, luidde dat een politieambtenaar: '(...) bij de tenuitvoerlegging van een bijzondere opsporingsmethode een verdachte niet (mag) brengen tot andere strafbare feiten dan deze waarop diens opzet reeds tevoren was gericht. De bepaling schreef voorts in het tweede lid ervan de niet-ontvankelijkheid van de strafvordering voor, ingeval van een inbreuk op dat verbod, voor wat betreft die feiten'. In wezen centreerde de klacht zich dus rond het discriminatieverbod in art. 11 van de Belgische Grondwet. De klacht in zoverre opmerkelijk dat het zich verzet *tegen* de regeling in die zin dat het degenen die in het kader van een opsporingsonderzoek worden blootgesteld aan een infiltratieactie en daarbij, in strijd met de wet worden uitgelokt, *in een betere positie* brengt dan personen die buiten een dergelijke context worden uitgelokt. Ofwel – de klacht moet aldus worden begrepen – in geval er sprake is van een 'normale' uitlokking, de vaststelling waarvan mede geschied op basis van de uitlegging door het Hof van Cassatie van dat (materieelrechtelijk) begrip, is de uitgelokte strafbaar. In geval de uitlokking plaatsvindt in het kader van een opsporingsonderzoek (dus waarbij de uitlokker een gefingeerd voornemen heeft), leidt dat tot een verval van het vervolgingsrecht. Het Arbitragehof kwam ter zake tot het volgend oordeel. De klacht van verzoekers werd aldus gelezen dat art. 47 quater 'ten opzichte van de overheersende rechtspraak ter zake, het begrip 'provocatie ' verengt en de gevolgen ervan beperkt, zodat de personen ten aanzien van wie een provocatie is toegepast in het raam van de aanwending van een bijzondere opsporingsmethode, gunstiger zouden worden behandeld dan diegenen ten aanzien van wie een provocatie is toegepast in het kader van een onderzoek waarbij geen bijzondere opsporingsmethode is aangewend.' Arrest, (B.10.1). Bij de parlementaire behandeling van de Wet Bijzondere Opsporingsmethoden was de keuze voor de in die bepaling opgenomen definitie als volgt toegelicht: '(d)e formulering van het principe leunt aan bij de Nederlandse regelgeving. Hoewel het Hof van Cassatie een definitie gegeven heeft van het begrip provocatie, kiest het wetsontwerp voor de moderne benadering van de Nederlandse wetgeving. Daarmee wordt uiteraard geen andere inhoud gegeven aan het begrip, doch wordt wel duidelijk wat nu precies bedoeld wordt met het verbod: een politieambtenaar mag een verdachte niet brengen tot andere strafbare feiten dan deze waarop diens opzet reeds tevoren was gericht. De bestaande rechtspraak van het Hof van Cassatie heeft het begrip reeds in verschillende belangwekkende arresten afgelijnd, en het is niet de bedoeling van dit wetsontwerp om van deze praktijk af te wijken'. Parl. St., Kamer, 2001-2002, DOC 50-1688/001, p. 16), aangehaald in het arrest van het Arbitragehof, B.10.2.) Het Arbitragehof achtte het niet noodzakelijk tot een vergelijking te komen van de interpreatatie van het begrip provocatie in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en de betekenis die daaraan in art. 47quater Sv wordt gegeven. Ook zonder een dergelijke verlijgelijking was het Hof namelijk van oordeel dat: 'een verschil in behandeling van vervolgde personen, wat betreft

Inderdaad doet dat verschil in behandeling merkwaardig aan. Bij de participatiebescherming geldt dus eigenlijk dat de verdachte niet in zijn belangen wordt getroffen, maar juist bevoordeeld.

Daardoor moet de volgende conclusie worden getrokken over de beschermingsnorm ten aanzien van participatie. *Punctum saliens* bij de participatienorm is dat het niet zozeer de burger maar strafvorderlijke overheidsintegriteit en daarmee het algemeen belang is, die worden beschermd. Vooral gelet op het feit dat participatiebewijs in principe inhoudelijk als zeer sterk kan worden aangemerkt, berust het laten stranden van strafvervolgingen (want, bij participatiezaken komt bewijsuitsluiting in principe daarop neer), respectievelijk het stellen van zware hersteleisen, duidelijk niet op het waarheidsvindingsdoel, maar heeft het uitsluitend te maken met de rechtmatigheid en de integriteit van opsporingsonderzoeken.

Het verband dat wordt gelegd met de integriteit is vooral van belang vanuit de nationale context bezien. Bij verschillende onderdelen van de bijzondere opsporing is immers gekozen voor een wettelijke regeling, niet omdat ervan uit werd gegaan dat die onderdelen grond- of mensenrechten raken, maar omdat zij integriteitrisico's meebrengen. Wat de participatie betreft, in zoverre bij de 'participatiemethoden' die via de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden zijn voorzien van een wettelijke grondslag, is uitgegaan van een integriteitsgevaar, berust de regeling van die toepassingen dus op een juiste redenering. Participatie is inderdaad gevaarzettend voor de integriteit. Met de vaststelling echter dat een bijzondere opsporingstoepassing de integriteit raakt, is tevens gezegd dat art. 6 EVRM wordt geraakt. De integriteit van strafvorderlijk optreden blijkt immers onderdeel uit te maken van de eerlijkheidsnotie. Het, bij de keuze van de onderdelen van de bijzondere opsporing die wettelijke regeling behoefden, aanhouden van twee selectiecriteria, was dus niet noodzakelijk. Het tweede selectiecriterium, het integriteitsgevaar, valt namelijk onder het eerste criterium, het raakvlak met de mensenrechtelijke sfeer. Vanuit integriteitsoogpunt gevaarlijke opsporingsmethoden raken ook een mensen-

het begrip politionele provocatie en de gevolgen die daaruit door de feitenrechter moeten worden afgeleid, naargelang ten aanzien van hen al dan niet de wet betreffende de bijzondere opsporingsmethoden is toegepast, onverantwoord zou zijn in het licht van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, en bovendien strijdig zou zijn met de duidelijk uitgedrukte wil van de wetgever. In zoverre artikel 47quater, enerzijds, enkel het geval waarin de politieambtenaar een verdachte brengt tot het plegen van andere strafbare feiten dan die waarop diens opzet reeds tevoren was gericht, aanmerkt als provocatie, en aldus een restrictieve definitie geeft van het begrip en, anderzijds, in zoverre dat artikel in dat geval enkel in de onontvankelijkheid van de strafvordering voorziet voor die feiten, roept het de mogelijkheid van de in B.10.3 vermelde discriminatie in het leven. Om die reden dient het te worden vernietigd'. De BOM-wet werd door het Arbitragehof ook op andere punten vernietigd, kort gezegd wegens het ontbreken van de eis van een voorafgaade rechterlijke machtiging bij de obsevatie in woningen en vanwege de gebrekkige regeling van de interne openbaarheid.

recht, vervat in art. 6 EVRM, en vallen daarmee reeds onder het eerste selectiecriterium.

Hoe dan ook, deze moderne, jonge participatienorm betreft dus een zeer sterk werkende en zuivere rechtmatigheidsnorm. Mogelijk moet de ontwikkeling van deze norm worden gezien als een voorbode voor de toekomstige richting die de opsporingsnormering zal uitgaan, namelijk dat, binnen het eerlijkheidsconcept, het rechtmatigheids- (en integriteits)concept veel sterker zal worden benadrukt.

6) Strikte proportionaliteitsstandaard

De sterkte van de uit art. 6 EVRM voortvloeiende beschermingsnorm bij overheidsparticipatie blijkt ook uit de door het Hof gehanteerde strikte proportionaliteitseis bij de in principe geoorloofde participatievarianten. Er dient ervan uit te worden gegaan dat dergelijke participatie onwenselijk is en alleen kan worden ingezet wanneer aan een stringente proportionaliteitstandaard is voldaan.

De sterkte van de proportionaliteitseis werkt ook door in de absolute grens die het Hof stelt aan overheidsparticipatie. Uitlokking wordt immers absoluut uitgesloten, omdat het disproportioneel moet worden geacht dat de overheid iemand eerst brengt tot het plegen van strafbare feiten, om hem daarna daarvoor te vervolgen. Ook is de strikte lijn te zien in de wijze waarop het Hof *per casus* beoordeelt of er al of niet kan worden gesproken van *incitement*. Door de keuze van de daarbij aan te houden criteria wordt duidelijk dat geoorloofde participatie alleen behoort te worden toegepast ten aanzien van personen ten aanzien van wie reden bestaat om ervan uit te gaan dat zij ook zonder de participatie hetzelfde of een vergelijkbaar delict zouden hebben gepleegd. Participatie is alleen toegestaan in geval het gaat om personen:

- die zelf het initiatief hebben genomen tot het plegen van strafbare feiten,
- die reeds begonnen waren met delictsverwezenlijking, of
- ten aanzien van wie goede reden (een redelijk vermoeden, zo niet een betere informatiebasis, zoals de standaard van ernstige bezwaren in het nationale recht) bestaat om te veronderstellen dat zij een predispositie hebben om soortgelijke feiten te plegen, vooral wanneer blijkt dat zij in staat zijn om onmiddellijk tot uitvoering over te gaan (reeds beschikken over daartoe geschikte middelen) of bij de uitvoering verder gaan dan met de participant was afgesproken.

De inhoudelijke criteria inzake het bestaan van uitlokking, brengen dus een differentiatie aan in categoriën personen ten aanzien waarvan participatie op geoorloofde wijze kan plaatsvinden. Alleen wanneer de verdachte wel aan één van die profielen voldoet, wordt het optreden aangemerkt als niet uitlokkende participatie. De categoriën die onder die profielen vallen, zijn duidelijk. Het zijn degenen die duidelijk niet uitgelokt worden, omdat zij het initiatief nemen tot het delict of reeds waren begonnen met de uitvoering daarvan. Het

profiel is eveneens helder bij de laatste categorie van personen die wel actief door de overheid kunnen worden benaderd. Het moet daarbij gaan om personen ten aanzien van wie zeer goede aanleiding bestaat om ervan uit te gaan dat zij op structurele basis strafbare feiten plegen. Wanneer anderen op deze wijze zouden worden benaderd, zou dat wel betekenen dat zij worden uitgelokt. Kortom, samen met de strikte proportionaliteitseis die geldt bij participatie, komt dat erop neer dat de methode eigenlijk vooral geschikt is om ingezet te worden bij onderzoeken naar georganiseerde verbanden, waarbij een verdenking bestaat van reeds gepleegde delicten. Wanneer een opsporingsonderzoek wordt verricht naar een georganiseerd verband, waarbij een redelijk vermoeden bestaat dat de tot het verband behorende personen een sterke dispositie hebben om strafbare feiten te plegen, dan is de kans dat er van uitlokking sprake zou kunnen zijn al sterk verminderd. Uitgegaan wordt immers van een bepaalde dispositie. Als dat onderzoek ook is omkleed met alle nodige waarborgen, kan de eerlijkheid hersteld worden geacht, zolang maar de verdachte voldoende in de gelegenheid is gesteld om zich over rechtmatigheid van de toepassing uit te spreken, en de rechter een gemotiveerde beslissing geeft en nader bewijs gebruikt. Achteraf kan de participatie dan alleen problematisch worden geacht indien de informatiepositie op basis waarvan het onderzoek werd gestart als gebrekkig wordt beoordeeld, of bij de specifieke delicten waarin werd geparticipeerd toch gesproken moet worden uitlokking omdat er te veel inspanning moest worden verricht aan de zijde van de participant om de verdachte tot deelneming te brengen.

Teixeira de Castro viel niet onder het derde profiel: dat bleek ook uit de inspanningen die hij moest verrichten om het strafbaar feit te kunnen plegen. Het Hof acht de inzet van participatie in de context van '*fishing expeditions*', waarbij burgers willekeurig worden beproefd op hun vermogen om weerstand te bieden aan strafbare proposities, duidelijk onwenselijk. Als er niet een duidelijk initiatief uitgaat van de burger of een reeds lopend delict is, kan participatie alleen plaatsvinden in de context van een structureel opsporingsonderzoek dat vertrekt vanuit een sterke verdenking ten aanzien van de predispositie van verdachten, en waarop toezicht wordt gehouden. Het Hof wil niets weten van ongerichte acties.[140]

140 In EHRM 26 oktober 2006, *Khudobin v. Rusland*, Appl.nr.: 59696/00; NJCM-Bulletin, (2007), vol. 32 , nr. 5, p. 676-686, m.nt. Ölçer en EHRM 15 december 2005, *Vanyan v. Rusland*, Appl.nr.: 53203/99, was geen sprake van een van te voren, op verzoekers toegespitst onderzoek, maar werden zij willekeurig benaderd in het kader van een algemene actie ter bestrijding van de handel in verdovende middelen. Ofwel, het ging in beide gevallen om een '*fishing-expedtion*' naar mogelijke handelaren in verdovende middelen. In *Vanyan* hadden opsporingsambtenaren contact gekregen met verzoeker via een hun bekende drugsverslaafde, aan wie zij geld gaven om een '*test buy*' uit te voeren om haar '*supplier*' te identificeren. Zij benaderde verzoeker met de mededeling dat ze leed onder een sterke behoefte, omdat zij onthield. In *Khudobin v. Rusland* was verzoeker direct benaderd door een undercover opsporingsambtenaar die hem gemarkeerd geld gaf. Ook in dat geval werden de verdovende middelen bij een tussenpersoon gehaald. Khudobin zou later worden

5.4.8 Participatie in het nationale recht

De zelfstandige opsporingsnorm in art. 6 EVRM die betrekking heeft op overheidsparticipatie bij delictscomplexen luidt, dat participatie alleen aanvaardbaar is wanneer verdachten zelf het initiatief nemen, wanneer zij reeds begonnen zijn met de uitvoering van het delict of wanneer er een sterke informatiebasis is om er van uit te kunnen gaan dat de verdachte een predispositie heeft soortgelijke delicten te plegen. Daarbij is voor de inzet van participatie als opsporingsmethode een strikte proportionaliteitseis van toepassing. Dwingende voorwaarde is ook dat, voorafgaand en tijdens de participatie, toezicht wordt gehouden op (de proportionaliteit van) de inzet van de methode alsmede op de uitvoering daarvan. Bij participatie is een vergaande mate van betrokkenheid bij de delictsverwezenlijking acceptabel: het is dus in principe wel aanvaardbaar dat door of vanwege de overheid strafbare feiten worden gepleegd in het kader van opsporing.

Indien ontoelaatbare uitlokking wordt vastgesteld, dan moet dat fatale gevolgen hebben in de strafvervolging. In alle andere gevallen geldt dat de participatie een eerlijkheidsrisico introduceert in het strafproces. Daarom moet de rechter steeds toetsen of aan alle relevante voorwaarden is voldaan en, voor zover noodzakelijk, herstel bewerken via retroactieve waarborgencompensatie. Nu het hier gaat om eisen die voortvloeien uit art. 6 EVRM, bestaat ter zake geen legaliteitsvoorwaarde. Noch de eisen zelf, noch de wijze waarop daaraan uitvoering dient te worden gegeven, behoeven in een (afdoende) (wettelijke) regeling te zijn vastgelegd.

Evenals bij het zwijgrecht, zal het bestaan van een (wettelijke) regeling ten aanzien van participatie in het nationale recht vanuit het perspectief van art. 6 EVRM in zoverre relevant zijn, dat wanneer die regeling niet is nageleefd, het bewijs óók nog in strijd met het nationale recht is verkregen. Uitgaande van het bestaan van een legaliteitseis (in de zin van een nalevingseis) in art. 6 EVRM kleven aan het via participatie verkregen bewijsmateriaal twee eerlijkheidsrisico's: niet alleen is het mogelijk dat het via een ongeoorloofde vorm van participatie is verkregen, maar ook is mogelijk dat bij die verkrijging de regels van het nationale recht niet in acht zijn genomen.

Wat daarvan zij, vanuit het verdragsperspectief is de participatienorm in art. 6 EVRM hoofdzakelijk gericht tot de rechter. De kwaliteit van de wettelijke

---

ontslagen van alle rechtsvervolging omdat werd geacht ten tijde van de participatie ontoerekeningsvatbaar te zijn geweest: het ging hier om een zeer zieke, geestelijk zwakke persoon. In beide gevallen werd door de opsporingsambtenaren zelfstandig – dus zonder toezicht – gehandeld, terwijl geen sprake was van verdenking jegens verzoekers geen sprake was. De *casus* is interessant in verband met de hierboven besproken problematiek bij *Eurofinacom*. Ook hier geldt immders dat verzoeker uiteindelijk niet is veroordeeld voor het delict dat is uitgelokt – *unlawful procurement of drugs with intent to supply* – maar voor een delict dat hij daarnaast zelf koos om te plegen, *namelijk unlawful procurement of drugs without intent to supply*.

regeling van de participatie is niet primair bepalend voor verdragsconformiteit. Zeker gelet echter op het feit dat het hier gaat om een volledig nieuwe, strikte en zeer complexe norm, kan in de nationale context een heldere wettelijke regeling niet worden gemist.

Duidelijk is dat participatietoepassingen zeer zorgvuldig en gedetailleerd moeten worden geanalyseerd. De kleinste nuances kunnen bepalend zijn voor de kwalificatie van een bepaald optreden als geoorloofde participatievariant respectievelijk als uitlokking. Dat gedetailleerde onderzoek moet door een rechter worden uitgevoerd, doch deze moet daarbij wel beschikken over voldoende concrete (wettelijke) aanknopingspunten ten aanzien van de grenzen van het toelaatbare, wil hij tot juiste en consistente oordelen kunnen komen. De complexiteit van participatiebeoordeling noopt in zichzelf tot heldere wettelijke regeling, nog los van de mensenrechtelijke implicaties die aan participatie zijn verbonden.

5.4.8.1 De wettelijke regeling

1) Risico-categoriëen

Participatie is een bijzonder diffuus fenomeen, dat zich niet gemakkelijk laat omschrijven. Vertrekkend vanuit het perspectief van het aan de participatienorm ten grondslag liggende beschermingsdoel – rechtmatigheid en integriteit van strafvorderlijk overheidsoptreden – kan het fenomeen als volgt worden aangeduid. Participatie komt in de kern erop neer dat de overheid in bepaalde mate betrokken is *bij het strafbare feit waarvoor de verdachte wordt vervolgd*. Onderscheid moet daarom worden gemaakt tussen de twee volgende situaties:

1 die waarin participatie plaatsvindt ten aanzien van andere delicten dan die waarnaar onderzoek wordt gedaan, met het doel de verdachte zo dicht mogelijk te kunnen benaderen (door zijn vertrouwen te winnen) om informatie- en bewijs te vergaren ten aanzien van de eigenlijke delicten waarnaar onderzoek wordt gedaan. Dat kunnen ook historische delicten zijn; en
2 participatie bij het delict waarvoor de verdachte later wordt vervolgd.

Ongetwijfeld raakt de participatie als bedoeld in de eerste situatie ook de integriteit van het strafvorderlijk optreden, en kan zij als zodanig ook tot eerlijkheidsgebreken leiden. De verdragsrechtelijke participatienorm ziet echter alleen op de tweede situatie. Alleen die bijzondere opsporingstoepassingen die strekken tot deelname aan hetzelfde delict waarvoor de verdachte wordt vervolgd, vallen dus onder die participatienormen.

In die tweede situatie kan de participatie onder de volgende risicocategorieën vallen:

a) zeer passieve participatie, zodanig passief dat er niet kan worden gesproken van (gefingeerde) strafbare deelneming. Deze categorie zal niet problematisch zijn in de context van de strafvervolging;

b) actieve participatie, die de vorm kan aannemen van deelneming die strafbaar zou zijn ware het niet dat het gaat om een (gefingeerde) strafvorderlijke actie. Deze variant valt onder de categorie van normgevaarzettingen, en activeert de toetsings- en hersteleis in art. 6 EVRM. In geval van participatie van deze categorie komen naast de toetsings- en hersteleisen die gelden bij het gebruik van risicovol bewijs nadere, bij het opsporingsonderzoek na te leven, eisen van proportionaliteit, van voldoende verdenking en van voldoende toezicht;
c) actieve participatie die de vorm aanneemt van uitlokking. Deze variant is absoluut uitgesloten, in de zin dat daarmee verkregen bewijs niet worden gebruikt.

2) Toepassingen die vallen onder risicocategorie (A)

a) Eenzijdige waarneming

Uit kan worden gegaan van het bestaan van een categorie van participatietoepassingen waarbij de participatie als zo passief moet worden aangemerkt, dat er geen eerlijkheidsprobleem kan rijzen. De participatie moet dan beperkt zijn tot het wetenschap hebben ten aanzien van nog te plegen of gepleegde delicten en daarop niet reageren. Oftewel, strafvorderlijke overheden nemen waar dat de verdachte een strafbaar feit beoogt te plegen of pleegt, maar treden daartegen niet op. Die participatie neemt dus de vorm aan van inactiviteit: het delict wordt mede mogelijk gemaakt doordat geen actie wordt ondernomen.

Deze categorie moet – evenals de passieve misleiding door enkele waarneming bij het zwijgrecht – onder de participatienorm niet problematisch worden geacht, en wordt in dit verband niet verder besproken.

b) Tussencategorie: faciliteren?

Participatie krijgt feitelijk pas betekenis onder de participatienorm wanneer het de vorm aanneemt van strafbare deelneming aan het delict. Daarvoor is weinig nodig. Bij vanuit aansprakelijkheidsperspectief 'laagdrempelige' delicten als art. 10a Opiumwet, art. 140 WvSr en overige strafbare voorbereidingshandelingen, maar ook bij deelnemingsvarianten als de medeplichtigheid en het medeplegen, kan snel sprake van strafbaar handelen.

De vraag is of bij participatie noodzakelijk is dat er, zoals dat wel wordt geëist bij 'echte' deelneming, steeds sprake is van een gezamenlijk wilsbesluit. Bestaat een tussencategorie tussen categorie (A) en (B), waarin niet in wederkerig contact met de verdachte wordt getreden en daarom geen (vals) gezamenlijk wilsbesluit wordt bereikt, doch wel sprake kan zijn van participatie omdat het delict wordt gefaciliteerd? De participatie gaat dan verder dan alleen passief waarnemen, maar niet zover als deelnemen aan hetzelfde delict. Kan een dergelijke participatie wel gevaarzettend zijn ten aanzien van de participatienorm in art. 6 EVRM? Kan een dergelijke participatie ook uitmonden in uitlokking?

Ter illustratie: op een luchthaven wordt bij een controle van binnenkomende bagage verdovende middelen ontdekt. Een deel van de verdovende middelen wordt doorgelaten. De participatie is dus niet beperkt tot alleen passief waarnemen: ten minste worden de verdovende middelen weer terug in de bagage geplaatst en door de douanecontrole gesluisd. Kan daarbij ooit sprake zijn van uitlokking? Hoogstwaarschijnlijk niet, daar het delict (invoer van verdovende middelen) al loopt. Dat hoeft echter niet te betekenen dat er geen sprake is van een gevaarzettende participatievariant. Zo ja, dan is dat van belang, daar er dan strikte eisen gelden. De verdenking zal geen probleem zijn (het delict loopt immers al), de proportionaliteit zal in principe zijn gegeven, de vraag is echter of een dergelijk actie steeds met toestemming en onder toezicht van een officier van justitie moet plaatsvinden. Is een dergelijk optreden daarmee zo gevaarzettend dat bij daaruit voortvloeiend bewijsgebruik de toetsings- en hersteleisen voor risicovol bewijs worden geactiveerd?

Een andere (denkbeeldige) casus: op een luchthaven wordt in een vóór de douanecontrole gesitueerd openbaar toilet een koffer bevattende verdovende middelen geplaatst, schijnbaar verloren. Is degene die toehapt uitgelokt? Is er actief geparticipeerd in de vorm van (strafbare) deelneming? Duidelijk bestaat een schemergebied tussen toepassingen die vallen onder de niet problematische categorie (A) en (B). Dat is van belang, daar de proportionaliteits-, verdenkings- en toezichtseisen die gelden bij het opsporingsonderzoek en de retroactieve toetsings- en hersteleisen alleen in bij toepassingen die vallen in categorie (B) zullen worden geactiveerd. De grens tussen de niet problematische toepassing en toepassing die een eerlijkheidsgebrek met zich meebrengt is dus diffuus. Dat noopt tot ruime lezing van de categorie (B), zodat alle eisen steeds van toepassing zijn.

3) Toepassingen die vallen onder risicocategorie (B)

De toepassingen die vallen onder de risicocategorie (B) betreffen de geoorloofde participatievormen. In meer of minder actieve mate wordt geparticipeerd in delicten of delictscomplexen. Deze vorm van participatie brengt deelneming aan strafbare feiten met zich mee, althans een gefingeerde deelneming die ertoe leiden zou leiden dat ook de participant zou worden geacht op strafbare wijze te hebben gehandeld, ware het niet dat hij zijn handelingen verricht in de context van een strafvorderlijk onderzoek.

Deze categorie van participatie betreft de toepassingen die gevaarzettend zijn ten opzichte van de participatienorm en daardoor de toetsings- en hersteleisen in art. 6 EVRM activeren. Het is bij deze categorie dat het Hof de nadere (bij het opsporingsonderzoek te verwezenlijken) eisen stelt van de voldoende verdenking en toezicht.

Een voldoende verdenking is er wanneer (1) het initiatief tot het delict van de verdachte uitgaat; (2) de verdachte reeds begonnen is met de uitvoering van het delict en (3) ten aanzien van de verdachte voldoende verdenking bestond dat hij een predispositie had tot het plegen van dergelijke delicten.

Ex post facto kan die laatste vorm van verdenking worden geconstrueerd doordien de verdachte onmiddellijk in staat bleek aan de participatieafspraak te kunnen voldoen ofwel verder ging dan in het kader van de participatie was afgesproken. De criteria die gelden voor de vaststelling van de redelijkheid van de verdenking bepalen tegelijkertijd de grens tussen de geoorloofde participatie en de ongeoorloofde uitlokking. Wanneer achteraf wordt vastgesteld dat niet aan die eisen was voldaan bij de actie, betekent zulks dat de participatie moet worden gekwalificeerd als uitlokking. Wanneer door de participant teveel inspanningen moesten worden verricht om de verdachte tot de participatie te brengen, is dat ook weer indicatief voor overschrijding van de grenzen van het toelaatbare.

Alleen die bijzondere opsporingsbevoegdheden die de strekking hebben participatie *bij hetzelfde delict* waarvoor de verdachte wordt vervolgd toe te staan, vallen onder de verdragsrechtelijke participatienorm. Dat zijn in het nationale recht vooral infiltratie, pseudokoop en -dienstverlening. Participatie aan 'hetzelfde' delict kan zich evenwel ook voordoen in de context van de stelselmatige inwinning van informatie – daar is dat eigenlijk niet bedoeld door de wetgever – en de gecontroleerde aflevering of doorlating.

4) Participatie in de vorm van strafbare deelneming aan hetzelfde delict, anders dan uitlokking in de wettelijke regeling

(a) Relevante opsporingsbevoegdheden

i) infiltratie, pseudokoop en dienstverlening

De infiltratie is geregeld in de artikelen 126h, 126p, 126w en 126x WvSv.[141] De infiltratiebevoegdheden komen erop neer dat bij een verdenking in de zin van art. 27 WvSv, of bij een vroegverdenking in de zin van art. 132a WvSv,[142] de officier van justitie aan een opsporingsambtenaar een bevel kan geven tot het deelnemen of medewerking verlenen aan een groep van personen waarbinnen naar redelijkerwijs kan worden vermoed misdrijven worden beraamd of

141 De bijzondere opsporingsbevoegdheden tot infiltratie, pseudokoop en diensverlening en de stelselmatige inwinning van informatie zijn in het Wetboek van Strafvordering bijna steeds geregeld in vier verschillende bepalingen (De bijzondere opsporingsbevoegdheden in verband met terrorismebestrijding worden hier buiten beschouwing gelaten). Het gaat om de (1) reguliere (alleen op basis van een verdenking in de zin van art. 27 WvSV uit te voeren) en (2) pro-actieve varianten die gelden als politiebevoegdheden en de (3) reguliere en (4) pro-actieve varianten die van toepassing zijn bij de bijstandverlening aan de opsporing. Dat is alleen anders bij de stelselmatige inwinning van informatie door een burger, waarvan de beide (reguliere en pro-actief toe te passen) varianten in één bepaling, art. 126v WvSv zijn geregeld.

142 Dat komt neer op het bestaan van een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd, dus om een redelijk vermoeden ten aanzien van nog te plegen of voltooien delicten.

gepleegd.[143] Bij burgerinfiltratie komt de officier van justitie met een bijstand verlenende burger overeen dat hij hetzelfde doet.

Aldus sluit de infiltratiebevoegdheid niet aan bij de participatienorm in art. 6 EVRM, in die zin dat de infiltratie een ruimere categorie van opsporingstoepassingen omvat. Het gaat bij de infiltratie er namelijk niet zozeer om dat de infiltrant toestemming krijgt om samen met de verdachte een delict te plegen (of met de verdachte te participeren in een delict), waarvoor de verdachte daarna wordt vervolgd. Die situatie wordt wel gedekt door de infiltratiebevoegdheden, echter zij voorzien ook in de mogelijkheid dat toestemming wordt gegeven tot het plegen van andere strafbare feiten.[144]

Wanneer de infiltratie niet leidt tot het plegen van dezelfde strafbare feiten waarvoor verdachte wordt vervolgd valt de infiltratie dus onder de hierboven bedoelde eerste situatie, waarin de participatienorm niet van toepassing is.[145] Waar het bij de infiltratie om gaat is, dat verdachte binnendringt in een georganiseerd verband om informatie en bewijs te vergaren in het algemeen. De ratio achter de regeling is dat een wettelijke grondslag moest worden gecreëerd voor het geval dat er toestemming moet worden gegeven tot het plegen van strafbare feiten, omdat voor de infiltratie'(k)enmerkend (...) is (...)' dat 'wordt meegewerkt of deelgenomen aan een groep waarbinnen misdrijven worden beraamd of gepleegd, zodat er een risico is dat de opsporingsambtenaar strafbare feiten pleegt'.[146]

De regeling vertrekt dus niet vanuit de gedachte dat het onderzoek erop gericht is via participatie te bezien of een verdachte bereid is om bepaalde strafbare feiten te plegen, doch om informatie te vergaren over eventueel door personen binnen het georganiseerde verband gepleegde of te plegen strafbare

143 'Politiële infiltratie is niet beperkt tot criminele organisaties als bedoeld in art. 140 Sr. Immers, art. 126h Sv bepaalt dat infiltratie is toegelaten in geval van een misdrijf als omschreven in art. 67 lid 1 Sv, welk misdrijf tevens voldoet aan het rechtsordecriterium. De politiële infiltratie van art. 126p Sv veronderstelt een criminele groep, maar dit hoeft niet samen te vallen met het criterium van art. 140 Sr. Zo zal een groep van personen waarbinnen strafbare feiten worden gepleegd niet (steeds) vallen onder art. 140 Sr maar wel object van infiltratie kunnen zijn. Denk bijvoorbeeld aan een schietvereniging waarbinnen een aantal leden onderling illegaal wapens aan elkaar overdragen. De criminele groepering kan verschillende verschijningsvormen hebben. Ze kan bijvoorbeeld bestaan uit een netwerk van personen dat via Internet strafbare feiten pleegt (bijv. kinderporno). Een criminele groepering kan ook actief zijn binnen een legale organisatie (organisatiecriminaliteit)'. Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, Staatscourant 2000, 25, 2.10.3.

144 Op grond van art. 126h lid 3 sub d Sv en art. 126p lid 3 sub c Sv, dient, wanneer toestemming wordt gegeven tot het plegen van strafbare feiten, in het bevel te worden aangegeven welke strafbare feiten mogen worden gepleegd.

145 Nogmaals: bij het plegen van andere strafbare feiten door een infiltrant, met het doel het vertrouwen te winnen van de leden van een georganiseerd verband en aldus informatie en bewijs te vergaren, kan dat zelfstandig bezwaarlijk zijn onder art. 6 EVRM (dat moet immers de integriteit, die ook door het eerlijk-proces-recht wordt beschermd, ook raken), echter het wordt niet beheersd door de participatienorm.

146 Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, p. 29.

feiten in het algemeen. Omdat de infiltrant in een zo nauw contact treedt met die personen, bestaat het risico dat hij, omwille van zijn betrouwbaarheid naar het verband toe, strafbare feiten zal moeten plegen. Bij de infiltratie wordt het deelnemen aan strafbare feiten, ofwel participatie aan strafbare feiten dus niet gezien als het doel van de bevoegdheid, maar als een (noodzakelijke) bijkomstigheid bij het binnendringen in de groep. Wel wordt het 'bijna onvermijdelijk' geacht 'dat de infiltrant strafbare feiten zal plegen': '(h)ij zal in het belang van zijn geloofwaardigheid bijvoorbeeld moeten deelnemen aan de criminele organisatie waarin hij infiltreert. Vaak zal hij ook ernstiger strafbare feiten moeten plegen dan deelname aan een criminele organisatie (artikel 140 Sr)'.[147]

Erkend wordt dus dat in de context van infiltratie hoogstwaarschijnlijk strafbare feiten zullen worden gepleegd, echter in de regeling komt de participatienorm niet helder tot uitdrukking. De regeling mag breder zijn dan de participatienorm, deze ook dekken, evenwel geldt hier dat de ruimheid van de regeling het zicht vertroebelt op de in verband met participatie in acht te nemen kader.

Zo is een infiltratieactie moeilijk te beoordelen aan de hand van de participatienorm. Bij participatie geldt dat deze alleen geoorloofd is in het geval dat het initiatief tot *het delict* van *de verdachte* uitgaat, *het delict* al loopt of bij *de verdachte* sprake is van een predispositie tot het plegen van soortgelijke strafbare feiten. De wettelijke regeling van de infiltratiebevoegdheden verwijst echter noch naar de verdachte, noch naar het feit waarvoor de verdachte uiteindelijk zal worden vervolgd. Onduidelijk is dus hoe de regeling zich verhoudt tot die criteria. Wel wordt bij de infiltratie steeds de eis gesteld dat een (vroeg)verdenking bestaat, bij de pro-actieve opsporing heeft het redelijk vermoeden betrekking op het georganiseerd verband en niet de daartoe behorende afzonderlijke verdachten. De regeling geeft verlof tot het plegen van strafbare feiten, maar geeft niet uitdrukkelijk aan dat wanneer deelneming zich voltrekt in het kader van hetzelfde feit waarvoor de verdachte zal worden vervolgd, de verdenking op die verdachte moet zijn gericht en dat optreden naar die verdachte toe proportioneel moet zijn. De toestemmings- en toezichteis wordt ook weer algemeen gesteld: niet alleen ten aanzien van participatie in het delict waarvoor de verdachte wordt vervolgd, maar over de infiltratie in het algemeen.

Ingeval van een infiltratieactie die samenvalt met een participatie in de zin van art. 6 EVRM, moet de beoordeling van de geoorloofdheid daarvan dus alsnog door de rechter worden uitgevoerd. Dat er voldaan is aan de wettelijke regeling betekent niet automatisch dat er voldaan is aan de participatievoorwaarden in art. 6 EVRM. Dat betekent dat de regeling niet voldoende concreet de participatienormen tot uitdrukking brengt.

147 Ibidem.

Meer concreet is de regeling van de pseudokoop- en dienstverleningsbevoegdheden in de artikelen 126i, 126q, 126ij en 126z WvSv. In de kern komt deze opsporingstoepassing erop neer dat door de opsporingsambtenaar of de bijstand verlenende burger goederen afneemt van *de verdachte* of aan *de verdachte* diensten verleent. Bij de pro-actieve varianten gaat het om het afnemen van goederen van of het diensten verlenen aan *een persoon* ten aanzien van wie uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden voortvloeit dat deze betrokken is bij het in het georganiseerd verband beramen of plegen van misdrijven. In ieder geval is hier wel een duidelijke verwijzing naar de verdachte (of een persoon) ten aanzien van wie de verdenking redelijk moet zijn. Ook bij pseudokoop of dienstverlening is er evenwel geen heldere afbakening ten opzichte van de feiten ten aanzien waarvan participatie wordt uitgevoerd.

Bij pseudokoop en -dienstverlening behoeven de bevoegdheden ook niet te worden ingezet om te bezien of de verdachte een delict zal (mede)plegen, om hem vervolgens daarvoor te vervolgen. De pseudokoop of dienstverlening kan zelf zeer wel een strafbaar feit betreffen (anders zou ook geen wettelijke regeling behoeven te worden getroffen, de wet belet immers de opsporingsambtenaar niet wanneer hij in contact wil treden met een verdachte en te dien einde een legale goed van hem afneemt of aan hem een legale dienst verleent), dat behoeft echter weer niet het strafbare feit te zijn waarvoor de verdachte zal worden vervolgd.[148] Het nut en doel van de pseudokoop (of -dienstverlening) wordt in de Memorie van Toelichting aldus voorgesteld. Het kan zijn dat

> 'er behoefte bestaat om een pseudo-koop op te zetten met één van de personen waarvan vermoed wordt dat hij betrokken is bij het in georganiseerd verband beramen of plegen van ernstige misdrijven. Als dit vermoeden wordt bevestigd, kan dat bijvoorbeeld de reden zijn om over te gaan tot infiltratie in de criminele organisatie waarvan deze persoon deel uitmaakt'.[149]

Het doel is dan hetzelfde als dat bij infiltratie: het gaat er niet om samen met de verdachte strafbare feiten te plegen om hem voor die feiten te vervolgen, maar om informatie- en bewijsvergaring dat gepaard kan gaan met het plegen van strafbare feiten, doch niet per se die waarvoor de verdachte later zal worden vervolgd. Ook hier geldt dat die participatievorm ook wel door de pseudokoop- en dienstverleningsbevoegdheden wordt gedekt, maar dat de

148 In de Memorie van Toelichting bij de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden wordt ervan uitgegaan dat bij pseudo-koop of -dienstverlening in 'veel gevallen' toestemming zal worden gegeven tot het plegen van een strafbaar gestelde gedraging, *'zoals het kopen van een wapen of het te huur aanbieden van een loods'*. Dat brengt weer met zich mee dat (1) ervan uit kan worden gegaan dat er niet per se sprake behoeft te zijn van deelneming aan strafbare feiten door deze partcipant en (2) zelfs als er wel sprake is van strafbare deelneming, behoeft dat niet betrekking te hebben op hetzelfde feit waarvoor de verdachte wordt vervolgd.

149 Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, p. 29.

breedheid van de regeling, die dus ook voorziet in situaties die niet vallen onder participatienorm, het zicht op de participatiekaders vertroebelt.[150]

De pseudokoop- en dienstverleningsgrondslagen sluiten beter bij de participatienormen aan, omdat een duidelijke verbinding wordt gemaakt met de verdachte (of 'de persoon'), de regeling blijft evenwel te breed in die zin dat geen heldere verwijzing is gedaan naar het feit waarop de vervolging is gebaseerd. Het optreden van de pseudokoper of dienstverlener wordt, evenmin als dat van de infiltrant, door de wettelijke regeling niet in de context van dat feit genormeerd.

Juist omdat bij beide bevoegdheden een heldere omschrijving ontbreekt van hoe het optreden van de infiltrant of de pseudokoper of -dienstverlener gestalte moet krijgen wanneer de bevoegdheden wel worden aangewend in de context van het feit waarvoor de verdachte zal worden vervolgd (dus wanneer de toepassing wel samenvalt met participatie als bedoeld in art. 6 EVRM), wordt de in de wet gegeven grens aan het participatieoptreden, zelf ook onduidelijk.

Bij alle infiltratie en pseudokoop-dienstverleningsbevoegdheden geldt dat de wet uitsluit dat bij de tenuitvoerlegging van het bevel (respectievelijk de overeenkomst) de verdachte wordt gebracht tot andere strafbare feiten dan die waarop zijn opzet reeds was gericht. Waar heeft dat Tallon-criterium nu betrekking op? Verwijst het alleen naar die toepassingen van deze bevoegdheden die wel samenvallen met participatie als bedoelt in art. 6 EVRM, of heeft het ook betrekking op andere strafbare feiten die bij de toepassingen kunnen worden gepleegd door de infiltranten respectievelijk de pseudokopers of -dienstverleners? Dat laatste lijkt onwaarschijnlijk. Hoe kan een verdachte immers worden gebracht tot het feit waarvoor hij wordt vervolgd doordat de infiltrant of pseudokoper of -dienstverlener een ander strafbaar feit pleegt? Het Tallon-criterium beoogt bovendien duidelijk wel de eigenlijke participatiesituatie te normeren.

Doordat de infiltratie en pseudokoop- en dienstverleningsbevoegdheden betrekking hebben op een breder categorie van handelingen dan die relevant kunnen zijn onder de participatienorm, wordt het begrenzend criterium ook weer in de volgende zin onduidelijk. De verdachte mag bij de uitvoering van het bevel de verdachte niet brengen tot andere strafbare feiten dan waarop zijn opzet reeds tevoren was gericht. Echter wat wordt bedoeld met tevoren? Voordat de uitvoering van het bevel begon (dat moment behoeft niet samen te vallen met het moment dat participatie ten aanzien van het delict waarvoor

150 Zie anders de Aanwijzing Opsporingsbevoegdheden, Staatscourant 2000, 25, 2.7.3.: '(v)oor zover deze activiteiten niet in directe relatie staan tot het op te sporen strafbare feit behoeft – vanwege het ontbreken van die directe relatie – geen afzonderlijk bevel te worden afgegeven, omdat dan geen sprake is van burgerpseudo-koop en burgerpseudodienstverlening en/of burgerinfiltratie'.

verdachte wordt vervolgd een aanvang nam), of voordat de participatie in het delict waarop de vervolging wordt gebaseerd zelf een aanvang neemt?

Hoe dan ook, de omschrijving van de bijzondere opsporingsbevoegdheden die verlof geven tot het plegen van strafbare feiten sluiten niet aan bij de participatienorm in art. 6 EVRM. Enerzijds omdat die omschrijvingen breder zijn, anderzijds omdat bepaalde belangrijke onderscheidingen (de verdenking die jegens de verdachte moet bestaan en de grens tussen geoorloofde handelingen en die, op basis van het Tallon-criterium, zijn uitgesloten) niet duidelijk zijn weergegeven in de wet. Waar geen bezwaren kunnen bestaan tegen een regeling die ook meer omvat dan de verdragsrechtelijke participatieproblematiek, is daarentegen het ontbreken van helderheid omtrent de aanwezigheid en inhoud van normering in de wettelijke regeling van deze bevoegdheden die juist op de in art. 6 EVRM bedoelde participatiesituatie ziet, wel bezwaarlijk. De eigen en gevaarzettend karakter van de participatie zelf, noch de daarbij geldende normen, komen daardoor tot uitdrukking.

ii) Stelselmatige informatie-inwinning en gecontroleerde aflevering en doorlating

De stelselmatige inwinning van informatie is geregeld in de artikelen 126j, 126v, 126qa, en 126v WvSv. Van stelselmatige informatie-inwinning door een opsporingsambtenaar is sprake indien de opsporingsambtenaar, zonder dat kenbaar is dat hij opsporingsambtenaar is, stelselmatig (systematisch en gericht) informatie inwint over een verdachte, onderscheidenlijk een persoon ten aanzien van wie een redelijk vermoeden bestaat dat deze betrokken is bij het in georganiseerd verband beramen of plegen van misdrijven, waardoor een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van diens leven kan worden verkregen.[151] Bij stelselmatige informatie-inwinning door een burger wint een persoon, niet zijnde een opsporingsambtenaar, met wie is overeengekomen dat hij stelselmatig informatie inwint omtrent een persoon die verdacht wordt van het plegen van een misdrijf, dan wel een persoon ten aanzien van wie het vermoeden bestaat dat deze is betrokken bij het in georganiseerd verband beramen of plegen van misdrijven, die gezien hun aard of samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd, een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren.[152]

> 'In de praktijk is het niet ongebruikelijk dat een opsporingsambtenaar onder een andere identiteit, dus als undercover, stelselmatig informatie over een verdachte inwint, teneinde informatie of bewijsmateriaal te verzamelen. Een opsporingsambtenaar kan dit doen door stelselmatig in de omgeving van de verdachte te verkeren en aan activiteiten en gesprekken deel te nemen, waaraan ook de verdachte of

151 Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, Staatscourant 2000, 25.

152 De niet stelselmatige informant is de 'persoon die, anders dan als getuige of verdachte, aan een opsporingsambtenaar, al dan niet gevraagd, inlichtingen verstrekt over een gepleegd of nog te plegen strafbaar feit en aan wie terzake van deze inlichtingenverstrekking afscherming wordt toegezegd'. Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, Staatscourant 2000, 25.

> personen uit de directe omgeving van de verdachte deelnemen. Denkbaar is dat een opsporingsambtenaar deelneemt aan een sportclub of telkens naar dezelfde uitgaansgelegenheid gaat, waar ook de verdachte gewend is heen te gaan en op deze wijze stelselmatig informatie over de verdachte inwint. Omdat de personen die hij daarbij ontmoet niet weten dat hij opsporingsambtenaar is, is de kans groot dat hij dingen te horen of te zien krijgt, mede doordat hij daarin kan sturen, waarvan hij anders geen kennis zou kunnen krijgen. Denkbaar is ook dat een opsporingsambtenaar deelneemt aan een zogenaamde newsgroup op internet, zonder dat de andere deelnemers aan de groep weten dat hij opsporingsambtenaar is', aldus de Memorie van Toelichting bij de wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden.[153]

Zo omschreven lijkt de stelselmatige inwinning van informatie niet onder de participatienorm in art. 6 EVRM te vallen, althans niet op een manier dat kan leiden tot een (gevaarzettende) eerlijkheidsgebrek. De stelselmatige informant lijkt immers alleen te kunnen worden ingezet in het kader van waarneming. Die waarneming gaat verder dan de eenzijdige (technische) waarneming (en registratie) die plaatsvindt bij de toepassing van bevoegdheden als observatie en afluisteren van telecommunicatie. Er wordt immers, om ook sturend informatie te kunnen vergaren, wederkerig contact gezocht met de verdachte.[154] Daarbij is het echter niet de bedoeling dat de informant strafbare feiten pleegt, of, voor zover dat ruimer is, deelneemt of medewerking verleent aan een georganiseerd verband. Daarin onderscheidt zich die methode dan ook van de infiltratie. Juist daarom worden minder risico's aan de stelselmatige inwinning van informatie geacht te zijn verbonden dan aan de infiltratie en is zij aan minder strenge voorwaarden gebonden.[155] De politie-informant mag zich in die hoedanigheid niet schuldig maken aan het plegen van strafbare feiten of het betrokken zijn bij het plegen van strafbare feiten, aldus de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden.[156] 'Participatie in de strafbare gedragingen waarover informatie wordt verschaft, leidt tot de status van verdachte en daarmee is onverenigbaar de positie van informant danwel 126v-burger'.[157] Stelselmatige inwinning van informatie lijkt aldus niet problematisch te zijn in de context van participatie, daar in dat verband strafbare deelneming is uitgesloten.

Over dat laatste bestaat enige onduidelijkheid. Daarnaar gevraagd bij de behandeling van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, heeft de minister aangegeven dat het een informant wel is toegestaan *'hand- en span diensten'* te verrichten. Wat dergelijk diensten precies inhouden is niet concreet aangege-

153 Memorie van Toelichting Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, p. 33.
154 Hier is de bevoegdheid overigens wel toegespitst op de verdachte en niet op het georganiseerd verband.
155 Memorie van Toelichting Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, p. 34.
156 Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, Staatscourant 2000, 25.
157 Ibidem.

ven. Juist vanwege de laagdrempeligheid van voorbereidingsdelicten en de verschillende deelnemingsvormen, is evenwel niet uitgesloten dat ook kleine diensten de vorm van strafbaar handelen kunnen aannemen.

> 'De opsporingsambtenaar die stelselmatig informatie inwint en hand- en spandiensten die betrekking hebben op het te onderzoeken feitencomplex verleent aan criminelen, begeeft zich op het terrein van de pseudokoop en pseudo-dienstverlening en/of infiltratie. Voor deze activiteiten dient een afzonderlijk bevel te worden afgegeven'.[158]

Dat geldt ook voor de stelselmatige inwinning van informatie door een burger: 'de 126v-burger die op grond van een overeenkomst tot bijstand aan de opsporing, hand- en spandiensten verleent aan criminelen, begeeft zich op het terrein van de burgerpseudo-koop en burgerpseudodienstverlening en/of burgerinfiltratie'.[159] Wanneer hand- en spandiensten het karakter van de stelselmatige informatie-inwinningsbevoegdheden doen veranderen, blijft duister.

Vanuit het participatieperspectief bezien, kan de stelselmatige inwinning van informatie dus uitmonden in een te actieve participatie, die ook de vorm kan aannemen van strafbare deelneming. Daarenboven, ook al komt het niet tot strafbare deelneming, duidelijk kan de stelselmatige inwinning van informatie tamelijk actief zijn, genoeg om aanleiding te geven tot een eerlijkheidsgebrek. De stelselmatige inwinning van informatie kan dus aanleiding geven tot toepassingen die te brengen zijn onder de hierboven bedoelde diffuse tussenrisico-categorie, ten aanzien waarvoor eveneens als simultane en retroactieve waarborgeisen zouden moeten gelden. Dat karakter van de stelselmatige inwinning van informatie komt niet tot uitdrukking in de wet.

Hetzelfde geldt voor de gecontroleerde aflevering en doorlating, zoals geregeld in art. 126ff WvSv. In die bepaling wordt geen opsporingsbevoegdheid omschreven, maar worden juist beperkingen gesteld aan de toepassing van de 'methode' van afstel en uitstel van strafvorderlijke actie, door het nemen van actie onder bepaalde omstandigheden verplicht te stellen. Bovendien kan bij gecontroleerde aflevering en doorlating ook contact tot stand komen met de verdachte. Dan kan de gecontroleerde aflevering of doorlating de vorm aannemen van infiltratie of van pseudokoop of dienstverlening. De nauwe verwevenheid van die methoden en de gecontroleerde aflevering en doorlating komen niet tot uitdrukking in de regeling van art. 126ff WvSv. Zo de volledige aard van de gecontroleerde aflevering en doorlating niet herkenbaar omschreven is in de wet, dan kunnen toepassingen op die basis worden verricht, zonder dat daarbij participatie-eisen die in andere contexten wél gelden, in acht worden genomen. Het baseren van een optreden op art. 126ff WvSv, terwijl dat optreden eigenlijk een andere, onder de participatienorm bezwaarlij-

158 Ibidem.
159 Ibidem.

ke, aard heeft, maakt mogelijk dat die aard en daarmee, daarbij te stellen eisen, omzeild kunnen worden.

b) Wettelijke regeling ook gericht op toekomstige feiten

De toepassing van de infiltratie, en pseudokoop- en dienstverleningsbevoegdheden[160] valt alleen onder de verdragsrechtelijke participatienorm voor zover bij de toepassing daarvan de hier bovenbedoelde tweede situatie aan de orde is, namelijk dat de inzet van de bevoegdheden gericht is op toekomstige feiten. In de omschrijving van de bevoegdheden is onduidelijk of het daarbij te verrichten onderzoek betrekking moet hebben op historische of toekomstige feiten. Als er sprake is van verdenking ten aanzien van reeds gepleegde feiten, dient de reguliere variant als basis te worden gehanteerd voor het optreden. Indien de verdenking gericht is op toekomstige feiten, dan dient de pro-actieve variant als basis te worden aangewend.

Dat ook op historische feiten gerichte infiltratie, pseudokoop of -dienstverleningsbevoegdheden bestaan, is weer te verklaren vanuit het gegeven dat die bevoegdheden op meer situaties zien dan alleen participatie als bedoeld in art. 6 EVRM. Ook wanneer niet wordt deelgenomen aan dezelfde strafbare feiten als die waarvoor de verdachte wordt vervolgd, kan op basis van die bevoegdheden immers onderzoek worden gedaan naar andere, historische of toekomstige feiten.

Vanuit de verdragsrechtelijke participatienorm bezien is een wettelijke basis voor de inzet van deze methoden ten aanzien van historische feiten overbodig. Het bestaan daarvan is evenwel niet bezwaarlijk. Immers die basis is ook van toepassing bij toepassingen die gepaard gaan met het plegen van andere strafbare feiten. Dat is een opsporingstoepassing die eigen risico's met zich meebrengt en het verdient de voorkeur dat ook daarvoor een wettelijke regeling bestaat. Ook hier geldt echter weer dat een heldere splitsing van de toepassingen, die wel respectievelijk niet vallen onder de participatienorm, in de wettelijke regeling wenselijk moet worden geacht. Participatie is aan een eigen kader gebonden in het verdrag; dat kader luister zeer nauw. Van belang is dat die – *an sich* al complexe – normen goed zichtbaar zijn. Dat geldt ook bij de wettelijke basis voor de pro-actieve inzet van infiltratie, pseudokoop en -dienstverleningsbevoegdheden.

(c) Voorwaarden: verdenking, toezicht, toetsing en herstel

Bij geoorloofde participatievormen worden niet alleen de retroactieve toetsing- en hersteleisen gesteld die van toepassing zijn op alle vormen van risicovol bewijsgebruik, maar ook een aantal voorwaarden die bij de toepassing van de opsporingsbevoegdheden dienen te worden nageleefd. Die eisen zijn dat

160 De stelselmatige informatie-inwinning en de gecontroleerde aflevering zijn verder, als mogelijke opsporingstoepassingen waarbinnen participatie als bedoeld in art. 6 EVRM kan plaatsvinden, buiten beschouwing gelaten.

er een voldoende verdenking bestaat alvorens de participatie wordt ingezet, dat in afdoende mate toezicht wordt gehouden op de uitvoering daarvan en dat de inzet van de participatie proportioneel te achten is.

i) De verdenkingseis

De verdenkingseis die bij participatie wordt gesteld heeft een geheel eigen karakter. Inhoudelijk wordt de eis aldus uitgewerkt. (Geoorloofde) participatie kan pas volgens de rechtspraak van het Hof worden ingezet wanneer de verdachte zelf het initiatief tot het delict neemt, het delict reeds lopend is, of voldoende aanleiding bestaat om ervan uit te gaan dat bij de verdachte een predispositie bestaat soortgelijke delicten te plegen. Bij de beoordeling van die propensiteit kan achteraf een bepalende rol spelen: a) het gegeven dat de verdachte gemakkelijk toegang had tot middelen om het delict te plegen (hetgeen er op kan wijzen dat hij dergelijke delicten in het verleden heeft gepleegd) en b) de mate waarin de verdachte tot delictsverwezenlijking komt (dat hij verder ging dan bij de participatieafspraak werd beoogd).

Deze verdenkingseis is ook bijzonder in die zin dat wanneer achteraf wordt vastgesteld dat bij de toepassing ten onrechte is uitgegaan van een voldoende verdenking, het onderzoek niet alleen in het algemeen onrechtmatig (want op basis van een onvoldoende verdenking uitgevoerd) is te achten, maar dat de participatie daarmee ook het karakter verkrijgt van een verboden uitlokking. Ondanks dat de verdenking achteraf wordt geconstrueerd, doordien de verdachte inderdaad overging tot het plegen van strafbare feiten, is hij daartoe door of vanwege de overheid uitgelokt, en kan bewijsgebruik niet meer eerlijk worden geacht.

In de kern komt de verdenkingseis erop neer dat achteraf vastgesteld moet kunnen worden dat het delict ook zou zijn gepleegd indien de participatie door of van overheidswege niet had plaatsgevonden. De verdenking moet dus georiënteerd zijn op de vraag of de verdachte het delict ook zonder tussenkomst van de participant zou hebben gepleegd. Dat is een heel ander soort verdenking dan die wordt bedoeld in art. 27 WvSv. Daar heeft het redelijk vermoeden van schuld betrekking op reeds gepleegde feiten. De vroegverdenking heeft ook een eigen aard: daar heeft het redelijke vermoeden betrekking op de verwachting dat de verdachte in de toekomst strafbare feiten zal gaan plegen, of reeds begonnen is met de uitvoering daarvan. Bij de bijzondere participatieverdenking kan een redelijk vermoeden bestaan dat de verdachte uit zichzelf geneigd is soortgelijke feiten[161] te plegen en dat het

161 Zie de conclusie van de advocaat-generaal Jörg bij HR 26 september 2000, NJ 2000, 739, m.nt. Sch. (13-15) over de problematiek bij het afbakenen van het (generieke) opzet dat bij de verdachte aanwezig moet worden geacht: '(m)en kan hier drie categorieën onderscheiden: is voldoende dat een algemeen streven (dit is dus méér dan geneigdheid sec) om strafbaar te handelen is komen vast te staan, of wordt geëist dat het streven is gericht op delicten van dezelfde categorie (soortgelijke feiten dus) als waarvoor de verdachte terecht staat, dan wel: was het streven inderdaad gericht op het concrete feit waarvoor de verdachte

derhalve proportioneel kan worden geacht om die neiging – zijn hypothetisch opzet – te activeren, zodat hij het feit pleegt in de beheerste context van een opsporingsonderzoek.

Bij de wettelijke regeling van infiltratie, en de pseudokoop en -dienstverleningsbevoegdheden wordt op drie verschillende wijze uitdrukking gegeven aan de bij de inzet van die toepassingen – ook in het kader van een participatie in de zin van art. 6 EVRM – te hanteren verdenkingsstandaarden. Bij de reguliere inzet wordt de eis van een verdenking in de zin van art. 27 WvSv gesteld. Er dient een redelijk vermoeden van schuld te bestaan ten aanzien van reeds gepleegde feiten. Bij de pro-actieve toepassing dient er sprake te zijn van een redelijk vermoeden van beramen of plegen van strafbare feiten. Daarnaast komt een nadere verdenkingseis tot uitdrukking in het bij al die bevoegdheden opgenomen Tallon-criterium. De eis dat de verdachte niet wordt gebracht tot andere handelingen dan die waarop zijn opzet reeds tevoren was gericht, impliceert immers dat voorafgaand aan de inzet aanleiding bestaat om ervan uit te gaan dat het opzet van de verdachte wel gericht was op het plegen van het strafbare feit in het kader waarvan participatie heeft plaatsgevonden.

In zijn geheel bezien kunnen de Straatsburgse en de nationale verdenkingscriteria aldus worden voorgesteld. Wanneer het initiatief uitgaat van de verdachte, kan er gesproken worden van een (sterke) verdenking van beramen. Doordat het initiatief van de verdachte is uitgegaan, bestaat ook sterke aanleiding om er van uit te gaan dat hij ook opzet heeft op het delict (alsmede op de samenwerking). Het redelijk vermoeden van beramen biedt tezamen met het redelijk vermoeden van hypothetisch opzet de basis voor de toepassing. Achteraf kan die inzet pas problematisch worden indien blijkt dat er twijfel

---

wordt vervolgd? (...) Aan het subjectieve element was in de Tallon-zaak ruimschoots voldaan: het ging om iemand die voorafgaande aan de pseudokoop reeds bij twee drugstransacties betrokken was geweest, daarvoor had vastgezeten, de waarde van gestolen drugs moest en wilde terug verdienen en daartoe iemand had aangeboden een partij drugs te leveren, in welke kader de pseudokopers ten tonele verschenen. Ook in de zaak die leidde tot HR 2 november 1993, DD 94.110 gooide het subjectieve element geen roet in het eten: in die zaak bleek de verdachte in zijn contact met tussenpersonen steeds het initiatief te hebben genomen en gehouden, terwijl de mogelijkheid was open gebleven om vrijwillig terug te treden. In het arrest van 4 december 1990, NJ 1991, 327, was de verdachte in de val gelopen die voor anderen was opgesteld: het undercover-optreden was niet op de verdachte gericht, maar toen hij zich in de omgeving van de doelwitten aan het verhandelen van verdovende middelen bleek schuldig te maken, was een pseudokoop van de verdachte niet in strijd met het Tallon-criterium. (...) In al deze zaken kan vastgesteld worden dat de wil gericht was conform de derde hierboven genoemde categorie. Daarmee is nog niet gezegd of aan het Tallon-criterium is voldaan indien het opzet in de twee andere categorieën valt. De Memorie van Toelichting op de Wet-BOB laat ook de tweede categorie gevallen, de soortgelijke feiten, onder het Tallon-criterium vallen (TK 1996-1997, 25 403, nr 3, p. 31). Iemands strafblad omtrent een zelfde of soortgelijk delict functioneert in de MvT enkel als indicatie voor de juistheid van uit andere bron afkomstige concrete inlichtingen die aangeven dat de verdachte voornemens is of bezig is strafbare feiten te plegen. Daarmee lijkt uitgesloten te zijn dat een (algemeen) streven om strafbare feiten te plegen voldoende concreet is om onder het Tallon-criterium te kunnen worden geaccepteerd'.

bestaat over de vraag of de verdachte inderdaad het initiatief heeft genomen. Dan zal de nadruk verschuiven naar het redelijk vermoeden ten aanzien van het opzet van de verdachte, ofwel naar zijn predispositie.[162]

Wanneer er sprake is van reeds lopende delicten, kan de toepassing worden gebaseerd op het redelijk vermoeden dat er (in georganiseerd verband) delicten worden gepleegd; ook dan complementeert het redelijk vermoeden van opzet op dergelijke delicten de basis voor het optreden. Indien de verdenking ten aanzien van het plegen achteraf gebrekkig blijkt te zijn, zal weer het redelijke vermoeden ten aanzien van de predispositie als basis moeten fungeren bij het optreden.

Als het initiatief niet uitgaat van de verdachte en het feit loopt nog niet, dan kan de verdenking alleen een basis hebben in de predispositie van de verdachte. Duidelijk is deze laatste categorie de meest problematische: de wijze waarop aan het redelijk vermoeden van hypothetisch opzet invulling dient te worden gegeven, is onbepaald. Uit de Straatsburgse rechtspraak blijkt dat naast de reactie van de verdachte op zijn benadering door de participant en de mate waarin de participant zich moet van inspannen, bepalend kan zijn dat de verdachte in het verleden soortgelijke delicten heeft gepleegd. Dat laatste kan echter niet verworden tot een zelfstandige basis voor participatie-optreden.[163]

De wettelijke regelingen geven verder geen aanknopingspunten ten aanzien van de uitleg die dient te worden gegeven aan het dispositiecriterium. Van belang is daarom hoe het verdenkingsaspect van het Tallon-criterium in de rechtspraak wordt uitgewerkt.

---

162 Zie dezelfde conclusie (12) bij HR 26 september 2000, NJ 2000, 739, m.nt. Sch over het begrip 'predisposition': '(h)et subjectieve element verwijst niet naar enige specifieke betekenis van opzet in het materiële strafrecht, maar naar een algemeen streven, aldus Corstens in zijn noot onder HR 24 oktober 1989, NJ 1990, 239. Hij baseert zich op Remmelink ("generiek of hypothetisch opzet") en op G.E. Mulder ("daadwerkelijke bereidheid om handelend op te treden wanneer de kans zich voordoet"). "Streven" en "generiek opzet" sluiten een willen in. Als onder de "daadwerkelijke bereidheid" van Mulder ook de wil essentieel is: accoord. Niet, als daaronder zou vallen: een geneigdheid, of, wat in Amerika wordt genoemd: predisposition, en die daar is gerelateerd aan het overtreden van de strafwet. Ons opzet is – anders dan bij de Amerikanen – kleurloos en niet boos, zodat de vraag of de wil is gericht op het overtreden van de strafwet, dan wel of men er onverschillig tegenover staat, ten onzent irrelevant is: het gaat om de wil ten aanzien van gedragingen (die strafbaar blijken te zijn). Daadwerkelijke bereidheid dus om handelend op te treden. "Geneigdheid" is als ondercriterium te vaag omdat dit begrip juist wel naar een criminele habitus verwijst. Het komt er dus op aan om vast te stellen wat de verdachte daadwerkelijk heeft gewild: wat was zijn wilsinhoud ex ante'. Hier wordt de term gebruikt ter aanduiding van het generieke opzet, hoe dat ook moet worden ingevuld.

163 Opvallend is het besluit geen wettelijke regeling voor de methode van pseudoverkoop te treffen in het Wetboek van Strafvordering. Daarvan is afgezien, daar '(...) veelal niet of slechts moeizaam kunnen worden aangetoond dat is voldaan aan het Tallon-criterium', Memorie van Tolichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, p. 34 .

Tot slot, nogmaals: niet houdbaar is dat bij de wettelijke regeling van de infiltratie de verdenkingseis – buiten die gelezen kan worden in het Tallon-criterium – niet toegespitst is op de verdachte, maar op het georganiseerd verband. Dat maakt beoordelingen van participatieoptreden ten opzichte van de individuele verdachte moeizaam. De rechter zal zich achteraf moeten toespitsen op de verdenking die jegens de verdachte bestond, het is wenselijk dat een dergelijke op de individuele verdachte toegespitste benadering ook bij het opsporingsonderzoek wordt aangehouden.

ii) Toestemming en toezicht, waarborgen

Aan de Straatsburgse eisen ten aanzien van voorafgaande toestemming voor en simultaan toezicht op de toepassingen van die opsporingsbevoegdheden die participatie in de zin van art. 6 EVRM met zich mee kunnen brengen, wordt voldaan doordat de toepassing van infiltratie, pseudokoop en -dienstverlening, in alle varianten daarvan, eerst mogelijk is wanneer daarvoor een bevel wordt gegeven door de officier van justitie. Uitgangspunt bij de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden was juist dat het gezag van het openbaar ministerie (ten opzichte van het politieoptreden bij de bijzondere opsporing) moest worden hersteld. De officier van justitie heeft thans eenduidig het gezag over de bijzondere opsporing, alleen bij de zwaarste toepassingen dient ook een voorafgaande rechterlijke machtiging te worden gevraagd. Door de pro-actieve toepassing van de bijzondere opsporingsbevoegdheden onder het strafvorderlijk verdenkingsbegrip te brengen – en de in dat verband toe te passen bevoegdheden eveneens te koppelen aan de eis van toestemming van de officier van justitie – is het gezag en de verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie ook over die onderzoeksfase geconsolideerd.

Buiten de wettelijke regeling is ook een systeem van intern toezicht, uit te voeren door het openbaar ministerie, in plaats gesteld ten aanzien van de bijzondere opsporing.[164] Hoe zwaarder of meer risicovol een bijzondere opsporingstoepassing wordt geacht te zijn, hoe zwaarder is de interne procedure die moet worden gevolgd om die toepassing mogelijk te maken. Daar is aan het Centrale Toetsingscommissie en het College van Procureurs-generaal, een

164 Te noemen zijn in dit verband ook de kwaliteitseisen die worden gesteld bij de organisatie, selectie en opleiding van (politie-)infiltranten. Uitgangspunt is dat infiltratie en pseudokoop of –dienstverlening steeds wordt uitgevoerd door opsporingsambtenaren die daartoe zijn opgeleid en lid zijn van een infiltratieteam. Alleen indien een bijzondere deskundigheid wordt vereist, kunnen ook opsporingsambtenaren van de Koninklijke marechausse of van bijzondere opsporingsdiensten, buitenlandse opsporingsambtenaren of niet-criminele burgers worden ingezet bij een infiltratieactie of voor een pseudo-koop of pseudo-dienstverlening. De Regeling infiltratieteams (Staatscourant 2000, 7, pag. 8) geef regels ten aanzien van de organisatie, selectie en opleiding van de politie-infiltranten alsmede met betrekking tot de begeleiding, rapportage en verantwoording van infiltratieacties.

belangrijke rol toegekend.[165] De zwaarste toestemmingsprocedures gelden bij de burgerinfiltratie en bij het afgeven van een bevel in de zin van art. 126ff WvSv.[166] Alleen CTC-toetsing voldoet in die gevallen niet:[167] op basis van art. 140a WvSv dient het College van Procureurs-generaal vooraf en schriftelijk in te stemmen met de inzet van een burgerinfiltrant alsmede met een wijziging of verlenging van het daarbij afgegeven bevel[168] alsmede met het afgeven van een bevel als bedoeld in artikel 126ff WvSv.

Het interne toezichtsysteem berust – behoudens de koppeling die tussen de wet en het beleid is gemaakt in art. 140a WvSv – echter niet op de wet, maar op het beleid van het openbaar ministerie. Daar de van toepassing zijnde procedure verwerkt is in de Aanwijzing Opsporingsbevoegdheden, is rechtstreeks beroep op de daarin voorziene regels wel mogelijk. De betekenis van de CTC-procedures verliest echter aan kracht doordien de Hoge Raad ervan uitgaat dat het interne oordeel van het openbaar ministerie over de inzet en uitvoering van een bijzondere opsporingsbevoegdheid niet bepalend kan zijn

165 Zie voor de geldende CTC-procedures de Aanwijzing Opsporingsbevoegdheden, Staatscourant 2000, 25, 4.1. CTC-toetsing is op basis van de Aaanwijzing verplicht bij: (1) politiële infiltratie, (2) burgerinfiltratie, (3) burgerpseudokoop en burgerpseudodienstverlening, (4) in het kader van de uitvoering van een rechtshulpverzoek, waarbij sprake is van de inzet van een burger met een strafrechtelijke achtergrond, (5) in alle gevallen van afzien van inbeslagneming van bij de wet verboden voor de volksgezondheid schadelijke en/of voor de veiligheid gevaarlijke voorwerpen, (6) in alle gevallen van het 'doorlaten van personen' in het kader van mensensmokkel, (7) bij het opnemen van vertrouwelijke communicatie met een technisch hulpmiddel in een woning of een daaraan gelijk te stellen ruimte, waaronder een penitentiaire inrichting en (8) bij het doen van toezeggingen aan getuigen in strafzaken (Aanwijzing Opsporingsbevoegdheden, Staatscourant 2005).

166 Een burgerinfiltrant wordt altijd begeleid door een opgeleide begeleider van een politie-infiltratieteam. Aanwijzing Opsporingsbevoegdheden, Staatscourant 2005, 25.

167 Zie de Aanwijzing Opsporingsbevoegdheden, Staatscourant 2000, 25, 2.11.4.: '(d)e officier van justitie die voornemens is een overeenkomst tot burgerinfiltratie te sluiten, legt de zaak, inclusief de concept-overeenkomst, voor aan de hoofdofficier van justitie. De hoofdofficier van justitie legt de zaak, inclusief de conceptovereenkomst, via de CTC ter goedkeuring voor aan het College van procureurs-generaal. Het College van procureurs-generaal stemt vooraf en schriftelijk in met de voorgenomen overeenkomst. Bovendien dient de overeenkomst door de voorzitter van het College vooraf te worden voorgelegd aan de Minister van Justitie (art. 140a Sv jo art. 131 RO). Voor een aanvulling van de overeenkomst is voorafgaande en schriftelijke toestemming van het College vereist'.

168 Die eis geldt op basis van art. 140a WvSv ook bij een bevel als bedoeld in art. 126ff WvSv. Op basis van art. 131 wet RO neemt het College van Procureurs-Generaal geen beslissingen indien niet ten minste drie leden aanwezig zijn. Beslissingen worden genomen bij meerderheid van stemmen; bij een stemming is de beslissing van de voorzitter doorslaggevend. Het College dient in een reglement nadere regels met betrekking tot zijn werkwijze en besluitvorming stellen. Dat reglement en wijzigingen daarvan behoeven de goedkeuring van de Minister van Justitie en worden na goedkeuring gepubliceerd in het Staatscourant. In het reglement wordt in ieder geval geregeld in welke gevallen de voorzitter een voorgenomen beslissing aan de minister voorlegt, waaronder in ieder geval zijn begrepen de beslissingen bedoeld in artikel 140a van het Wetboek van Strafvordering.

voor het rechterlijk oordeel daaromtrent.[169] Het intern toezichtsysteem van het openbaar ministerie verschaft dan wel een kader waarbinnen de zorgvuldigheid van het optreden bij de bijzondere opsporing wordt bevorderd, feit blijft dat het niet gelijk kan worden gesteld met het onafhankelijk en onpartijdig rechterlijke toezicht.

Gelet op de precairheid van de in het geding zijnde belangen en de complexheid van de materie, dient niet alleen de eis van een voorafgaande rechterlijke machtiging, doch ook van rechterlijk toezicht (door de koppeling van de uitvoering van dergelijke bevoegdheden aan het gerechtelijk vooronderzoek) bij de inzet van participatiebevoegdheden wordt gesteld. Dergelijke waarborgen zijn in het algemeen wenselijk bij alle bijzondere opsporingsonderzoeken, zeker gelet op de verwevenheid van de verschillende bevoegdheden en de effecten van de cumulatieve toepassing daarvan, echter ze moeten als onmisbaar worden aangemerkt in verband met de participatiebevoegdheden.

De ratio van de eis van rechterlijke machtiging bij de bevoegdheden tot het afluisteren van telecommunicatie en het afluisteren van vertrouwelijke communicatie is dat met de toepassing van die bevoegdheden een ernstige inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van verdachte. Bij de bevoegdheden van infiltratie, pseudokoop en -dienstverlening was de wetgever zich bewust van het gevaarzettend karakter, maar werd die gevaarzetting gekoppeld aan interne integriteitsaangelegenheden. Daarom werd voor een intern toezichtsysteem gekozen.

Waar de inzet van deze bevoegdheden evenwel de vorm aanneemt van participatie, raakt zij de strikte participatienorm in art. 6 EVRM. Bovendien behoort ook de integriteitsbescherming tot het eerlijkheidsconcept. De normen die deze bevoegdheden raken zijn in de context van de strafvervolging van een veel groter belang voor de verdachte: onhoudbaar is dat ten aanzien van opsporingsbevoegdheden die het privacyrecht raken wel de eis van rechterlijk toezicht wordt gesteld, maar niet bij de bevoegdheden die art. 6 EVRM raken. Daarenboven, bij de toepassing van bevoegdheden als de infiltratie, pseudokoop en – dienstverlening is niet alleen sprake van eenzijdige technische registratie, maar wordt een wederkerig contact tot stand gebracht met verdachte en worden strafbare feiten gepleegd. Dat vraagt om rechterlijk toezicht.[170] Ondanks dat de Straatsburgse rechtspraak in het verband van participatie niet de eis stelt van rechterlijke toestemming en rechterlijk toezicht, dient op dit

169 Zie HR 20 juni 2000, NJ 2000, 502, r.o. 3.3.-3.5. CTC-stukken behoefden niet aan het procesdossier te worden gevoegd omdat deze zich reeds in het dossier bevonden van het procesverbaal van verhoor van de in die zaak ingezette politie-infiltranten en het stam-procesverbaal waarin het optreden van de politie-infiltranten was gerelateerd, en omdat de toetsing door de CTC in zoverre niet van belang is dat de rechter in het gegeven geval zelfstandig de gebezigde opsporingsmethoden dient te beoordelen. Dat had het hof ook gedaan.

170 Dat geldt ook voor de stelselmatige inwinning van informatie en de gecontroleerde aflevering en de doorlating, zeker waar dergelijke toepassingen gevaarzettemde participatievormen aannemen.

punt naar een hogere beschermingsstandaard te worden gestreefd. Daarmee kan ook worden tegemoet gekomen aan de interne openbaarheidsproblematiek die bij bijzondere opsporingsonderzoeken in het algemeen, doch zeker ook bij de inzet van participatiebevoegdheden – waar het rechterlijk onderzoek op een zeer gedetailleerd niveau moet worden uitgevoerd – steeds sterk speelt.

iii) Proportionaliteit

Hierboven is gesteld dat, gelet op de verdachteprofielen die blijken uit de door het Hof gehanteerde criteria voor de geoorloofde participatievormen, die inzet vooral beperkt moet blijven tot personen die zich structureel bezig houden met het plegen van strafbare feiten, in wezen, tot de georganiseerde criminaliteitsbestrijding. De Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden is ook ingevoerd met het doel van de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit. Bevoegdheden als infiltratie, pseudokoop en -dienstverlening worden gezien als 'bij uitstek geschikt (...) voor het onderzoek naar de georganiseerde criminaliteit'.[171]

In de uitwerking van de wet is de toepassing van de bijzondere opsporingsbevoegdheden echter niet steeds en niet strikt beperkt tot georganiseerde criminaliteit. Veelal wordt de eis gesteld dat een verdenking bestaat ten aanzien van betrokkenheid bij een 'georganiseerd verband', dat begrip dient als ruimer te worden aangemerkt dan wat als georganiseerde criminaliteit kan worden begrepen. Waar die eis geen sterk beperkende werking kan worden geacht te hebben, moet ervan worden uitgegaan dat de ernst van het delict uiteindelijk bepalend is voor de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden.[172]

De inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden is in dat verband onderworpen aan oplopende eisen. Naarmate het gaat om zwaardere bevoegdheden gelden meer beperkingen: ten minste is noodzakelijk een (vroeg)verdenking ten aanzien van misdrijven, vaak ten aanzien van misdrijven waarvoor voorlopige hechtenis mogelijk.[173] Er is niet voor gekozen om de toepassingen

171 Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, p. 28.

172 Ibidem, p. 28-29.

173 Bij het opnemen van vertrouwelijke communicatie in een woning worden de volgende nadere beperkingen gesteld. In art. 126l lid 2 WvSv is bepaald dat de officier van justitie kan bepalen dat ter uitvoering van het bevel tot het opnemen van vertrouwelijke communicatie met een technisch hulpmiddel een woning zonder toestemming van de rechthebbende wordt betreden, indien het onderzoek dit dringend vordert en de verdenking een misdrijf betreft waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van acht jaren of meer is gesteld. Op basis van art. 126s lid 2 WvSv (bij pro-actief direct afluisteren) geldt hetzelfde, maar moet het onderzoek dit eveneens dringend vorderen en moet in het georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van zes jaren of meer is gesteld. Bij de toepassing van het opnemen van vertrouwelijke communicatie in een woning geldt de nadere beperking van een 'dubbele noodzakelijkheidstoets': niet alleen het opnemen zelf moet dringend gevorderd worden door het belang van het onderzoek, maar ook het feit dat dit in een woning moet gebeuren,

van bijzondere opsporingsmogelijkheden onderhevig te maken aan meer beperkingen in dit verband. Vooral had daarbij kunnen worden gedacht aan een beperking tot misdrijven met een strafmaat van maximaal acht jaar gevangenisstraf, de grens die ook is gehanteerd bij, ook in het verband van de georganiseerde criminaliteitsbestrijding ingevoerde, strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen. Een andere optie zou zijn om het bereik van de bevoegdheden te beperken door de toepassing ervan alleen mogelijk te maken in verband met bepaalde delicten.

Het verdrag stelt geen concrete eisen in dat verband, maar verlangt alleen dat concrete toepassingen proportioneel kunnen worden geacht. Op verschillende wijzen zijn proportionaliteits- maar ook subsidiariteiteisen in de wettelijke regeling van infiltratie, pseudokoop en -dienstverleningsbevoegdheden verwerkt. Zo komen de proportionaliteit en subsidiariteit tot uitdrukking in eisen als dat het onderzoek de toepassing in het belang van het onderzoek is, of de zware standaard dat het onderzoek de toepassing dringend moet vorderen. De toepassing van de bevoegdheden is ook vanuit proportionaliteitsoogpunt beperkt in die zin dat een bevel tot uitvoering alleen voor een beperkte duur kan worden gegeven. Voor verlenging moet de nadere noodzaak tot inzet opnieuw worden beoordeeld. Ook gelden subsidiariteitsregels ten aanzien van de bevoegdheden onderling: in het algemeen geldt dat burgers niet worden ingezet in het kader van de bijstand aan de opsporing voor zover met politiële toepassingen kan worden volstaan.

Vanuit proportionaliteitsperspectief is bij de opstelling van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden en de parlementaire behandeling van de wet een aantal keuzes gemaakt ten aanzien van bijzondere opsporingstoepassingen die in het algemeen onwenselijk werden geacht. De invoering van art. 126ff WvSv vloeit voort uit de door de Tweede Kamer geuite wens tot een beperking van de inzet van gecontroleerde aflevering een doorlating. Ten aanzien van

---

moet dringend gevorderd worden door het belang van het onderzoek. De rechter-commissaris, die machtigt tot het opnemen van vertrouwelijke communicatie, moet expliciet aangeven of aan dit vereiste voldaan is, en vertrouwelijke communicatie in een woning mag worden opgenomen. Zie de Nota naar aanleiding van het verslag (Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, Kamerstukken II, vergaderjaar 1997-1998, 25 403, nr. 7, p. 7-8). Overigens was in het oorspronkelijk voorstel van wet het direct aflsuiteren in woningen uitgesloten. Zie de Memorie van Toelichting bij de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, p. 38, 43 en 79. 'De woningen van mensen worden gezien als plaatsen waar men bij uitstek onbevangen zich zelf kan zijn. Het zijn plaatsen van privacy. Het huisrecht geniet zowel krachtens de Grondwet als de internationale mensenrechtenverdragen, speciale bescherming. Ik acht het huisrecht een groot goed. Ik ben van mening dat voor zover er redenen zijn om het betreden van woningen mogelijk te maken die niet opwegen tegen het belang van de bescherming van dit grondrecht', aldus de minister in de Memorie van Toelichting. De aanpassing van het wetsvoorstel op dit punt werd aangekondigd in de de Nota naar aanleiding van het verslag (Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, Kamerstukken II, vergaderjaar 1997-1998, 25 403, nr. 7, p. 7-8) en doorgevoerd in de Nota van Wijziging, (Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, Kamerstukken II, vergaderjaar 1997-1998, 25 403, nr. 8).

de methode van pseudo-verkoop is besloten deze in het geheel niet toe te staan, daar veelal bij een dergelijke toepassing 'niet of slechts moeizaam kunnen worden aangetoond dat is voldaan aan het Tallon-criterium'.[174] De Tweede Kamer was er ook verantwoordelijk voor dat in de Aanwijzing Opsporingsbevoegdheden een verbod op het inzetten van criminele burgerinfiltranten werd opgenomen.[175] Sinds de inwerkingtreding van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden is die situatie evenwel veranderd doordien de Minister van Justitie heeft laten weten de mogelijkheid open te laten dat in zeer bijzondere gevallen kan worden besloten tot de inzet van een criminele burgerinfiltrant.[176]

Op verschillende wijzen hebben proportionaliteitsoverwegingen invloed gehad op de inhoud van de wettelijke regeling van bijzondere opsporingsbevoegdheden in de context van de toepassing waarvan participatie als bedoeld in art. 6 EVRM kan plaatsvinden. In het algemeen moet gelden dat bij de daarbij gemaakte afwegingen, niet is uitgegaan van de sterke verbinding tussen de participatievormen en art. 6 EVRM. De erkenning van dat raakvlak zou thans moeten leiden tot een heroverweging van de in plaats gestelde beperkingen, met het oog op de verruiming daarvan. De gemaakte proportionaliteitsafwegingen zijn immers gebaseerd op het (intern) gevaarzettende karakter van de ter zake doende bevoegdheden: dat zij ook nog een mensenrechtelijk verdedigingsbelang raken moet thans ook in die afwegingen worden betrokken

5) Toepassingen die vallen onder risicocategorie C

Bij categorie C, de verboden participatievariant, is er altijd sprake van ontoelaatbare uitlokking. Een verdragsconforme en verdragsconformiteit bevorderende wettelijke regeling dient het absolute karakter van het Straatsburgs verbod ter zake helder tot uitdrukking te brengen. Ook dient wettelijk voorgeschreven te zijn dat de schending van het uitlokverbod tot de algehele verwerping van bewijsgebruik moet leiden. De gevolgen die aan een overtreding van het uitlokverbod moeten worden verbonden, staan thans niet bij voorbaat vast, want zij worden bepaald via de rechterlijke toetsing in art. 359a WvSv. In die zin schiet de wet tekort in het dwingend opleggen van fatale effecten van een schending van het uitlokverbod. Komt dan het uitlokverbod, als absolute norm, zelf in voldoende mate tot uitdrukking in de wet?

Hierboven is gesteld dat het uitlokverbod in de wet gestalte krijgt via de bij de wettelijke regeling van infiltratie, en de pseudokoop en -dienstverleningsbevoegdheden opgenomen verdenkingscriteria, waaronder de het Tallon-

174 Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, p. 34.

175 Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, Motie inzake een verbod voor de politie en het OM op het inzetten van criminele burgerinfiltranten, Kamerstukken II, vergaderjaar 1998-1999, 25 403 en 23 251, nr. 33.

176 Criminaliteitsbeheersing, Brief van de Minister van Justitie, 10 maart 2003, Kamerstukken II, vergaderjaar 2002-2003, 27 834, nr. 28., p. 1.

criterium. Dat criterium wordt in de Memorie van Toelichting bij de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden – ten opzichte van de infiltratie – aldus uitgelegd.

> 'De infiltrant mag het verrichten van bepaalde handelingen door de verdachte, noodzakelijk voor het bewijzen van strafbare feiten, wel ensceneren, maar het moet blijken dat de verdachte ook zonder tussenkomst van de infiltrant tot het plegen van deze of soortgelijke feiten zou zijn gekomen. De infiltrant maakt de bij de verdachte bestaande opzet slechts zichtbaar. De gerichtheid van de opzet van de verdachte kan blijken uit concrete inlichtingen, afkomstig van een betrouwbaar gebleken bron – bijvoorbeeld een informant – die aangeven dat een verdachte voornemens is of bezig is strafbare feiten te plegen. Het is daarnaast van belang te beschikken over gegevens die het meer waarschijnlijk maken dat bedoelde concrete inlichtingen juist zijn. In dit verband kan gedacht worden aan informatie inhoudende dat de verdachte eerder is veroordeeld voor eenzelfde delict, of bij de politie als pleger van een soortgelijk delict als het op te sporen delict bekend staat. Achteraf moet dus kunnen worden vastgesteld dat de verdachte de misdrijven ter zake waarvan hij wordt vervolgd, ook zou hebben begaan als de infiltrant er niet was tussen gekomen. Aan infiltratie is inherent dat sprake kan zijn van beïnvloeding van het opereren van de groep van personen waarin wordt geïnfiltreerd. Om geloofwaardig te zijn dient de infiltrant vaak een actieve rol te spelen in de groep. Hij dient betrokken te raken bij de groep van personen of de criminele organisatie om er vervolgens deel van uit te gaan maken, zodat hij informatie en bewijsmateriaal kan vergaren die nodig is in het belang van het onderzoek. Bovengenoemde voorwaarde beoogt te verzekeren dat de infiltrant bij zijn optreden personen niet verleid tot strafbare gedragingen waarop hun opzet niet reeds tevoren was gericht. Daarbij behoeft het niet alleen te gaan om misdrijven die door deze personen worden gepleegd, maar het kan ook gaan om misdrijven die worden beraamd. Het optreden van de infiltrant mag er niet toe leiden dat deze personen misdrijven gaan beramen waar zij zonder tussenkomst van de infiltrant niet toe gekomen waren'.[177]

Het Tallon-criterium ziet dus op toekomstige feiten en heeft betrekking op feiten waaraan de verdachte en de participant gezamenlijk zullen participeren. Ondanks dat de bevoegdheden van infiltratie, pseudokoop en -dienstverlening zien op een ruimere categorie van handelingen dan die vallen onder de participatienorm, is het Tallon-criterium wél tot het participatiefenomeen beperkt. Het ziet op het gevaar dat de verdachte op een wijze wordt beïnvloed dat hij strafbare feiten pleegt die hij zonder de tussenkomst van de participant niet had gepleegd.

In de uitwerking van het criterium lijkt belang te worden gehecht aan vergelijkbare factoren als die in de Straatsburgse rechtspraak een bepalende rol kunnen spelen. Genoemd wordt dat participatie mogelijk is wanneer er voldoende betrouwbare informatie bestaat dat de verdachte strafbare feiten

177 Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, p. 31-32.

reeds pleegt of voornemens is dat te doen. Ook wordt betekenis toegekend aan het bestaan van een redelijk vermoeden ten aanzien van de predispositie van de verdachte.

Dergelijke factoren worden evenwel niet in een helder kader uiteengezet. Onduidelijk is of zij worden gezien als alternatieve of cumulatieve criteria, welke mate van participatie aanvaardbaar wordt geacht, in hoeverre strafbare deelneming buiten uitlokking mogelijk is en wat precies onder 'het brengen tot andere strafbare feiten dan die waarop zijn opzet reeds was gericht' moet worden begrepen. Merkwaardig is bovenal de laatste opmerking bij het hierboven weergegeven citaat, namelijk dat het Tallon-criterium ook ziet op een verbod verdachte te brengen tot het *beramen* van feiten waartoe zij niet waren gekomen zonder de tussenkomst van de infiltrant. Moet dat zo worden opgevat dat het Tallon-criterium verder gaat dan een uitlokverbod, maar ook betrekking heeft op andere vormen van strafbare deelneming en zelfs het brengen van verdachte tot niet strafbare beraming? Het Tallon-criterium heeft dus los van de rechterlijke interpretatie zelfstandig weinig betekenis. Op die rechterlijke interpretatie wordt hieronder in paragraaf 5.4.9. ingegaan.

6) Particuliere participatie en uitlokking

In de nationale wettelijke regeling is voorzien in de mogelijkheid dat burgers worden ingezet in het kader van participatie als bedoeld in art. 6 EVRM. Dat optreden van burgers die bijstand verlenen aan de opsporing, dient echter vanuit het perspectief van art. 6 EVRM niet op andere wijze te worden beoordeeld dan als participatie door opsporingsambtenaren zelf. Het optreden van burgers in het kader van de bijstandverlening als bedoeld in titel VB van het eerste boek van het Wetboek van Strafvordering wordt immers beheerst door een overeenkomt die wordt gesloten met de officier van justitie. Toepassing van de burgerbijstand valt ook onder de verantwoordelijkheid van de officier van justitie. Ook al zou dat laatste niet worden erkend in het nationale recht, de wijze waarop de burger bij de bijstandverlening is ingezet, zal er altijd toe leiden dat de overheid dermate betrokken is bij het optreden van de burger, dat zijn handelingen zullen worden toegerekend aan de overheid.

Burgerparticipatie in het kader van bijstandverlening zal dus alleen niet als overheidsoptreden kunnen worden aangemerkt wanneer de burger daarbij de grenzen van overeenkomst en de aan hem meegegeven opdracht (bij de inzet van een burger moet in het bevel steeds limitatief zijn omschreven tot welke handelingen toestemming wordt gegeven) zou overschrijden en eigen initiatieven zou ontplooien bij de participatie. In een dergelijke situatie kan de officier van justitie tot vervolging van de bijstand verlenende burger overgaan, hij kan echter ook besluiten de resultaten van het optreden van de burger als bewijs te gebruiken.

In dat geval geldt mogelijk de laksere standaard die het Hof aanhoudt bij de toetsing van participatie die (volledig) op eigen initiatief van burgers is uitgevoerd. Dat maakt de burgerparticipatie zeer verzuimgevoelig: als er van

uit kan worden gegaan dat de toetsing veel minder strikt zal zijn wanneer de burger zelfstandig onderzoek doet, kunnen de strikte voorwaarden die gelden voor overheidsparticipatie worden geneutraliseerd door de burger een beperkte opdracht mee te geven en later wel afstand te nemen van door hem nader uitgevoerde handelingen, doch niet van het daarmee verkregen bewijs.[178]

5.4.8.2 Conclusies over de wettelijke regeling

De regeling van infiltratie, pseudokoop en -dienstverlening ziet op meer situaties dan die vallen onder de participatienorm in art. 6 EVRM. Het kan niet bezwaarlijk worden geacht dat de wet een ruimere regeling geeft dan wordt verlangd door de participatie normen in art. 6 EVRM, zeker wanneer de overige situaties waarop de bevoegdheden zien, moeten worden geacht een zelfstandig gevaarzettend karakter te hebben vanuit het perspectief van het eerlijk-procesrecht. Er is alle aanleiding om ook de situatie waarin andere strafbare feiten worden gepleegd door of vanwege de overheid ten behoeve van informatie- en bewijsvergaring – een situatie die niet relevant is onder *participatie* als bedoeld in het verdrag – in de wet te regelen.

Wel is bezwaarlijk dat de regeling zo breed is opgesteld dat de daarin voorziene normering niet zichtbaar toegespitst is op de verschillende situaties waarop de bevoegdheden zien. In de wettelijke regeling van infiltratie, pseudokoop en -dienstverlening komen de concrete verdragsrechtelijke participatienormen niet helder tot uitdrukking.

Net zo min komt in de wet tot uitdrukking dat participatie als bedoeld in art. 6 EVRM zich ook kan voordoen in een context van stelselmatige inwinning van informatie en gecontroleerde aflevering of doorlating. Daardoor wordt bij de toepassingen de Tallon-eis niet gesteld en is overigens het participatiekarakter bij die toepassingen, wanneer dat karakter zich manifesteert, niet als zodanig herkenbaar.

Bij participatie geldt, evenals dat het geval is bij schendingen of gevaarzettingen van het zwijgrecht, dat zij eigenlijk boven de kaders van een bepaalde methode uitstijgt, ofwel zij is niet goed te koppelen aan bepaalde bijzondere opsporingsbevoegdheden.

Revisie van de wet, zodat de participatienorm in de zin van art. 6 EVRM wel helder tot uitdrukking komt, is daarom wenselijk. Het meest voor de hand liggend lijkt daarbij te zijn de keuze voor een algemene regeling van de participatienorm, los van de specifieke bijzondere opsporingsbevoegdheden.

Wenselijk is voorts dat een heroverweging plaatsvindt van de in de wet verwerkte waarborgen en proportionaliteitsbegrenzers, met de erkenning van het raakvlak dat het participatiefenomeen heeft met art. 6 EVRM. In het bijzon-

178 De burgerparticipatie is bovendien niet alleen verzuimgevoelig, maar brengt de bijstand verlenende burger zelf in een zeer onzekere rechtspositie.

der moet de eis van een rechterlijke machtiging, maar ook van rechterlijk toezicht in de context van een gerechtelijk vooronderzoek – dat ook algemeen wenselijk moet worden geacht bij alle bijzondere opsporingsonderzoeken – in de wet worden opgenomen.

Wat de participatienorm zelf betreft, de wettelijke omschrijving van de beperkingen die in het verband van infiltratie, pseudokoop en -dienstverlening worden gesteld, in de vorm van het Tallon-criterium, is zelfstandig te weinig duidelijk. Niet blijkt uit dat criterium wat de betekenis is van het 'niet brengen tot andere strafbare feiten'. Evenmin is duidelijk of andere vormen van strafbare deelneming dan de uitlokking zijn toegestaan en wanneer ervan kan worden uitgegaan dat de verdachte reeds opzet had op het uiteindelijk gepleegde delict. Mogelijk levert dat criterium meer beperkingen op dan de Straatsburgse normen ten aanzien van participatie. Zo ja, dan zou dat moet worden toegejuicht. Dat moet echter dan wel duidelijk blijken uit de wet. Anders dreigt die hogere beschermingsstandaard dan die in het verdrag wordt voorzien, verloren te gaan.

Beschouwing van de uitwerking van het Tallon-criterium in de rechtspraak zal een nader oordeel mogelijk maken over de duidelijkheid van het criterium en de verhouding tussen de nationale beschermingstandaarden tot die van art. 6 EVRM. Op die uitwerking wordt hieronder ingegaan.

5.4.9 Uitwerking van het Tallon-criterium in de nationale rechtspraak[179]

1) Het Tallon-criterium en het Straatsburgs uitlokkingsverbod

In 1978 werd de Amsterdamse rechtbank eerst geconfronteerd met de, blijkens de toelichting van de Procureur-Generaal later in zijn cassatieberoep in deze zaak,[180] tot dusver in de rechtspraak onbekende methode van infiltratie.[181,182] Bij aanhouding werd 480 cocaïne in beslag genomen. In het proces-

179 Zie over andere aspecten van infiltratie dan het Tallon-criterium: HR 14 maart 2000, NJ 2000, 519 m.nt. YB; HR 14 maart 2000, NJ 2000/520, m.nt. YB; HR 30 september 2003, NJ 2004, 84, m.nt. YB; HR 7 oktober 2003, NJ 2004, 118, m.nt. YB; HR 7 oktober 2003, NJ 2004, 118, m.nt. YB.

180 Het cassatieberoep is in deze zaak niet alleen ingesteld door de verdachte, maar ook door de procureur-generaal bij het Hof die geen bezwaar had tegen het als wettig bewijsmateriaal bezigen van de verklaringen van de undercover-agenten, maar daarover zekerheid wilde. Ook maakte het openbaar ministerie bezwaar tegen de motivering van de niet niet-ontvankelijk verklaring.

181 Die toelichting luidde als volgt: '(...) Sinds jaar en dag is deze opsporingsmethode bij sommige typen delict (met name die, waarmee de georganiseerde onderwereld zich bezighoudt, zoals (groot)handel in verdovende middelen en in vuurwapens enz.) ook in Nederland gebruikelijk. Tot dusver echter placht zij om tactische redenen verborgen te blijven. Dit kon, doordat zij veelal leidt tot aanhouding op heterdaad van verdachten met belastend materiaal bij zich. Vrijwel altijd vloeit daaruit een bekentenis voort, zodat de voorgeschiedenis van die aanhouding, welke uit een oogpunt van bewijsvoering dan haar belang heeft verloren, niet in het p.v. van het opsporingsonderzoek wordt opgenomen. In de zaak-T.

verbaal van aanhouding, doorzoeking en inbeslagneming werd gerlateerd verbalisanten hadden waargenomen dat:

> '(...) dat op 9 mei 1978 werd gezien dat een meisje en de hun bekende R.K. uit de T.J.S. te Amsterdam in de richting van een in de T.J. v.d. H. straat geparkeerde Volkswagen liepen; dat het meisje een witte plastic tas droeg en zich daarmee naar die auto begaf; dat kort hierop het meisje met dezelfde plastic tas van de auto wegliep; dat intussen K. in de omgeving was blijven rondlopen, terwijl een andere man de gehele tijd in de Volkswagen was blijven zitten;dat zij, verbalisanten, hierop het meisje, dat S.P.V. bleek te heten, de man die in de auto was blijven zitten, die B.A.T. bleek te heten, en R.K. hebben aangehouden (...)'.

Aanleiding voor de aanhouding lag evenwel niet enkel in de in dat verbaal gerelateerde feiten en omstandigheden. Een opsporingsonderzoek naar de verdachte was gestart in de Verenigde Staten toen hij via de bemiddeling van een informant in contact was gekomen met een undercoveragent, die hem vervolgens in contact had gebracht met zijn in Nederland gestationeerde collega. Die laatste agent had in samenwerking met de Amsterdamse narcotica-brigade het opsporingsonderzoek verder in Nederland uitgevoerd.

In deze zaak – de Tallon-zaak – zou het criterium worden geformuleerd aan de hand waarvan in de nationale rechtspraak, dus lang voordat een wettelijke regeling voor de bijzondere opsporingsbevoegdheden zou worden getroffen, onderscheid wordt gemaakt tussen geoorloofde en ongeoorloofde participatievormen. Dit jurisprudentiële criterium zou door de wetgever worden overgenomen en verwerkt in de wettelijke regeling van de bevoegdheden ten aanzien van infiltratie, pseudokoop en -dienstverlening. De rechtbank Amsterdam, die genoodzaakt werd in een volledige normeringslacune tot een beoordeling van het optreden van de undercoveragenten te komen (er bestond terzake immers geen enkele regeling of rechtspraak), legde de volgende overwegingen ten grondslag aan haar – goedkeurend – oordeel.

Niet de bij het onderzoek betrokken opsporingsambtenaren, zo legden de opsporingsambtenaren uit, maar de verdachte had het initiatief genomen tot het strafbaar feit. De rechtbank zag de relevantie van dat gegeven in. De verdachte was immers niet gebracht in een positie, waarin hij niet kon terugkomen op zijn voornemen zich schuldig te maken aan strafbaar handelen met betrekking tot harddrugs. Ook kon niet worden gezegd dat de verdachte een

---

is daarentegen het gehele opsporingsonderzoek blootgelegd, om redenen die hier niet ter zake doen. De rb. En het Hof in Amsterdam hebben in deze zaak het optreden van 'under-cover-agents' aanvaard. Juist omdat deze modus operandi nog niet eerder aan de rechter is voorgelegd, acht het OM het van belang, dat ook Uw Raad in de gelegenheid wordt gesteld zich hierover uit te spreken. Alleen om deze redenen wordt het eerste cassatiemiddel voorgedragen'.

182 Rechtbank Amsterdam, 20 september 1978, NJ 1978, 651.

soortgelijk delict niet zou hebben gepleegd, zonder de tussenkomst van de opsporingsambtenaren.

Bij dergelijke, ernstige feiten kan het, aldus de rechtbank, voor een doelmatige opsporing gerechtvaardigd zijn dat opsporingsmiddelen worden ingezet, die een verdergaande inbreuk maken op de rechten en de vrijheid van individuen dan gebruikelijke opsporingsmiddelen. Voorwaarde is daarbij a) dat van de gebruikelijke opsporingmiddelen alleen geen resultaat is te verwachten, b) het optreden controleerbaar en met de nodige waarborgen is omkleed en c) dat het optreden niet in strijd komt met de wet.

Vastgesteld kon worden dat de opsporingsambtenaren zorgvuldig hadden opgetreden, in voortdurend en nauw overleg met hun superieuren waren gebleven en het openbaar ministerie van de gang van zaken op de hoogte was gehouden en aldus de gelegenheid had gehad voorwaarden te stellen aan het optreden van de functionarissen en eventueel (verder) optreden te verbieden indien dat nodig mocht zijn geweest. De uitvoering van de methode was derhalve voortdurend onder de controle van de verantwoordelijke autoriteiten geweest en was ook achteraf controleerbaar voor de rechter. Van de gebruikelijke opsporingsmethoden was *in casu* ook geen resultaat te verwachten en aldus werd het optreden van de undercoveragenten goedgekeurd.

Alle elementen die het Hof thans laat meewegen in participatiebeoordelingen komen terug in de uitspraak van de rechtbank, behoudens één aspect, namelijk dat het optreden van de undercoveragenten het eerlijk-proces-recht raakt. Spil in de beoordeling van het optreden was het gegeven dat de verdachte niet was gebracht tot andere feiten dan die waarop zijn opzet reeds was gericht. De rechtbank liet meewegen dat het initiatief tot het delict van de verdachte was uitgegaan en dat hij daarom niet oneigenlijk was beïnvloed door de opsporingsambtenaren. In hoger beroep zou het Hof de predispositie van de verdachte om een soortgelijk delict te plegen benadrukken.[183] Vastgesteld kon worden dat, voordat de verdachte door de eerste agent was benaderd, hij (1) tot tweemaal toe bij een transactie in verdovende middelen betrokken was geweest, ten aanzien van één van die transacties in Thailand gevangen was genomen en terzake van de andere transactie verantwoordelijk was gesteld voor de diefstal van verdovende middelen ter waarde van $ 6000; (2) teneinde dat bedrag terug te verdienen zich had gewend tot een vriend, omdat hij dacht dat deze contacten had in de onderwereld en (3) het bedrag van $6000 zeer dringend nodig had, omdat hij door de eigenaren van de gestolen verdovende middelen onder zware druk werd gezet. Bovendien had de eerste opsporingsambtenaar die de verdachte had benaderd, inlichtingen van een bron, van wie hij gedurende 12 jaar steeds betrouwbare informatie had gekregen, dat verdachte hem zou hebben benaderd met aanbod om verdovende middelen te leveren.

183 Hof Amsterdam, 2 februari 1979, NJ 1979, 211.

In cassatie was de Hoge Raad kort en bondig. De eis dat de verdachte door het optreden van een undercoveragent niet kan worden gebracht tot andere handelingen dan waarop zijn opzet reeds werd gericht, werd overgenomen. De Hoge Raad overwoog echter ook het volgende: de stelling dat indien opsporingsambtenaren, gedekt door het openbaar ministerie, het strafbaar feit waarvoor wordt vervolgd, uitlokken en medeplegen, het openbaar ministerie in zijn vervolging niet-ontvankelijk zou behoren te worden geacht, vindt, in haar algemeenheid, geen steun in het recht.[184]

2) Opzet in strafvorderlijke zin

Het Tallon-criterium kan dus aldus worden gelezen dat deelneming aan strafbare feiten door of vanwege de overheid (en dan is het om het even met welke vorm van deelneming dat 'brengen tot' gepaard gaat) acceptabel is, indien de verdachte reeds opzet heeft op het plegen van soortgelijke delicten. Dat is een bijzondere vorm van opzet, daar het niet gericht kan zijn op het specifieke delict dat samen met de participant wordt gepleegd: het opzet moet immers aanwezig zijn geweest voordat de verdachte in aanraking kwam met de participant.

Remmelink spreekt in dit verband over het '*generieke*' of '*hypothetische*' opzet, dat niet valt onder '(...) een voor het strafrecht relevant opzet gericht op een concreet strafbaar feit, maar met de sterke neiging ('predispositie') van de verdachte om, zo hem een aanvaardbaar aanbod in dit soort zaken gedaan wordt, toe te happen'.[185]

---

184 HR 4 december 1979, NJ 1980, 356.

185 D. Hazewinkel-Suringa/J. Remmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlands Strafrecht, 15de druk, p. 217-218. Zie over de strafbaarheid (of straffeloosheid) van de uitlokkkende participant, ibidem, p. 463-463. Een parallel bestaat Remmelink met de figuur van de uitlokking van poging, dat wil zeggen, niet de situatie waarin de uitgelokte minder ver is gegaan dan de uitlokker heeft gewild en niet verder is gekomen dan een poging, (in dat geval blijkt de uitlokker gewoon strafbaar: het mindere zal dan in het meerdere begrepen moeten worden en de uitlokker zal als zodanig voor het minder ernstige strafbare feite aansprakelijk zijn), maar die waarin de uitlokker juist *alleen een poging* heeft *willen* uitlokken. Remmelink kan zich vinden in de Duitse rechtspraak waarin deze vorm van uitlokking niet strafbaar wordt geacht, omdat als voorwaarde voor strafbaarheid wordt gezien dat de uitlokker 'gemikt' moet hebben op het voltooide delict. (Remmelink begrijpt Jescheck in deze zin: Jescheck, p. 687; Sch.-Schr., p. 443; Vos, p. 203; Zevenbergen, p. 255). '(E)venals de poger zelf het voltooide feit moet willen, zo zal ook de man, die hem daarop brengt die wil gehad moeten hebben. Wie slechts uitlokt tot poging, lokt dus niet uit het feit, dat de wetgever strafbaar heeft gesteld'. Als dit standpunt juist zou zijn, kan volgens die weg worden getracht '(...) bepaalde uitlokkingspraktijken van de lokbeambte, Lockspitzel, agent provocateur, lokvink, infiltrant of undercoveragent (...)' als niet strafbare feiten te kwalificeren. Daarbij zal er echter – gelet op de erkenning van de dolus eventualis – moeten worden aangenomen dat de desbetreffende agent erop mocht vertrouwen dat het gevolg niet zou intreden, althans dat het delict niet zou worden voltooid. Het figuur van de infiltrant of pseudo-koper of dienstverlener zal inderdaad samenvallen met die van de uitlokker van een poging waar er geen intentie bestaat om de verdachte het delict te laten voltooien, maar hem net zo ver te laten gaan dat hij kan worden aangehouden bij de poging tot de vol-

Aldus bezien moet het generieke of hypothetische opzet in strafvorderlijke termen worden geduid, namelijk als voorwaarde bij de inzet van participatie. Gesteld is hierboven dat het Tallon-criterium ook in zekere zin kan worden gezien als een *sui generis* verdenkingseis: er kan pas tot participatie worden overgegaan indien er goede aanleiding is om ervan uit te gaan dat de verdachte een predispositie heeft tot het plegen van strafbare feiten. Die verdenkingseis lijkt ook de verdenking als bedoeld in art. 126o en art. 132 WvSv, namelijk het redelijk vermoeden van het beramen of plegen van strafbare feiten. Opsporing is op basis van dat verdenkingscriterium mogelijk wanneer een redelijk vermoeden bestaat dat minstens de subjectieve kant van het delict al gestalte heeft gekregen (immers, de verdachte is al tot beramen) overgegaan, waardoor het aanvaardbaar is onderzoek te doen terwijl hij ook de objectieve kant van

---

tooiing van het delict. Dat is echter anders indien wordt toegestaan dat het delict wel wordt voltooid, en de aanhouding pas daarna plaats zal vinden. Bovendien, en zo merkt ook Remmelink op, bij veel delicten, met name formele delicten, is er welhaast geen sprake van een pogingsfase en zal de uitlokking altijd het voltooide delict omvatten. (Remmelink, met verwijzing naar: Abbink/Bakker, NJB 1980, p. 542, H.G. Krabbe, Daderschap en deelneming, 1985, p. 112, en Jescheck, p. 686). De strafbaarheid van de gedraging kan ook worden 'weggedacht; via de optiek van het 'wegdenken' van het gevaar: '(...) schoon het plegen van een strafbaar feit nagenoeg altijd tevens inhoudt schending of gevaarzetting van het rechtsgoed door de betrokken strafbaarstelling beschermd (...), (zou) in dit geval juist die strekking ontbreken, nu alles erop gericht was dít rechtsgoed te beschermen (...)'. Wel acht hij daarbij voorwaardelijk dat vaststaat dat het gaat om '(...) ernstige situatie van op andere wijze niet of nauwelijks te bestrijden criminaliteit, waarbij men zich niet richt tot een 'innocent person'. Onder die omstandigheden acht hij denkbaar dat hier een toelaatbaar risico wordt genomen en dat het 'gevaar' voor het betreffende rechtsgoed niet aanwezig wordt geacht te zijn. Een derde mogelijkheid formuleert hij als volgt: ervan uitgaande dat gevaar een normatief begrip is, dat afhankelijk is van belangenafwegingen, zou de rechter dan '(...) na vaststelling van dit alles, eventueel met verwijzing naar soortgelijke opsporingsmethoden, door de justitie in andere cultuurstaten aanvaard, kunnen oordelen, dat hier een contrariërende norm geldt, op grond waarvan de formele vervulling van de bestanddelen van het strafbare feit in dit geval gerechtvaardigd zou kunnen worden geacht'. De wederrechtelijkheid ontvalt dus dan aan de gedraging, hetgeen ook bereikt kan worden via de werking van de rechtvaardigingsgronden het voldoen aan een ambtelijk bevel in de zin van art. 43 WvSr en/of de uitvoering van een wettelijk voorschrift in de zin van art. 42 jo. art. 2 Politiewet 1993 (daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde). In geval de bevoegdheid van het bevel respectievelijk de legitimiteit van het voorschrift wordt aangevochten, blijft het mogelijk om de agent verontschuldigd te achten op grond van de schulduitsluitingsgronden van te goeder trouw onbevoegd gegeven ambtelijk bevel uitvoeren in de zin van art. 43 lid 2 respectievelijk de AVAS. (In de Memorie van Toelichting bij de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden is inderdaad geopteerd voor de rechtvaardiging of schulduitsluiting via art. 43 WvSr). Een strafvorderlijke optie (en laatste redmiddel) is dan de keuze door het openbaar ministerie om niet tot vervolging over te gaan, waarbij dat soms zelfs niet mogelijk zal zijn zoals in het geval het gaat om een buitenlander aan wie de diplomatieke status is verleend. 'Fraaier' is het echter, zo meent Remmelink, wanneer het toch de rechter kan zijn die kan vaststellen dat er door de undercover-agent geen strafbaar feit is begaan. De stelling, dat er van uitlokking geen sprake is, omdat er bij de verdachte wél sprake is van hypothetische of generieke opzet, betekent niet dat de strafbare uitlokking door de agent daarmee is 'weggepoetst'. Immers: daar gaat het niet om concreet opzet in materieelrechtelijke zin; '(u)itlokking, en daarmee strafbaarheid is niet uitgesloten'.

het delict verwezenlijkt. De participatiebevoegdheden staan toe dat daarbij die objectieve verwezenlijking kan worden gefaciliteerd. Feitelijk wordt dan bij pro-actief onderzoek in het algemeen uitgegaan van een opzet van de verdachte op bepaalde delicten. Het verschil tussen dat verdenkingscriterium en het Tallon-(verdenkings)criterium is dan dat in het tweede geval geen redelijk vermoeden bestaat dat zich bij de verdachte reeds opzet heeft gemanifesteerd ten aanzien van een concreet delict, (tenzij het gaat om de situatie waarin hij het initiatief neemt of reeds met de uitvoering is begonnen), maar dat zijn achtergrond voldoende aanleiding geeft om tot een participatieonderzoek over te gaan om te zien of hij bereid zal zijn een strafbaar feit te plegen.

Zo bezien, kan het generieke opzet zo worden uitgelegd dat het in de plaats komt van het werkelijke opzet van de verdachte op het delict dat binnen de context van de participatie werd gepleegd. Het opzet op het tenlastegelegde delict was vóór de participatie niet aanwezig bij de verdachte. Dat kan ook niet, want van een delict was geen sprake tot de tussenkomst van de participant. Ongeacht nu wat de participant moest doen om de verdachte te brengen tot het delict (uitlokking of tot medeplegen overgaan), het eigenlijke opzet dat de verdachte had op het tenlastegelegde delict bij de beoordeling van het strafvorderlijk optreden wordt weggedacht en vervangen door een generiek opzet. Of hij nu uitgelokt is of niet, strafvorderlijk bezien is dus van belang of bij de verdachte een generiek opzet kan worden vastgesteld. Zo ja, dan kan het via uitlokking opgewekte opzet worden weggestreept: dat er sprake is geweest van uitlokking doet niet ter zake, omdat het bestaan van generieke opzet, het optreden rechtvaardigt. Materieelrechtelijk blijkt evenwel het eigenlijke (al dan niet opgewekte) opzet wel van belang: een verdachte kan immers op basis van generiek opzet niet worden veroordeeld. Zo bezien vertegenwoordigt het Tallon-criterium de laagst mogelijke verdenkingsstandaard: het is de persoon van de verdachte zelf en niet zijn courante handelingen die het onderzoek rechtvaardigen. Feitelijk komt het Tallon (verdenkings)criterium, zoals alle verdenkingsstandaarden, neer op een proportionaliteitsoverweging: participatie is aanvaardbaar indien de verdachte actief aanleiding geeft tot onderzoek, door zijn subjectieve gesteldheid ter zake ten toon te spreiden, maar ook indien zijn achtergrond en persoonlijke omstandigheden zodanig zijn dat ervan uit kan worden gegaan dat hij steeds bereid zal zijn gestalte te geven aan zijn reeds aanwezige generieke opzet.

In die interpretatie van het Tallon-criterium behoeft de uitlokking van de verdachte – in materieelrechtelijke zin – dus niet uitgesloten te zijn. De uitspraak van de Hoge Raad in de Tallon-zaak noopt dan ook tot de conclusie dat uitlokking inderdaad als aanvaardbaar wordt geacht, mits generiek opzet

bij de verdachte aanwezig kan worden geacht. Het gaat daarbij ook niet om gedateerd oordeel, de Hoge Raad blijft dat standpunt handhaven.[186]

3) Verhouding tot het Straatsburgs uitlokkingsverbod

In de nationale rechtspraak worden bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van participatietoepassingen dezelfde criteria gebruikt als die door het EHRM worden gehanteerd, evenwel op het punt van de toelaatbaarheid van de uitlokking worden tegenstrijdige resultaten bereikt. Dat doet twijfel rijzen of het EHRM zelf ook niet ervan uitgaat dat uitlokking in *materieelrechtelijke* zin wel aanvaardbaar is, als er maar geen sprake is van uitlokking in *strafvorderlijke* zin (dus zonder dat uitgegaan kan worden van een generiek opzet).

De uitkomst lijkt te moeten worden gevonden in het terzijde stellen van het materieelrechtelijke uitlokkingsconcept en uitsluitend uit te gaan van de voorwaarden die gelden bij het strafvorderlijke uitlokkingsconcept. Dan is het niet belangrijk of een verschil van standpunten bestaat tussen de Hoge Raad en het EHRM ten aanzien van de aanvaardbaarheid van *uitlokking in materieelrechtelijke zin*, maar of de strafvorderlijke criteria die door de beide gerechten worden aangehouden bij de beoordeling van de geoorloofdheid van participatievormen – los van de vraag hoe de categorie van ongeoorloofde vormen moet worden aangeduid – overeenstemmen en op gelijke wijze worden toegepast. Komt de Hoge Raad in gelijke gevallen uit bij hetzelfde oordeel dat het Hof zou bereiken?

Bij de Tallon-zaak zelf is de rechterlijke beoordeling volledig in overeenstemming met de Straatsburgse criteria. De gebezigde criteria stemmen, als gezegd, overeen. In zijn uitgebreide conclusie bij HR 26 september 2000, NJ 2000, 739 stelt omschrijft Advocaat-Generaal Jörg het Tallon-criterium als volgt: het

186 Zie HR 23 januari 2001, NJ 2001, 218, waarin het oordeel van het Hof Amsterdam dat de verdachte niet was gebracht tot andere feiten dan die waarop zijn opzet was gericht, niet onbegrijpelijk en overigens niet toetsbaar in cassatie achtte. Daaraan voegde de Hoge Raad het volgende toe: '(d)aarbij verdient nog opmerking dat uitlokking door een (burger-)infiltrant niet in de weg behoeft te staan aan het oordeel dat een verdachte door dergelijk optreden niet is gebracht tot andere strafbare feiten dan waarop zijn opzet reeds tevoren was gericht' (r.o. 4.3.). Zie ook de conclusie van Advocaat-Generaal bij HR 26 september 2000, NJ 2000, 739, m.nt. Sch., (16): '(o)p zichzelf staat het Tallon-criterium niet op gespannen voet met uitlokking door een pseudokoper. Indien een verdachte die uitkijkt naar een afnemer voor zijn verdovende middelen, wordt benaderd voor een concrete transactie, wordt hij in strafrechtelijke zin uitgelokt zonder dat kan worden gezegd dat zijn opzet daarop niet was gericht. Het gaat er om dat wordt vastgesteld dat de pseudokoper zich niet van in dit verband ongeoorloofde methodes heeft bediend. Zo is er uiteraard altijd sprake van misbruik van vertrouwen, maar niet elk misbruik zal toelaatbaar zijn. Men kan zich ook wel voorstellen dat een verdachte dusdanig wordt klem gezet, dat weerstand nauwelijks geëist mag worden. In de Amerikaanse en Duitse literatuur zijn hiervan stuitende voorbeelden te vinden (*Sorrells v. United States*, 287 US 435 (1932); *Jacobson v. United States*, 112 S.Ct. 1535 (1992); BGH 13.10.1994, StV 1995, 131; BGH 12.1.1995, StV 1995, 248). De aard (dreigen met geweld bijv.) en de intensiteit van het optreden (ergerlijk misbruik van vertrouwen) zijn aspecten die bij dit objectieve element in de beschouwing moeten worden betrokken'.

> '(...) lijkt drie elementen te bevatten: een subjectief element waarbij het gaat om het opzet van de verdachte; een objectief element waarbij het gaat om de vraag naar het optreden van de pseudokoper; en een temporeel element, deels samenvallend met het subjectieve element, en waarbij het gaat om het vaststellen van de wilsinhoud van de verdachte ex ante'.

Dat valt samen met de Straatsburgse kaders. Van belang is hetgeen vastgesteld kan worden over (1) de wil van de verdachte ten aanzien van het delict, (dat moet het blijken uit het gegeven dat hij het initiatief nam, reeds tot uitvoering was overgegaan of een predispositie had en hoe hij reageerde op het delict); (2) hoe actief het optreden van de participanten was. Uiteindelijk is doorslaggevend de causale relatie tussen het optreden van de participant en het plegen van het strafbaar feit door de verdachte.

Al die factoren spelen in de rechtspraak van het EHRM en de Hoge Raad een rol. Daarmee is echter niet gezegd dat die beoordelingscriteria, dus die in beide sferen, duidelijk zijn. Jörg zet in zijn voornoemde conclusie treffend uiteen tot welke nadere vragen die criteria aanleiding geven.

Waar participatie wordt gerechtvaardigd door het initiatief van de verdachte, kan de vaststelling van de feiten ter zake bijzonder problematisch zijn. Dat was het geval in het arrest waarin Jörg concludeerde. Uit een gesprek tussen een pseudokoper en de verdachte moest blijken welke van de twee de ander eerst had benaderd in de context van de verkoop van cocaïne. De advocaat-generaal kwam tot een andere beoordeling van dat gesprek dan de Hoge Raad. Wanneer de participatie moet worden gebaseerd op de 'predispositie' van de verdachte, is eveneens onduidelijk wat de strekking van het 'generieke opzet' moet zijn. Dat kan volgens Jörg *niet* zijn:

> 'een geneigdheid, of, wat in Amerika wordt genoemd: predisposition, en die daar is gerelateerd aan het overtreden van de strafwet. Ons opzet is – anders dan bij de Amerikanen – kleurloos en niet boos, zodat de vraag of de wil is gericht op het overtreden van de strafwet, dan wel of men er onverschillig tegenover staat, ten onzent irrelevant is: het gaat om de wil ten aanzien van gedragingen (die strafbaar blijken te zijn). Daadwerkelijke bereidheid dus om handelend op te treden. "Geneigdheid" is als ondercriterium te vaag omdat dit begrip juist wel naar een criminele habitus verwijst. Het komt er dus op aan om vast te stellen wat de verdachte daadwerkelijk heeft gewild: wat was zijn wilsinhoud ex ante'.

Bovendien, hoe moet het 'streven' van de verdachte worden uitgelegd ten opzichte van de strafbare feiten? Is een 'een algemeen streven (...) om strafbaar te handelen', voldoende, of moet er sprake zijn van een 'streven gericht op 'delicten van dezelfde categorie (soortgelijke feiten dus) als waarvoor de verdachte terecht staat', of, moet het streven gericht zijn op het 'concrete feit waarvoor de verdachte wordt vervolgd'? De Memorie van Toelichting bij de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden 'laat ook de tweede categorie geval-

len, de soortgelijke feiten, onder het Tallon-criterium vallen,[187] aldus Jörg, waarmee 'lijkt uitgesloten te zijn dat een (algemeen) streven om strafbare feiten te plegen voldoende concreet is om onder het Tallon-criterium te kunnen worden geaccepteerd'. Evenwel, duidelijkheid daaromtrent is er niet.

Wat betreft de 'objectieve' factoren bij de beoordeling van participatie, is Jörg van mening dat 'niet de causale invloed daarvan op het handelen van de verdachte van doorslaggevend belang – die staat wel vast -, maar de aard en intensiteit van dat optreden', bepalend zijn, hetgeen betekent dat het Tallon-criterium, op zichzelf 'niet op gespannen voet (staat) met uitlokking door een pseudokoper'. Daarover is echter ook verschil van mening mogelijk. Zo ook over het 'temporele element' in die zin dat onduidelijk is of er 'tegen de betrokkene tevoren al een verdenking bestaat? Zijn aanwijzingen voldoende; of kan ook achteraf worden vastgesteld dat te voren het opzet reeds bestond?[188] Tot slot: welk gewicht moet worden toegekend aan de subjectieve en objectieve beoordelingsfactoren:

> '(a)nders dan in de Amerikaanse jurisprudentie waarin een subjectieve test (predisposition) is ontwikkeld in het kader van het verweer van entrapment, en een objectieve test inzake government's conduct in het kader van schending van due process (...), bestaat ten onzent geen technisch-processueel bezwaar om – wat ik maar noem – het subjectieve element en het objectieve element beide gelijkelijk en van meet af aan gewicht te geven.De gevaren van een eenzijdige benadrukking van predisposition zijn evident (in extremis is een strafblad al voldoende om een verweer van entrapment te weerleggen). Vanuit rechtsbeschermingsoptiek is een eenzijdige, op het undercover-handelen en daarmee op het overheidsoptreden gerichte test, minder bezwaarlijk, omdat deze aan het opsporingsapparaat een duidelijke aanwijzing geeft waar de grens ligt, en een oordeel dat dit optreden de spuigaten uitloopt niet wordt vertroebeld door de omstandigheid dat de verdachte wellicht ook geen lieverdje is. Anderzijds is onvermijdelijk dat de inhoud die aan predisposition wordt gegeven sturend is voor de wijze waarop het doelwit zal (en mag) worden benaderd. Het maakt nogal verschil of men een praktiserende drugsimporteur een zak geld aanbiedt voor de levering van heroïne, of een particulier met een gezin en een blanco strafblad, die met faillissement wordt bedreigd, benadert voor koeriersdiensten. Het Tallon-criterium biedt voldoende aanknopingspunten voor het aanleggen van de test van de "totality of circumstances": zowel het subjectieve als het objectieve als het temporele aspect vergen aandacht en evaluatie'.[189]

187 Memorie van Toelichting, Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden, p. 31.

188 De Memorie van Toelichting lijkt uit te gaan van de aanvaardbaarheid van vaststelling achteraf, ibidem.

189 Conclusie van Advocaat-Generaal Jörg bij HR 26 september 2000, NJ 2000, 739, m.nt. Sch., (21-22). Jörg ziet in de uitspraak van het EHRM in *Teixeira de Castro* een subjectieve én objectieve benadering. (Conclusie, 23).

Kortom, de nationale en de Straatsburgse rechtspraak stemmen overeen wat betreft de afbakening van de ongeoorloofde participatievormen, ook in die zin dat in beide gevallen de gebruikte criteria niet bijzonder duidelijk zijn en meer vragen oproepen dan zij beantwoorden. De uitkomst van een concrete beoordeling kan van de kleinste nuance afhankelijk zijn. De onduidelijkheid ten aanzien van de invulling van de gebruikte criteria nodigt uit tot inconsistentie in de rechterlijke beoordelingen. In dat licht bezien, moet ernstig worden betwijfeld of de effectiviteit van participatie als opsporingsmiddel een dergelijk gevaar van inconsistentie waard is.[190]

5.4.10 De verhouding tussen het nationale recht en de verdragseisen op het punt van participatie en uitlokking

Het nationale recht, de wet en de rechtspraak stemmen in belangrijke mate overeen met de Straatsburgse normen ten aanzien van participatie. Bezwaarlijk aan de nationale wettelijke regeling en de invulling van het Tallon-criterium in de rechtspraak, is evenwel dat te veel ruimte bestaat voor inconsistente beoordelingen van de geoorloofde participatievormen. Datzelfde geldt echter ook voor de Straatsburgse rechtspraak. Algemene bezwaren kunnen dus wel geuit worden ten aanzien van de duidelijkheid van de nationale normen, doch die bezwaren gelden ook voor de Straatsburgse kaders, die immers niet beter zijn uitgewerkt.

5.5 CONCLUSIES

In de confrontatie met de bijzondere opsporing heeft het EHRM art. 6 EVRM zo kunnen uitleggen dat daarin op de afwijkende bijzondere opsporingstoepassingen toegespitste normen zijn ingelezen. Dat heeft een belangrijk verruimend effect gehad op het eerlijk-proces-recht zelf. Thans worden immers door het Hof normen in die bepaling ingelezen die bij uitstek gelden bij het opsporingsonderzoek. Art. 6 EVRM, dat primair gericht is op het eindonderzoek, heeft duidelijk een bepaalde normerende werking op het opsporingsonderzoek. Die werking bestaat bij gratie van de verbinding die kan worden gemaakt naar het eindonderzoek: de eerlijkheid wordt geraakt door de schending of gevaarzetting van normen in het opsporingsonderzoek omdat de strafvervolging op de resultaten van de schendingen of gevaarzettingen is gebaseerd. De onderliggende normen echter die dat effect hebben, zijn wel degelijk aan te merken als opsporingsnormen.

---

190 Veilig lijkt te stellen dat een grote kans bestaat dat het EHRM in HR 26 september 2000, NJ 2000, 739, m.nt. Sch, indien deze zaak aan het Hof zou zijn voorgelegd, een schending van het uitlokverbod zou hebben aangenomen.

Via die opsporingsnormen en via de toetsings- en hersteleisen die gelden bij een mogelijke aantasting van die normen, heeft art. 6 EVRM dus een normerende en beschermde werking in het opsporingsonderzoek. De normerende werking in het bijzondere opsporingsonderzoek heeft in de rechtspraak van het Hof gestalte gekregen in de aangepaste lezing van het zwijgrecht als bedoeld in art. 6 lid 1 EVRM, en de formulering van de zelfstandige participatienorm, eveneens op te vatten als onderdeel van het algemene eerlijkheidsconcept.

Ten aanzien van beide normen geldt dat door het Hof binnen die normen een sfeer erkent die als absoluut wordt opgevat. Schending van de essentie van die normen brengt een fataal gevolg voor de eerlijkheid met zich mee. Gevaarzetting van die normen activeert de toetsings- en hersteleisen in art. 6 EVRM; aan die eis dient gevolg te worden gegeven om uit te sluiten dat zich geen normschending heeft voorgedaan die zou nopen tot bewijsuitsluiting.

Algemeen kan worden gesteld dat het Hof strikter omgaat met de beoordeling van de toetsing en herstel bij de gevaarzetting van de art. 6 EVRM opsporings- en participatienormen. In ieder geval speelt de hoge standaard van verdedigingsparticipatie bij beoordelingen in de context van art. 6 EVRM normen een minder zichtbare rol in de rechtspraak van het Hof. Als er sprake is van een mogelijke aantasting van een art. 6 EVRM opsporingsnorm, dan dient dat te worden getoetst, ongeacht of de inspanningen die door de verdachte zijn genomen niet als voldoende kunnen worden aangemerkt.

Dat heeft er vermoedelijk mee te maken dat desbetreffende normen in art. 6 EVRM in de kern absoluut zijn: bij de toetsing kan immers blijken dat er niet alleen sprake is van een gevaarzetting, maar ook een schending van die normen. Dat brengt met zich mee dat de rechter een eigen taak heeft om tot een zorgvuldige toetsing te komen.

De toetsings- en hersteleisen moeten bij de participatie als strikter dan wel meer uitgebreid worden opgevat dan bij beoordelingen in de context van het zwijgrecht. In verband immers met de participatienorm worden ook inhoudelijke eisen gesteld ten aanzien van de wijze waarop het opsporingsonderzoek zich dient te hebben voltrokken. Ook bij een in principe geoorloofde participatie kan het ontbreken van voorafgaande toestemming en simultaan toezicht door ten minste een aanklager ertoe bijdragen dat het oordeel over de participatie negatief uitvalt. Dergelijk eisen worden niet gesteld bij de inzet van opsporingsbevoegdheden door middel waarvan de wil van de verdachte kan worden gemanipuleerd, zodat hij zijns ondanks zelfincriminerende uitlatingen doet.

Wat de inhoud van het aangepaste zwijgrecht en de participatienorm betreft: deze zijn in de rechtspraak van het Hof diffuus. De grens tussen de herstelbare gevaarzettingen en de voor de eerlijkheid fatale schendingen van beide normen wordt bepaald door complexe en gedetailleerde criteria die zich niet goed laten transformeren naar algemene regels. Daarenboven moet ervan worden uitgegaan dat de absolute kern van die normen wel beperkt moet

worden opgevat. De sfeer van de geoorloofde, herstelbare gevaarzetting is veel groter dan de absolute verbodssfeer binnen die normen. Vaker wél dan niet wordt een bijzondere opsporingstoepassing als een enkele gevaarzettingen gekwalificeerd.

De diffuusheid van de Straatsburgse normen moet worden herleid tot de complexiteit van de afwijkende bijzondere opsporingstoepassingen en de slechte verhouding waarin zij staan tot klassieke uitgangspunten van de strafvordering. Het manipuleren van de verklaringswil van de verdachte is nu eenmaal moeilijk verzoenbaar met oorspronkelijke premissen ten aanzien van het zwijgrecht. Met het participatiefenomeen is in het strafrechtelijke en strafvorderlijke systeem een vreemde, moeizaam te plaatsen entiteit geïntroduceerd, waarvan de duiding, niet alleen in termen van strafvordering, maar ook in termen van het materiële recht bijzonder problematisch is.

De inherente complexiteit van het aangepaste zwijgrecht en de participatienorm is ook zichtbaar in het nationale recht. Ten aanzien van het zwijgrecht is geen bijzondere regeling getroffen in verband met de bijzondere opsporingstoepassingen die in dat verband problematisch kunnen zijn. In de rechtspraak zijn de aangepaste Straatsburgse normen wel overgenomen, doch die normen lijken niet bruikbaar – daar zij zich niet lenen voor transformatie in algemene regels – buiten de context van casusposities die afwijken van de casusposities in de Straatsburgse zaken waarin het aangepaste zwijgrecht besproken wordt. Met name verschaffen de Straatsburgse zaken geen goede uitgangspunten voor een nadere uitbreiding van het aangepaste zwijgrecht, buiten de zeer beperkte context van de bescherming die toekomst aan de gedetineerde verdachte die een formele procespositiebepaling heeft gedaan. Een dergelijke nadere uitbreiding moet wel wenselijk worden geacht.

Ten aanzien van de participatie is wel een ter zake doende wettelijke regeling opgenomen, die wat betreft de noodzakelijke begeleidende waarborgen (ten aanzien van toezicht en toestemming) verdragsconform lijkt te zijn. De regeling is evenwel breed en staat disproportionele toepassingen toe. Bij de opstelling van de regeling zijn proportionaliteitsafwegingen gemaakt zonder dat erkend is dat de participatie art. 6 EVRM normen raakt. Een herbezinning op die bij de participatie aan te houden grenzen dient plaats te vinden, zodat de mensenrechtelijke implicaties van participatie in ter zake te maken keuzes kunnen worden verdisconteerd. Wenselijk moet in ieder geval worden geacht dat minstens de eis van voorafgaande rechterlijke machtiging wordt gesteld, en dat de participatie ook – maar dat geldt algemeen voor alle bijzondere opsporingsonderzoeken – steeds moet worden uitgevoerd onder rechterlijk toezicht. Wat betreft de inhoudelijke aansluiting tussen de participatienorm in art. 6 EVRM en de wettelijke regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden waarvan de toepassing de vorm van participatie kan aannemen, deze is enerzijds te breed en anderzijds te beperkt. Bij de infiltratie, pseudokoop en -dienstverleningsbevoegdheden hebben de wettelijke omschrijvingen van die bevoegdheden betrekking op meer situaties dan de participatiesituatie,

waardoor de participatienorm niet goed tot uitdrukking komt. Bij andere bevoegdheden die ook participatie met zich mee kunnen brengen, zoals de stelselmatige inwinning van informatie en de gecontroleerde aflevering en doorlating, komt niet tot uitdrukking dat de toepassing daarvan een participatiesituatie kan teweegbrengen. Daardoor zijn die toepassingen niet onderhevig gemaakt aan de geldende participatie-eisen. Evenals bij het zwijgrecht moet de participatie los van bepaalde bevoegdheden worden gezien, en dient een algemene regeling te worden getroffen waarin de grenzen van het toelaatbare helder worden aangegeven.

Wat die inhoudelijke grenzen betreft: noch het EHRM, noch de Hoge Raad lijkt in staat te zijn om te komen tot een voldoende duidelijke afbakening van acceptabele participatie. Geconcludeerd moet worden dat de participatie als opsporingsmiddel niet die merites heeft dat het behoud van deze, in zoveel opzichten, zo problematische entiteit, ondanks het verlof daartoe vanuit Straatsburg, wenselijk is. Ook ten aanzien van vergaande manipulatie van de verklaringswil van de verdachte kunnen twijfels worden geuit over de meerwaarde van dergelijke toepassingen, gelet de implicaties daarvan voor het zwijgrecht. Bij behoud van dergelijke methodieken, dienen de grenzen tussen het geoorloofde en het ongeoorloofde in die verbanden veel duidelijker te worden afgebakend dan thans het geval is. Noch de wet, noch de rechtspraak biedt adequate aanknopingspunten ten aanzien van die grenzen.

In verband met de onbepaaldheid van de normen ten aanzien van het aangepaste zwijgrecht en de participatie, is in de nationale context een heldere wettelijke regeling ter zake onmisbaar, ondanks dat art. 6 EVRM niet de eis van een wettelijke regeling stelt. Normvorming en normbevestiging in het nationale recht zijn sterk afhankelijk van de kwaliteit van de wettelijke regeling. Waar sturing van de rechtspraak noodzakelijk moet worden geacht – zoals het geval is bij de uitleg van het aangepaste zwijgrecht en de participatie, maar ook op het punt van de aan absolute normschendingen te verbinden absolute gevolgen – moet de wetgever die taak op zich nemen.

Een sterke rechterlijke toetsing is bij deze art. 6 EVRM normen ook onmisbaar: daarbij moet de rechter de raakvlakken met art. 6 EVRM erkennen en bovendien binnen het eerlijkheidsconcept, naast het doel van de materiële waarheidsvinding, voldoende betekenis toekennen aan het probiteitsdoel doel als zelfstandig te verwezenlijken ideaal.

6 Conclusies

> 'After arguing for the permissibility of torture under certain circumstances, something should be said as to which forms of torture should be allowed. There are certainly a wide range of (historically) practiced techniques, which can range from the mundane (e.g., food deprivation) to the creative (e.g., removal of fingernails). Perhaps some forms are torture are more permissible than others? Or maybe there are some that should be avoided altogether? The first obvious remark is that the inflicted torture should never inflict more than the minimum trauma necessary to obtain the desired compliance. For example, if someone would be willing divulge important information after being deprived of his lunch, there is no reason to remove all his fingernails.'[1]

6.1 Probleemstelling en daarbij betrokken vragen

Bij dit onderzoek is de volgende probleemstelling aangehouden. In welke mate heeft het EVRM, naar de huidige stand van zaken in de rechtspraak van het EHRM, een normerende werking op de bijzondere opsporing, en hoe verhoudt zich daartoe de normering door het nationale recht? Uitgegaan is van een specifieke structuur van de verdragsnormering inzake de bijzondere opsporing. Die structuur bestaat enerzijds uit een samenstelling van uit art. 8 en art. 6 EVRM voortvloeiende opsporingsnormen, waarvan de (niet-)naleving alleen een strafvorderlijke betekenis kan hebben als dat een effect kan hebben op de eerlijkheid van de strafvervolging. Anderzijds bestaat de verdragsrechtelijke normeringsstructuur uit de toetsings- en hersteleisen die gelden bij het gebruik van via schending van die normen verkregen bewijs. Ter vaststelling van de verhouding waarin de nationale normering staat tot de verdragsrechtelijke normeringsstructuur is gewerkt aan de hand van de volgende vragen.

1. Bevat de nationale wettelijke regeling van de bijzondere opsporing, of de rechterlijke interpretatie daarvan, onderdelen die afwijken van verdragsrechtelijke opsporingsnormen (te vinden in art. 8 en art. 6 EVRM) en die bij bewijsgebruik van daarmee verkregen informatie, aanleiding kunnen geven tot voor de eerlijkheid van een vervolging fatale gevolgen?

---

1 F. Allhof, Terrorism and Torture, International Journal of Applied Philosophy 17:1. ISSN 0738-098X., 2003, p. 105-118.

2. Bevat het nationale recht, met betrekking tot bijzondere opsporingstoepassingen die vanuit verdragsrechtelijk perspectief weliswaar eerlijkheidsbeperkende doch herstelbare gevolgen hebben, een afdoend mechanisme voor toetsing en herstel bij het gebruik van bewijs dat via dergelijke toepassingen is verkregen?

Hieronder wordt eerst een antwoord geformuleerd op deze vragen, het onderzoek wordt afgesloten met algemene beschouwingen ten aanzien van de probleemstelling als geheel en een aantal aanbevelingen.

6.2 EVRM OPSPORINGSNORMEN IN HET NATIONALE RECHT

6.2.1 Strafvorderlijke verdragsnormering niet gericht op wettelijke regeling

Drie raakvlakken bestaan in het algemeen tussen de bijzondere opsporing en het verdrag. In de eerste plaats maakt de bijzondere opsporing veelal een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en dient daarmee te voldoen aan de eisen van art. 8 EVRM. In de tweede plaats brengen bepaalde bijzondere opsporingstoepassingen de opsporingsnormen die uit art. 6 EVRM voortvloeien, in gevaar. In de derde plaats stelt art. 6 EVRM, bij mogelijke niet-naleving van de opsporingsnormen en gebruik van aldus verkregen bewijs, de eisen van toetsing en herstel. Bij het gebruik van bewijs dat verkregen is via schending van bepaalde art. 6 EVRM opsporingsnormen, verplicht art. 6 EVRM tot een absolute afwijzing van dat bewijsgebruik.

De *strafvorderlijke* verdragsbescherming is alleen gelegen in art. 6 EVRM. In art. 8 EVRM worden immers aan strafvorderlijke privacyschendingen geen bijzondere consequenties verbonden. De normerende werking van die laatste bepaling ten opzichte van het opsporingsonderzoek is, dat bij een schending daarvan de toetsings- en hersteleisen in art. 6 EVRM worden geactiveerd.

Zodoende omvat de verdragsnormering ten opzichte van de bijzondere opsporing *ipso facto* geen *strafvorderlijke* legaliteitseis. Alleen art. 8 EVRM stelt een legaliteitseis. Die legaliteitseis werkt echter niet door in de strafvervolging. Een *legaliteitsgerelateerde* schending van het privacyrecht, dus een schending wegens het ontbreken, de ondeugdelijkheid of de niet-naleving van een wettelijke regeling voor een op het privacyrecht inbreuk makende opsporingstoepassing, is juist in het algemeen weinig problematisch in de context van de strafvervolging.

Art. 6 EVRM stelt niet de eis van een (afdoende) wettelijke regeling van de daaruit voortvloeiende opsporingsnormen (noch van andere in die bepaling vervatte procesnormen). Dat geldt evengoed voor de toetsings- en hersteleis in art. 6 EVRM: ook de wijze waarop daaraan gestalte dient te worden gegeven behoeft niet (wettelijk) te zijn geregeld. Hooguit kan worden gesteld dat het Hof in de volgende zin een legaliteitseis in de in de toetsingseis inleest, name-

lijk dat, voor zover er sprake is van een wettelijke regeling in het nationale recht ten aanzien van een opsporingsnorm, die ook moet worden nageleefd. De rechtspraak waaruit het bestaan van een dergelijke 'recht op naleving van het nationale recht', ongeacht of een overtreden nationale regeling een verdragsrecht raakt, is vooralsnog te tentatief om van een dergelijke regel uit te gaan.

De vraag is derhalve in zekere zin overbodig of de nationale wettelijke regeling van de bijzondere opsporing onderdelen bevat die bij bewijsgebruik van daarmee verkregen informatie aanleiding kunnen geven tot voor de eerlijkheid van een vervolging fatale doorwerking. Ook al zou geen wettelijke regeling bestaan dat zou *an sich* niet tot een strijdigheid met de termen van art. 6 EVRM leiden.

Waar een wettelijke regeling niet-verdragsconforme is, brengt dat bovendien niet noodzakelijkerwijs met zich mee dat in concrete zaken zich altijd verdragsschendingen zullen voordoen. Tijdens het opsporingsonderzoek kunnen verdragsrechtelijke opsporingsnormen worden nageleefd, ondanks ruimere mogelijkheden die de wet (ten onrechte) kan bieden.[2] De conformiteit met het eerlijk-proces-recht blijft ook in stand wanneer de rechter op adequate wijze gevolgen verbindt aan een door een in principe niet-verdragsconforme wettelijke regeling toegestane bijzondere opsporingshandeling. Als de rechter, op basis van een uit oogpunt van art. 6 EVRM voor de eerlijkheid van het bewijsgebruik fatale opsporingstoepassing, tot diskwalificatie van het bewijsgebruik overgaat, of bij een gevaarzetting van opsporingsnormen compensatie biedt in de vorm van toetsing en herstel – ondanks dat de wet hem daartoe niet verplicht, is art. 6 EVRM niet geschonden. Oftewel, bij een discrepanties tussen het nationale recht en het verdrag, kan de rechter de verdragsconformiteit bewerkstelligen door het nationale recht terzijde te stellen.

Ondanks echter dat in art. 6 EVRM geen (sterke) legaliteitseis voor de strafvordering kan worden ingelezen, moet ervan worden uitgegaan dat niet-verdragsconforme onderdelen van de wettelijke regeling zeker niet bevorderlijk zullen zijn voor de verwezenlijking van de verdragsstandaarden. Daarmee blijft de vraag naar hun aanwezigheid in het nationale recht toch pertinent.

6.2.2 Opsporingsnormen, negatieve verboden

1) Opsporingsnormen in art. 8 EVRM

De nationale wet dient te voldoen aan uit art. 8 EVRM voortvloeiende legaliteitseisen, niet-naleving daarvan behoeft echter geen strafvorderlijk gevolg te

2 Dat behoudens het geval dat het zou gaan om een opsporingstoepassing die in strijd is met het privacyrecht, waarvoor geen (afdoende) wettelijke grondslag bestaat: dan kan er nimmer sprake zijn van een verdragsconforme toepassing. Dat levert evenwel in principe niet een situatie op van sterke doorwerking in verband met bewijsgebruik.

hebben. Zulks levert een paradoxale situatie op. Art. 8 EVRM is wel (mede) gericht tot de wetgever, doch niet vanuit een strafvorderlijk perspectief. In de rechtspraak van het EHRM is ook herhaaldelijk bevestigd dat juist de schending van het privacyrecht vanwege onverenigbaarheid met de legaliteitseis, amper strafvorderlijke gevolgen behoeft te hebben. Dat geldt vooral in de situatie dat het legaliteitsgebrek bestaat uit de ondeugdelijkheid van de wettelijke grondslag die de wetgever heeft gecreëerd. Dan heeft de nationale wetgever immers beoogd een bepaalde inbreukmodaliteit toe te staan, doch is niet geslaagd, naar de standaarden van het Hof, in het treffen van een adequate regeling. Het voert dan kennelijk te ver, in de visie van het Hof, om een wetstechnisch falen door te laten werken in een concrete strafvervolging.

Juist vanwege de geringe doorwerkingskracht van de privacyschending in de strafvervolging is heeft hier geen integrale toetsing plaatsgevonden in verband met de verenigbaarheid van de nationale regeling van de bijzondere opsporing ten opzichte van art. 8 EVRM. Bezien is alleen welke modaliteiten van privacyschendingen mogelijk wél een fatale doorwerking in een strafvervolging zouden kunnen hebben en of de wettelijke regeling dergelijke schendingen toestaat. Vastgesteld is dat te verwachten is dat het Hof een sterke doorwerking alleen zal toekennen bij privacyschendingen die voortvloeien uit grove disproportionaliteit van inbreuken of wanneer de privacyschending kan worden getransformeerd naar een art. 6 EVRM-schending die zlef van dien aard is dat herstel niet (gemakkelijk) kan worden verwezenlijkt, dan wel bewijsuitsluiting geïndiceerd is.

Staat de Nederlandse wettelijke regeling disproportionele privacyinbreuken toe? Het via de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden tot stand gebrachte systeem van strafvorderlijk toezicht staat toe dat gedurende zeer lange periodes niet alleen actief onderzoek kan worden verricht jegens personen, maar ook dat informatie over deze personen kan worden bewaard, zodat op elk moment een sluimerend onderzoek (weer) kan worden geactiveerd. De wet stelt bovendien geen beperkingen ten opzichte van de intensiteit van de inbreuken die kunnen worden gemaakt op de persoonlijke levenssfeer. Weliswaar zijn de bij het privacyrecht gangbare differentiaties in de gevoeligheid van verschillende soorten ruimtes (woning, kantoor, voertuig) in de wet verwerkt – zo blijft de binnenzijde van een woning wel degelijk tegen technische registratie of observatie anderszins beschermd – de mogelijkheden die er zijn om vergaand te penetreren in de meest gevoelige privacysferen zijn ook talrijk. Via de inzet van menselijke waarnemers in de vorm van (stelselmatige) informanten en infiltranten kan toegang tot de woning worden verkregen, zo ook tot andere uit privacyoogpunt gevoelige plaatsen. Door de inzet van personen die in een bepaalde persoonlijke verhouding staan tot de verdachte kan diep in de relationele privacysfeer worden doorgedrongen. Niet valt uit te sluiten dat zich grove proportionaliteitsschendingen voordoen, vooral in samenhang bezien met de ernst van onderaochte feiten.

In één geval is gestuit op een mogelijke immanente *de jure* disproportionaliteit in de wettelijke regeling, namelijk in de sfeer van de verkrijging en het gebruik van geheimhoudersinformatie in een strafvervolging, oftewel, van mededelingen gedaan door of aan geheimhouders. Een privacyschending in deze sfeer worden vertaald naar een zeer sterke art. 6 EVRM-norm, namelijk het recht op rechtsbijstand en het daarbij behorende recht op onbelemmerde communicatie. De regeling terzake, in art. 1266a WvSv en het daaraan gekoppelde Besluit bewaren en vernietigen niet gevoegde stukken is onduidelijk en dient te worden herzien.

De uitspraak van het Hof in *Aalmoes v. Nederland* kan niet worden opgevat als een algemene goedkeuring van dat die regeling. Het Hof heeft immers in die zaak belang gehecht aan het bestaan van misverstanden ten aanzien van de wettelijke regeling, de goede trouw van opsporingsambtenaren en het feit dat maatregelen zijn genomen om meer helderheid te verschaffen ten aanzien van de grenzen van het toelaatbare. Bovenal geldt echter dat die uitspraak werd gedaan in een zaak waarin geen concrete effecten in strafzaken door de beweerde schendingen werden aangevoerd. Te verwachten valt dat het Hof wel tot een striktere beoordeling zal overgaan in het geval dat geheimhoudersinformatie daadwerkelijk wordt gebruikt in een strafzaak. Het Hof heeft in die uitspraak ook zelf indicaties gegeven dat in dat laatste geval, doorwerking van normschending aan de orde is.

2) Opsporingsnormen in art. 6 EVRM

Ten aanzien van alle onderdelen van de regeling van de bijzondere opsporing die opsporingsnormen in art. 6 EVRM raken, geldt dat de aansluiting met art. 6 EVRM in de regeling ontbreekt. Bij de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden is ten aanzien van die toepassingen een regeling getroffen op basis van het tweede selectiecriterium, aldus niet omdat zij een inbreuk maken op grondrechten of mensenrechten, maar omdat zij een risico vormen voor de integriteit van de strafvordering. Daarmee is in alle gevallen waarin een raakvlak te vinden is met het de verbodsnormen in art. 6 EVRM, die verbinding veronachtzaamd. Dat kan ertoe leiden dat de ernst van een normschending in dat verband wordt miskend of bij niet-naleving in het geheel geen verdedigingsbelang wordt erkend. Waar bepaalde verzuimen sterke doorwerking dienen te hebben in verband met bewijsgebruik, kan dat ertoe leiden dat die gevolgen ten onrechte uitblijven. In gevallen waarin (een bepaalde mate van) herstel is aangewezen, is het gevaar eveneens dat die onvoldoende wordt verwezenlijkt.

a) Het zwijgrecht

In de Memorie van Toelichting bij de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden is over de methoden van de stelselmatige inwinning van informatie en de infiltratie opgemerkt dat daarmee in direct contact wordt getreden met de verdachte, waardoor de vraag naar het ontstaan van een verhoorsituatie zou

kunnen rijzen. Die gedachte werd ter zijde gesteld op grond van het argument dat een formele verhoorsituatie juist niet ontstaat door dat contact.

Uit de rechtspraak van het Hof blijkt daarentegen dat de verdachte bij een *functioneel* verhoor, evengoed aanspraak kan maken op het zwijgrecht. Bijzondere opsporingstoepassingen kunnen daarmee zeer wel het zwijgrecht doorbreken. Waar zij dat doen, dient bewijsgebruik absoluut te worden afgewezen. De wet dient daarom uit te sluiten dat een dergelijke doorbreking plaats kan vinden.

De Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden voorziet niet in een bijzondere regeling voor de bescherming van het zwijgrecht via de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden. Het verbod tot doorbreking van het zwijgrecht via dergelijke toepassingen zou dan – indien een dergelijk verbod kan worden geacht onderdeel uit te maken van het nationale recht - te herleiden moeten zijn tot de ter zake doende algemene regeling in art. 29 WvSv. Die bepaling sluit de naleving van het verbod op doorbreking van het zwijgrecht via een functioneel verhoor niet uit. Oftewel, de regel dat in alle gevallen waarin iemand als verdachte wordt gehoord, de verhorende rechter of ambtenaar zich van alles dat de strekking heeft een verklaring te verkrijgen, waarvan niet kan worden gezegd dat zij in vrijheid is afgelegd, kan zo worden gelezen dat deze ook een doorbreking via misleiding of manipulatie bij functioneel verhoor uitsluit. Duidelijkheid echter omtrent de in dat verband aan te houden grenzen verschaft die bepaling niet. Art. 29 WvSv gaat uit van de wetenschap van de verdachte dat hij wordt verhoord, en bevat geen uitdrukkelijke regeling voor de grenzen, die in acht moeten worden genomen in het geval dat hij daarvan juist niet op de hoogte is.

De vraag is dan waar en op welke wijze de norm ten aanzien van het functioneel verhoor dient te worden geregeld in de wet, althans van welke kaders de rechter in dat verband dient uit te gaan. Vastgesteld kan worden dat de mogelijkheid van de doorbreking van het zwijgrecht niet gekoppeld kan worden aan de toepassing van een bijzondere opsporingsbevoegdheid. Het is dus niet alleen bij de stelselmatige inwinning van informatie of de infiltratie dat een situatie van functioneel verhoor kan ontstaan. Waar het om gaat is, dat een zodanige misleiding én manipulatie van de verdachte plaatsvindt dat niet meer kan worden gezegd dat hij in vrijheid informatie heeft verstrekt. De voorkeur dient uit te gaan naar een algemene regeling van het zwijgrecht, aansluitend bij de huidige regeling in art. 29 WvSv, waarin op de bijzondere opsporing toegespitste kaders kunnen worden opgenomen.

b) Het uitlokverbod, gevaarzettende overheidsparticipatie

De toepassing van alle in het wetboek opgenomen infiltratie-varianten wordt begrensd door de wettelijke regeling het zogeheten Tallon-criterium. Op basis daarvan kan de verdachte niet worden gebracht tot andere strafbare feiten dan waarop diens opzet reeds tevoren was gericht. Ook hier geldt dat de regel in principe zo *kan* worden gelezen dat zij uitlokking uitsluit. Ook de Tallon-

regel blinkt evenwel niet uit in helderheid. Aanpassing en uitwerking van die regel is noodzakelijk, zodat de (in dit verband dwingende) Straatsburgse participatienormen daarin helder tot uitdrukking komen.Evengoed verdient het de voorkeur een duidelijke wettelijke omschrijving te geven van de wel toegestane mogelijkheden tot overheidsparticipatie, namelijk die waarbij geen sprake is van ontoelaatbare uitlokking. Deze modaliteiten worden immers door art. 6 EVRM niet uitgesloten, doch worden geacht een gevaarzettend karakter te hebben. De toepassing van deze modaliteiten brengt aldus verkregen bewijs onder een risicocategorie en activeert sterke toetsings- en hersteleisen in art. 6 EVRM. Het onderscheid tussen de verboden en toegestane vorm van overheidsparticipatie komt onvoldoende tot uitdrukking in de wet. Daardoor bestaat niet alleen het gevaar van een gebrekkige normbevestiging ten aanzien van de verboden varianten, maar ook dat van een onbeheerste ontwikkeling van de niet verboden modaliteiten.

Evenals bij doorbreking van het zwijgrecht geldt bij overheidsparticipatie en uitlokking, dat die fenomenen niet noodzakelijkerwijs gekoppeld behoeven te zijn aan de toepassing van bepaalde opsporingsbevoegdheden. Overheidsparticipatie en uitlokking kunnen ook manifest worden bij de inzet van andere opsporingsbevoegdheden dan de infiltratie, vooral bij de inzet van informanten. Ook hier dient de voorkeur te worden gegeven aan een algemene regeling van de bij participatie toelaatbare grenzen. Bij die regeling behoort ook een dogmatisch verantwoorde aansluiting te worden gezocht bij de materieelrechtelijke deelnemingsconstructies: in de wet dient vast te staan in hoeverre uitlokking in materieelrechtelijke zin bij participatie al dan niet mogelijk is en wat het verschil is tussen materieelrechtelijke en strafvorderlijke deelneming.

Wat de situatie van volledig door de burger geëntameerde en uitgevoerde uitlokking betreft, deze is niet geregeld in de wet. De omgang door het EHRM met die categorie moet problematisch worden geacht. De eis dat de overheid in bepaalde mate betrokken moet zijn geweest bij een dergelijke actie, doet geen recht aan de bezwaren die algemeen gelden bij uitlokking van de burger met het doel van informatievergaring. Die kwestie valt echter buiten de sfeer van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden. Voor zover met die wet burgerparticipatie mogelijk is gemaakt, geldt dat zulks alleen plaats kan vinden op basis van een civielrechtelijke overeenkomst met het openbaar ministerie. Dat optreden van burgers, dus in het kader van bijstand verlening aan de opsporing, valt steeds onder de verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie en geldt als optreden dat vanwege de overheid wordt gevoerd. Daarbuiten geldt dat het fenomeen van op eigen initiatief uitgevoerde particuliere (onrechtmatige) bewijsvergaring en het gebruik van de resultaten daarvan in strafvervolgingen een algemeen zorgelijke materie betreft, waarop nadere bezinning dient plaats te vinden.

c) Gecontroleerde aflevering, doorlating
Bij het fenomeen van de gecontroleerde aflevering en de doorlating geldt dat in de wet onvoldoende duidelijk tot uitdrukking komt dat bij dergelijke toepassingen ook sprake kan zijn van overheidsparticipatie die ook in voorkomende gevallen kan leiden tot een verboden uitlokking. De vermenging van de sferen van de gecontroleerde aflevering en doorlating enerzijds en overige participatievormen anderzijds is bezwaarlijk. Voor zover bij de toepassing van de mogelijkheden van gecontroleerde aflevering en doorlating geen sprake is van participatie – de toepassing betreft alleen passieve waarneming en uitstel of afstel van het moment dat de verdachte op het onderzoek attent wordt gemaakt – verkrijgt het fenomeen een zelfstandig karakter dat los staat van de participatieproblematiek. Dat zelfstandige karakter komt onvoldoende tot uitdrukking in de wet. Bezinning dient plaats te vinden op de essentiële werking van die methode en of daarbij geen apart raakvlak kan worden gevonden met art. 6 EVRM.

Een dergelijk raakvlak kan mogelijk worden geconstrueerd door een ruime lezing van de redelijke termijn eis, waardoor een grens kan worden gesteld via het stellen van beperkingen op de duur waarin uitstel van de toepassing van dwangmiddelen plaats kan vinden. In het andere geval moet het fenomeen worden gekoppeld aan de proportionaliteitseis in art. 6 EVRM of aan andere ongeschreven beginselen die in het eerlijk-proces-recht kunnen worden ingelezen. Onbevredigend is de stand van zaken in de rechtspraak van de Hoge Raad dat de verdachte geen verdedigingsbelang heeft bij de niet-naleving van art. 126ff WvSv. In ieder geval kan ervan worden uitgegaan dat de verdachte er belang bij heeft indien uitstel van handelen samen zou vallen met (ook weer in art. 6 EVRM in te lezen) behoorlijkheidsbeginselen. Herziening van de regeling van art. 126ff WvSv is in ieder geval wenselijk zodat in de wet beter tot uitdrukking komt dat het hier kan gaan om een zelfstandige bevoegdheid.

d) Beginselen van een behoorlijke strafvordering
Het gegeven dat beginselen als dat van proportionaliteit en *détournement de pouvoir*) in de verdragsrechtspraak worden ingelezen in de eerlijkheidsnotie dient de werking daarvan in het nationale recht te versterken. Wederom vanuit de gedachte dat de normversterking in de nationale context het beste geschiedt door een transformatie van de verdragsbescherming naar een in de nationale rechtsorde bruikbare context, is bezinning noodzakelijk omtrent de merites van eventuele codifcatie van die begsinelen.

6.2.3 Conclusies

De eerste van de bij de probleemstelling betrokken vragen moet aldus worden beantwoord. Aangaande die onderdelen van de bijzondere opsporing die art. 8 EVRM raken voorziet het nationale recht in een wettelijke regeling die over

het algemeen niet uitnodigt tot de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden op een manier die kan leiden tot vergaande implicaties bij bewijsgebruik. Dat geldt vooral omdat in de wettelijke regeling eisen van proportionaliteit en van subsidiariteit zijn verwerkt en die eisen ook los van de wettelijke regeling van toepassing zijn in het nationale recht. De regelingen zijn daarmee in principe verdragsconform. Alleen ten aanzien van de regeling ten aanzien van de verkrijging en verdere verwerking van informatie die valt in de geheimhoudingssfeer, kan worden vastgesteld dat deze dermate onduidelijk is dat zij toepassingen toestaat die tot fatale gevolgen kunnen leiden.

In het geval van de onderdelen van de bijzondere opsporing die art. 6 EVRM raken, geldt dat de ter zake doende normen niet op voldoende duidelijk wijze zijn verdisconteerd in de wet. Niet kan worden gezegd dat de wettelijke regeling verboden toepassingen toestaat. De regels die er wel zijn kunnen zelfs zo worden gelezen dat de verbodsnormen worden geacht daarin te zijn verwerkt. Vooral gelet ophet fundamentele (strafvorderlijke) karakter van de desbetreffende normen, kan niet worden volstaan met een – te – algemene regeling, waarin de verdragnormen niet uitdrukkelijk en concreet worden aangeroerd.

6.3 EVRM OPSPORINGSNORMEN IN DE NATIONALE RECHTSPRAAK

Voor alle toepassingen van de bijzondere opsporing die art. 8 en in art. 6 EVRM raken, is wel een (wettelijke) regeling te vinden in het nationale recht – al dan niet ingevoerd met de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden – die in ieder geval ogenschijnlijk recht lijkt te doen aan die eisen of daarmee niet in strijd is. Veelal kan echter bij de regelingen die art. 6 EVRM raken worden vastgesteld dat deze onvoldoende concreet zijn. Waar toegegeven moet worden dat de Straatsburgse normen – vooralsnog – vaak zelf ook niet helder zijn, moet er naar worden gestreefd ook de gevaarzetting van die normen zo beperkt mogelijk te houden. Op het onontgonnen terrein van de bijzondere opsporing is te veel rechtsbescherming beter dan te weinig. Wettelijke regelingen die vatbaar zijn voor meerderlei uitleg, zijn in het precaire verband van de bijzondere opsporing, waar een verschuiving van klassieke kaders en het ontstaan van nieuwe waar te nemen valt, zeer bezwaarlijk. *Ex falso sequitur quod libet*: gewerkt moet worden met kleine bevoegdheden die stapsgewijs kunnen worden uitgewerkt naarmate de normen zich beter manifesteren en niet andersom.

6.3.1 Discrepanties

Verschillende discrepanties zijn waargenomen tussen de nationale en de Straatsburgse rechtspraak ten aanzien van verdragsnormen vis-á-vis de bijzon-

dere opsporing. Daarvan issprake bij de intepretatie van de betekenis van art. 8 EVRM voor de bijzondere opsporing, voor zover de nationale rechter achterloopt bij ontwikkelingen in dat verband in de rechtspraak van het EHRM. Zolang het EHRM het uitgangspunt blijft aanhouden dat privacyschendingen als categorie niet sterk doorwerken in de context van de eerlijkheid van het bewijsgebruik, onjuiste waardering van implicaties van art. 8 EVRM voor de bijzondere opsporing evenwel niet problematisch zijn. Zolang de rechter afdoende ingaat op verweren ter zake, zal herstel – waaraan in dit verband geen strikte eisen worden gesteld door het Hof – zijn bewerkt.
Bij de interpretatie door de nationale rechter van Straatsburgse normen in verband met het zwijgrecht van de onwetende verdachte en participatie wreekt zich dat de ter zake doende, door het EHRM aangereikte normen zelf ook niet uitblinken in helderheid. Buitendien geldt dat de normen zich, gelet op de aard van de materie, ook zeer moeilijk laten vastleggen. De verschillen tussen het toelaatbare en het ontoelaatbare kunnen in de beide sferen (van het zwijgrecht en de participatienorm), zeer klein zijn, en daardoor ook slecht zichtbaar. Hooguit kan daarom worden gesignaleerd dat de nationale rechter wat betreft een aantal aspecten van zijn omgang met die normen, niet steeds de juiste richting ingaat.

Bij het zwijgrecht kan worden vastgesteld dat de nationale rechter zich alvast vergaand heeft georiënteerd op de determinanten van de reeds aangehouden verdachte (die dus op de hoogte is van de strafvervolging) die 'functioneel' wordt verhoord in een detentiesituatie. Onmiskenbaar levert de detentiesituatie een context op waarin de verdachte zich in een precaire positie bevindt en daardoor vatbaar is voor manipulatie en de doorbreking van zijn wil. Dat wil echter niet zeggen dat een wilsdoorbreking ook niet buiten de detentiesfeer kan plaatsvinden. Wil er recht worden gedaan aan de essentie van de door het zwijgrecht beoogde bescherming, namelijk dat de verdachte niet worden gedwongen of misleid tot het leveren van een schriftelijke of mondelinge bijdrage aan zijn eigen veroordeling, dan moet de rechter uitgaan van een fictieve wil van de verdachte, ofwel, bezien wat de verdachte gewild zou hebben in het geval dat hij op de hoogte zou zijn geweest van de strafvorderlijke waarneming van zijn uitlatingen en in hoeverre die wil is doorbroken.

Bij de participatienorm geldt dat de Hoge Raad, weliswaar niet op helder gemotiveerde wijze, heeft uitgesproken, dat uitlokking van de verdachte niet met zich meebrengt dat het Tallon-criterium is overtreden. Dat standpunt kan niet zondermeer voor juist worden gehouden. De nationale rechter hanteert bij zijn beoordelingen bovendien te diffuse criteria. De uitkomst van de rechterlijke beoordelingen in concrete zaken laat een te gemêleerd beeld zien: de door de rechter gebruikte criteria moeten reeds daardoor worden vervangen door een heldere wettelijke regeling.

Bij gecontroleerde aflevering en doorlating in de algemene zin van uitstel van actie geldt dat voor zover daarbij sprake kan zijn van een raakvlak met art. 6 EVRM normen (te construeren via in die bepaling te lezen beginselen van

een behoorlijke strafvordering of een aangepaste redelijke termijneis voor het vooronderzoek), de rechter ten onrechte geen verbinding maakt met een verdedigingsbelang.

6.3.2 Conclusies

Met betrekking tot de onderdelen van de nationale regeling die art. 8 EVRM raken geldt dat de rechter het privacyrecht niet steeds verdragsconform uitlegt en dat hij daardoor de privacybescherming in voorkomende gevallen te restrictief opvat. Een onjuiste rechterlijke interpretatie kan evenwel alleen problematisch zijn (in strafvorderlijke zin) voor zover zich een uitzonderlijke situatie voordoet van een privacyschending die van dien aard is, dat bewijsgebruik vergaande implicaties zou moeten hebben. Vooralsnog heeft zich een dergelijke privacyschending zich in de verdragsrechtspraak niet voorgedaan. Bij die onderdelen van de nationale regeling die art. 6 EVRM opsporingsnomen raken, wordt niet duidelijk aangesloten met de ter zake doende verdragsnormen. In dat verband bestaat wél het gevaar dat aan bepaalde normschendingen niet de juiste gevolgen (herstel of uitsluiting) worden gekoppeld.

6.4 De omgang met schending van art. 6 EVRM opsporingsnormen in het nationale recht

6.4.1 Bewijsuitsluiting in het nationale recht

De regeling van art. 359a WvSv garandeert niet dat in de gevallen waarin bewijsuitsluiting verplicht is, uitsluiting ook plaats zal vinden. Een uitkomst kan zijn dat, ter ondersteuning van de rechtmatigheidstoetsing via art. 359a WvSv, aanknopingspunten worden opgenomen in de wet, aan de hand waarvan de rechterlijke discretie ten aanzien van absolute normen kan worden ingeperkt. Relativeringsruimte kan voor de rechter blijven bestaan, evenwel niet waar het gaat om absolute EVRM-normen. Daarbij dient, gelet op de sterke nationale legaliteitstraditie en de beperkingen die kleven aan een bewijsrechtelijk uitsluitingssysteem, gekozen te worden voor een op de oude nietigheden-stelsel gebaseerde structuur. Ofwel kan de wetgever de substantiële opsporingsnormen aangeven, doch aan de schending daarvan niet het gevolg van nietigheid koppelen maar die van niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie of bewijsuitsluiting, ofwel dient de schending van absolute opsporingsnormen te worden gekoppeld aan specifieke, wettelijke vervolgings- en bewijsuitsluitingsgronden.

Een meer duidelijke omschrijving van verbodsnormen is in ieder geval dringend noodzakelijk bij het zwijgrecht van de verdachte in de context van de misleidende toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden, en bij

het verbod op uitlokking zoals die thans bij de verschillende wettelijke regeling van de varianten van infiltratie is gegeven. Het verdient de voorkeur om eveneens bij privacyschendingen waarbij toegang wordt verkregen tot geheimhoudingsrelatie ter zake een heldere verbodsregel te formuleren. In alle genoemde gevallen dient de wet bij overtredingen van die verboden een dwingend rechtsgevolg voor te schrijven.

Het toetsingsschema van art. 359a WvSv kan dan behouden blijven voor de afdoening van de toetsing en van normovertredingen of –gevaarzettingen die tot herstelbare gevolgen voor de eerlijkheid van strafvervolgingen leiden.

6.4.2 Conclusies

Het nationale recht biedt alleen de theoretische mogelijkheid dat bij bijzondere opsporingstoepassingen die dienen te leiden tot fatale gevolgen, dergelijke gevolgen ook daadwerkelijk worden gerealiseerd. De rechter is *bevoegd* om op basis van art. 359a WvSv een strafvervolging absoluut te verwerpen wegens overtreding van een verbodsnorm. Dat hij dat zal doen, is evenwel niet gegarandeerd.

6.5 EVRM TOETSINGS- EN HERSTELEISEN BIJ BEWIJSGEBRUIK IN HET NATIONALE RECHT

Het nationale recht bevat ook in het geval van de uit art. 6 EVRM voortvloeiende toetsings- en hersteleisen steeds een wettelijke regeling die het nationale recht ten minste een verdragsconform aanzien geeft. Nu de formele aanwezigheid van dergelijke eisen echter juist de zwakheid van de uitvoering kan verhullen, moet de (alleen) theoretische verdragsconformiteit juist als bezwaarlijker worden opgevat dan een onverhuld ontbreken of een gebrekkigheid van die eisen. *Pro forma* uitvoeringen van die eisen kunnen dan niet worden blootgelegd: verdragsconformiteit is er dan niet, dat blijft uit het zicht.

De rechtsgrond, en daarmee de eis van toetsing van anterieure normovertredingen in het opsporingsonderzoek, is in het nationale recht te vinden in art. 359a WvSv en in art. 1 WvSv. De werking van art. 1 WvSv is in dit verband niet onbetwist of eenduidig helder, met de invoering van art. 359a WvSv treedt die laatste bepaling hoe dan ook in het verband met de rechtmatigheidstoetsing op de voorgrond. In die bepaling neemt de toetsingstaak voor de rechter de vorm aan van een onderzoeks- en motiveringsplicht.

De hersteleisen die voortvloeien uit art. 6 EVRM, en die neerkomen op de toepasselijkheid van de reguliere procesrechten van de verdachte in verband met de eerlijkheid van het bewijsgebruik (en in indirecte zin, de rechtmatigheid van het vooronderzoek) zijn eveneens in het nationale recht te vinden, in de over het wetboek verspreide regeling van het informatierecht, het aanwezig-

heidsrecht, het recht op rechtsbijstand en het recht op tegenspraak. De motiveringsplicht, die eveneens onderdeel uitmaakt van de hersteleis, volgt, als gezegd, reeds uit de nationale toetsingseis. De *unus testis nullus testis* regel brengt reeds met zich mee dat steeds zal zijn voldaan aan de Straatsburgse bewijsrechtelijke minimumeis bij het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs.

6.5.1 Toetsingseis

Wat de uitvoering van de rechterlijke toetsing betreft, deze moet om verschillende redenen als zwak worden gekwalificeerd. Enerzijds heeft de wetgever, door te kiezen voor de specifieke vormgeving waarin de toetsingseis is gegoten, de rechter geen sterke opdracht tot toetsing gegeven. De rechter is weliswaar *verplicht* tot toetsing en tot motivering van zijn beslissing, hij is *bevoegd* tot de koppeling van rechtsgevolgen aan door hem gesignaleerde verzuimen. De voortdurende aanwezigheid van art. 256 lid 2 WvSv in het wetboek verzwakt de toetsingsplicht, het gegeven dat de rechtmatigheidsvraag niet is opgenomen in het rechterlijk beslissingsmodel des te meer. Ook de toelichting op art. 359a WvSv in de bij die bepaling behorende wetsgeschiedenis pleit voor een zwakke toetsing: daaruit blijkt immers dat de bepaling juist bedoeld is om een al te voortvarende verwerping van strafvervolgingen op (on)rechtmatigheidsoverwegingen te voorkomen. De latere uiteenzetting van de redenen voor de openstelling van cassatie tegen vrijspraken – om de 'onrechtmatigheidsvrijspraken' vatbaar voor cassatie te maken – bevestigt dat beeld. De rechter is alle vrijheid gegeven om over te gaan tot rechtmatigheidstoetsing, die vrijheid gaat gepaard met in het systeem verwerkte aanwijzingen om behoedzaam met die vrijheid om te gaan. Door het systeem van art. 359a WvSv niet te ondersteunen door de opname van heldere normen en aan de niet-naleving daarvan te koppelen rechtsgevolgen, is aan de rechter onvoldoende houvast gegeven voor de omgang met nieuwe opsporingsnormen.

Anderzijds heeft de rechter de demotiverende signalen van de wetgever goed opgepikt en is hij overgegaan tot de ontwikkeling van een uiterst restrictieve toetsingsrechtspraak op basis van art. 359a WvSv. Ondanks dat het in eerste instantie de rechter is geweest die het toetsingsfenomeen in het nationale recht heeft geïntroduceerd, lijkt de rechter, niet alleen ten aanzien van het fenomeen van de bewijsuitsluiting, maar ook ten aanzien van de rechtsmatigheidstoetsing in het algemeen, zich thans restrictief op te stellen in dit verband.

Die terugtredende bewegingen kregen op verschillende wijzen gestalte, en leidden alleen naar een verenging van de werking van art. 359a WvSv. In de eerste plaats stelt de Hoge Raad een hoge eis van verdedigingsparticipatie, wil de toetsingsplicht in art. 359a WvSv überhaupt worden geactiveerd. De verdediging verspeelt het recht op toetsing door bij een beroep op art. 359a WvSv niet adequaat aan te geven welk rechtsgevolg wordt beoogd of een tot

toepassing van art. 359a WvSv strekkend verweer anderszins ondeugdelijk te motiveren. Zulks moet in het algemeen bezwaarlijk worden geacht. In de eerste plaats is het fenomeen van de actieve verdedigingsparticipatie niet eigen aan de nationale procescultuur. Dat wil niet zeggen dat niet kan worden verlangd dat verweren deugdelijk worden onderbouwd, maar het afzien van toetsing op basis van inadequate prestaties, voert te ver. Op het terrein van de bijzondere opsporing, waar de normering fragiel is, de ontwikkeling daarvan nog onvoltooid is en de materie van een zo precaire aard is, heeft de Hoge Raad de standaarden te hoog gelegd.

In de tweede plaats manifesteert het *theoretisch* ruimere bereik van de rechtmatigheidstoetsing in het nationale recht ten opzichte van de verdragsrechtelijke eisen, zich niet in de rechtspraak. Dat theoretisch ruimere bereik volgt in de eerste plaats uit het gegeven dat de toetsing in art. 359a WvSv niet beperkt is tot gevallen van bewijsgebruik, maar zich uitstrekt over alle vormverzuimen in het vooronderzoek,[3] ongeacht of die verzuimen hebben geleid tot bewijsgebruik. Indien geen sprake is van bewijsgebruik, volstaat de nationale rechter evenwel veelal met strafvermindering of vaststellen van het verzuim, zonder het verbinden van rechtsgevolgen daaraan. Niet-ontvankelijk verklaring van het openbaar ministerie kan meer uitzonderlijk aan de orde zijn. In de tweede plaats is de rechtmatigheidstoetsing in het nationale recht theoretisch ruimer dan die in het verdrag, omdat niet alleen vormverzuimen ten aanzien van verdragsrechten maar alle vormverzuimen onder het toepassingsbereik van art. 359a WvSv vallen. Dat bredere bereik wordt evenwel weer genuanceerd doordien de rechter, in het geval dat een vormverzuim niet samenvalt met de schending van een verdragsrecht, uitgaat van een geringe ernst: de daaraan gekoppelde gevolgen zijn dan navenant licht.

In de derde plaats beperkt de nationale rechter de werking van de rechtmatigheidstoetsing, door bij de toetsing van rechtmatigheidskwesties deze te laten samenvallen met mogelijke inhoudelijke onbetrouwbaarheidsindicaties aangaande het bewijsmateriaal. Daarmee wordt het eigen doel van de rechtmatigheidstoetsing, namelijk de verwezenlijking van eerlijkheid in die zin dat risico's van onrechtmatigheid worden geminimaliseerd miskend. De rechtmatigheidstoetsing wordt daarmee in dienst gesteld van de materiële waarheidsvinding, terwijl de rechtmatigheid en daarmee de verwezenlijking van rechtsbescherming tegen onrechtmatig handelen als zelfstandige doelen moeten worden gezien. In de rechtspraak van het EHRM is, *pace* Schalken, een duidelijke erkenning van dat zelfstandige doel waar te nemen. Die erkenning moet ook duidelijk gestalte krijgen in het nationale recht.

3 Dat geldt alleen niet bij voorschriften die betrekking hebben op de vrijheidsbeneming of, meer algemeen, de voorschriften waarvan de toetsing door de zittingsrechter in strijd zou komen met een door de wetgever in plaats gestelde systeem van gesloten rechtsmiddelen

6.5.2 Hersteleis

De hersteleisen die voortvloeien uit art. 6 EVRM en die veelal neerkomen op de eis van een versterkte uitoefening van de actieve procesrechten van de verdachte, zijn in het nationale recht verspreid geregeld in het wetboek. De verdachte in nationale strafzaken heeft in het algemeen het recht op informatie, aanwezigheid, tegenspraak en gemotiveerde uitspraken. In het geval van een rechtmatigheidstoetsing geldt zelfs een bijzondere motiveringsplicht. In dit onderzoek is niet ingegaan op dit aspect van de nationale rechtmatigheidstoetsing. In de wet is nergens aangegeven dat de procesrechten van de verdachte wel, niet of zo ja op een afwijkende manier gelden ingeval hij ze wil uitoefenen in het kader van rechtmatigheidstoetsing. In de rechtspraak wordt ervan uitgegaan dat de verdachte zijn procesrechten ook kan aanwenden ten behoeve van verweren in de context van rechtmatigheidstoetsing. Of de rechter ervan uitgaat dat de gelding van die rechten in dat verband als minder sterk moet worden opgevat, is hier niet onderzocht. De indruk dat de informatierechten van de verdachte als minder sterk gelden waar hij ze wil uitoefenen in verband met rechtsmatigheidstoetsing, bestaat echter wel. Zulks is vooral bezwaarlijk in verband met de bijzondere opsporing, waar de informatierechtsverwezenlijking vanwege de heimelijke aard van bijzondere opsporingsonderzoeken en de proliferatie en variatie van procesinformatie die daarmee wordt verkregen, juist zo precair is.

Een aantal oorzaken kunnen in het algemeen worden aangewezen voor de zwakke werking van herstel in de context van rechtsmatigheidstoetsing in het nationale recht.

1) Sterke werking van relativeringsmechanismen
In de eerste plaats geldt dat in het nationale recht de verschillende relativeringsmechanismen die worden toegepast bij de beoordeling van de aan vormverzuimen te koppelen rechtsgevolgen – en die ook door het EHRM worden ingezet – wel een sterke werking hebben. Dat past bij het karakter van de nationale rechtmatigheidstoetsing, namelijk dat deze eerder beoogt de koppeling van verstrekkende gevolgen te voorkomen, dan deze te verwezenlijkingen.

In één geval kan worden vastgesteld dat de nationale rechter een onjuiste relativering toepast. Bij de variant van de Schutznormleer waarbij derden bij vormverzuimen worden uitgesloten van bescherming, maakt de nationale rechter ten onrechte geen onderscheid tussen de persoonsgebonden en niet-persoonsgebonden rechten. De ernst van die onjuiste toepassing dient evenwel ook wel te worden genuanceerd. Niet-persoonsgebonden rechten die dienen door te werken naar anderen – die dus niet als derden moeten worden aangemerkt – vallen namelijk vooral samen met privacyrechten. Het gaat dan om het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (in de woning of andere ruimtes) of de correspondentie (waarbij aan alle gebruikers van een bepaald medium bescherming toekomt). Schending daarvan moet weliswaar

ten opzichte van alle betrokken doorwerken, geen van die schendingen is problematisch in de context van een strafvervolging, althans niet vanuit het verdragsperspectief.

Juist bij de opsporingsnormen die wél een betekenisvolle doorwerking hebben in de strafvervolging geldt, dat deze persoonsgebonden zijn (zoals het zwijgrecht en het recht niet uitgelokt te worden), tenzij uit kan worden gegaan van een *chilling effect* van schendingen, en daarmee een algemeen belang bij de naleving van normen voor een ieder (zoals de eerbiediging van de geheimhoudingsrelatie).

Moeilijk is te beoordelen of de nationale rechter in het algemeen te ver gaat in zijn relativeringsinspanningen. Het Hof bedient zich immers ook van dergelijke mechanismen. Het Hof heeft immers zelf een radicale relativering toegepast door schendingen van art. 8 EVRM nagenoeg geheel uit te sluiten van een betekenisvolle doorwerking in strafvervolgingen. Zo ver was de nationale rechter – vooralsnog – niet gegaan. *Absit omen;* de overname van die categoriale relativering zal waarschijnlijk niet lang op zich laten wachten.

2) Uitblijven van erkenning van de risicovolle categorie van normgevaarzettingen
In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat de nationale herstelmechanismen beperkter werken dan volgt uit de ter zake doende eisen in het verdrag, daar in de eerste sfeer de categorie van 'normgevaarzettingen', waarvan uiteindelijk wordt vastgesteld dat zij een verbodsnorm *niet* hebben geschonden, niet apart wordt erkend. Die 'normgevaarzettingen' (van zelfstandige opsporingsnormen in art. 6 EVRM en mogelijk ook in het nationale recht) vallen in de verdragsrechtelijke context onder dezelfde risicocategorie als herstelbare schendingen van art. 8 EVRM in het opsporingsonderzoek. Dat wil zeggen: ook zij activeren de toetsings- en hersteleisen.

De toetsingseis bestaat ter zake juist omdat de rechter zorgvuldigheid moet betrachten bij de vaststelling van de vraag of een verbodsnorm is geschonden of niet. Ook wanneer vast wordt gesteld dat een verbodsnorm uiteindelijk niet is geschonden maar wel in gevaar is gezet, beziet het Hof toch of voldoende herstel, in de vorm van dezelfde waarborgen compensatie die geldt bij art. 8 EVRM schendingen, heeft plaatsgevonden. Daaruit blijkt dat ook de enkele gevaarzetting van verbodsnormen als eerlijkheidsbeperkend wordt opgevat: de hersteleisen worden ook daardoor geactiveerd. Oftewel, ook de gevaarzetting van opsporingsnormen introduceert een onrechtmatigheidsrisico, de omgang waarmee zorgvuldig moet zijn. Daaruit spreekt het besef van het EHRM ten aanzien van de onvoltooidheid van de bijzondere opsporingsnormen en de hachelijkheid van het zich nog immer ontwikkelende kader. Gepast is daarbij, dat rechtmatigheidsrisico's, door de benadrukking van de bezwaarlijkheid van gevaarzetting van normen, worden geminimaliseerd. De erkenning van de categorie van 'normgevaarzettingen' dient in het nationale recht te worden overgenomen en gekoppeld te worden aan de toetsingseis in art. 359a WvSv.

3) Zwakke werking adversaire procesrechten in het algemeen

In de vierde plaats, in samenhang met het voorgaande, moeten de herstelmechanismen in het nationale recht in het algemeen als inert moeten worden aangemerkt vanwege de slechte aansluiting tussen de nationale procescultuur en de notie van adversaire procesvoering. Dat kan herleid worden tot de nationale procestraditie en -cultuur waarin de verdachte noch in het vooronderzoek, noch bij het eindonderzoek de positie heeft van een sterk bewapende procespartij, die de naleving van zijn rechten kan afdwingen. In de nationale procestraditie is de rechter niet lijdelijk, maar voert zelf het onderzoek uit. Daarbij geldt dat zijn onderzoek vooral gericht is op de waarheidsvinding.

In het nationale systeem heeft de verdachte wel adversaire procesrechten, maar de mate waarin hij deze kan uitoefenen is sterk afhankelijk van de rechter; ook wel van het openbaar ministerie, die in het adversaire concept te gelden heeft als zijn 'tegenpartij', De wet geeft de verdachte soms wel een door hem af te dwingen aanspraak op bepaalde rechten. Zo kan hem de bijstand van een advocaat niet worden ontzegd, hij heeft het recht om een pleidooi te voeren en dergelijke. In andere gevallen dient hij zich voor de verwezenlijking van zijn procesrechten te wenden tot de rechter (of tot het openbaar ministerie) met verzoeken tot de realisering daarvan.

Waar een mogelijk rechtmatigheidsprobleem zich voordoet en ter zake herstel moet worden toegepast, in ieder geval in de vorm van nader onderzoek, is de verdachte sterk afhankelijk van de welwillendheid van de rechter. Waar hij dat dienstig acht, voert de rechter nader onderzoek en herstel uit. De verdachte verkeert daarbij niet in de positie dat hij de rechter daarbij sterk kan beïnvloeden, noch ten aanzien van de door de rechter te nemen stappen, noch ten aanzien van de uitkomst daarvan. Adversaire procesrechten sluiten daarmee niet goed aan bij de heersende nationale procestraditie. Het verdrag verlangt echter wel dat deze worden overgenomen. Hier wreekt zich het gebrek aan aansluiting tussen de nationale, traditionele beschermingsmodaliteiten en die in het verdrag. Art. 6 EVRM is duidelijk vanuit een adversaire procesnotie opgebouwd, het Hof gaat ook van de principes van adversaire procesvoering en gelijkheid van wapenen uit.

De transformatie van dat procesconcept naar het nationale systeem blijkt dus problematisch te zijn. Enerzijds blijkt een versterking van de positie van de verdachte, zodat hij een sterke rechtmatigheidstoetsing kan afdwingen, niet realiseerbaar te zijn. Anderzijds blijven een sterke rechterlijke toetsing en herstel – op eigen initiatief – achterwege. Hoe dan ook, een sterke rechtmatigheidstoetsing wordt niet verwezenlijkt. Uitgaande van de noodzaak tot een versterking daarvan moet dan een verandering worden teweeggebracht in ofwel de sterkte van de procespositie van de verdachte, ofwel in de werkzaamheid en houding van de rechter.

In art. 6 EVRM en in de rechtspraak van het Hof ter zake wordt uitgegaan van een procesconcept dat doet neigen naar een keuze voor de eerste optie. Geldt dan dat waar het onmogelijk blijkt te zijn die optie in de nationale

context door te voeren, een intensieve, verdragsconforme rechtmatigheidtoetsing en herstel nimmer kunnen worden bewerkstelligd?

Dat behoeft niet het geval te zijn. Bij het uitblijven van de integrale overname van de adversaire processtijl, dient de essentie van de door art. 6 EVRM voorgeschreven bescherming te worden getransformeerd naar een voor de nationale rechtsorde bruikbare vorm. Als de adversaire positie van de verdachte niet wordt hersteld, moet ervoor gekozen worden de actieve plicht van de rechter om het verdedigingsbelang te benadrukken. Een gedeeltelijke, onsystematische en maar ogenschijnlijke overname van adversaire beschermingsmodaliteiten, niet uit interne overtuiging maar op basis van verdragsrechtelijke verplichtingen, bevordert niet dat de vereiste beschermingsstandaarden worden behaald. Waar de inlijving van het adversaire concept niet haalbaar blijkt te zijn, of wanneer deze wel wenselijk wordt geacht maar de systeemtransformatie een lang verloop heeft, verdient het – in de tussentijd – de voorkeur dat in plaats van de verdachte, de rechter nader wordt gemobiliseerd.

Daarmee hangt het volgende samen. Het is zeker onaanvaardbaar dat de voordelen van adversaire procesvoering (en sterke positie van de verdachte) niet worden overgenomen, maar de nadelen ervan wel. Te signaleren valt steeds meer de toepassing door de rechter van het concept van rechtsverlies in geval de verdedigingszijde zich onvoldoende inspanning heeft getroost. In een procesklimaat waarin de verdachte toch al geen sterke positie heeft, kan bovendien niet van hem worden verlangd dat hij een sterke participatie ten toon spreidt, op straffe van verlies van zijn rechten. Zeker gaat dat op wanneer verzuimen van de raadsman aan de verdachte worden toegerekend. Dat gevolg is alleen verdedigbaar in geval de verdediging een zo sterke positie heeft, dat hem kan worden verweten dat hij van bepaalde opties geen gebruik heeft gemaakt. In de nationale context is de positie van de verdachte niet zo sterk. Ofwel moet de eis van verdedigingsparticipatie worden gekoppeld aan de eis dat die participatie ook wordt gefaciliteerd en serieus genomen door overige partijen, ofwel moet die eis niet worden gesteld. In dat laatste geval geldt weer dat de niet lijdelijke strafrechter, die zich inspant in het verdedigingsbelang, voor de verwezenlijking van de vereiste standaard van eerlijkheid zorgdraagt.

De eis van verdedigingparticipatie en de vergaande gelijkstelling van raadsman en verdachte gaat hoe dan ook te ver. De niet-lijdelijke, verdedigingsbelang gezinde rechter – overigens ook het magistratelijke openbaar ministerie – is een groot nationaal goed en behoort tot het ideaal van een integer, volwassen en hoog geciviliseerd rechtssysteem. Dat behoort niet verloren te gaan, maar er dient er juist naar gestreefd te worden dat goed in stand te houden en te versterken.

Al zou die – niet adversaire – uitkomst van de ten behoeve van het verdedigingsbelang opererende rechter in strijd zijn met de letter van art. 6 EVRM, zij is niet strijdig met de geest ervan. Als enige niet variabele eis in art. 6 EVRM

moet immers worden opgevat die van de eerlijkheid zelf. Die eerlijkheid kan ook op alternatieve wijze worden bereikt.

4) Het ontbreken van een eigen bewijsminimumregel bij herstelbare normovertredingen en -gevaarzettingen

Bij bewijs met een risico van inhoudelijke onbetrouwbaarheid, bij bewijs waarop de verdachte geen recht op tegenspraak heeft kunnen uitoefenen en bij bewijs dat (mogelijk) onrechtmatig is verkregen, geldt in de verdragsrechtspraak een bewijsminimumregel. Dat zijn drie vormen van risicovol bewijs die veelal aan de orde zijn in bijzondere opsporingszaken, in de vorm van: (1) verklaringen die onder strafvorderlijke toezeggingen zijn afgelegd, (2) bewijs dat gedeeltelijk afgeschermd is geweest van de verdachte, en (3) bewijs dat – via de bijzondere opsporing – in strijd met opsporingsnormen is verkregen. Een veroordeling kan niet '*solely*' op basis van dergelijk bewijs worden bereikt.

Die regel is het meest strikt in geval van afgeschermd bewijs. In dat geval hanteert het Hof een hogere standaard, namelijk de regel dat een veroordeling niet uitsluitend, maar ook niet *'to a decisive extent'* kan worden gebaseerd op dergelijk bewijs.

Dat door het Hof aangehouden onderscheid dient in de eerste plaats niet te worden overgenomen. Geen aanleiding is er om een lager bewijsminimum te hanteren bij veroordelingen op basis van onrechtmatig verkregen of van inhoudelijk onbetrouwbaar bewijs dan bij afgeschermd bewijs. In alle gevallen dient er van te worden uitgegaan dat een veroordeling niet *solely or to a decisive extent* op uit rechtmatigheids- of betrouwbaarheidsoogpunt onveilig bewijs mag berusten. In de nationale context, waar via de *unus testis nullus testis* regel reeds aan 's Hofs lakse bewijsminimum bij het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs wordt voldaan, dient de voorzichtigheidsregel van het EHRM te worden getransformeerd in een hogere, nationale bewijsstandaard. Oftewel, er dient een bijzondere bewijsminimum te worden opgenomen in de wet, toegespitst op onrechtmatig verkregen bewijs.

De voordelen van het hanteren van een dergelijk bewijsminimum zijn velerlei. Het zou de rechtmatige toepassing bij het opsporingsonderzoek bevorderen wanneer de rechter zichtbaar gevolgen verbindt aan de risico's van onrechtmatigheid. Die regel zou bovendien dienst kunnen doen als een alternatief voor bewijsuitsluiting. Meer in het algemeen zou het hanteren van een bewijsminimumregel de kwaliteit van veroordelingen bevorderen in gevallen van onrechtmatig of voor normen gevaarzettend opsporingsonderzoek. Tot de opname van een wettelijk bewijsminimum ten aanzien van het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs dient de rechter van een dergelijk bewijsminimum uit te gaan.

6.5.3 Conclusies

Het nationale recht bevat ten aanzien van eerlijkheidsbeperkende doch herstelbare bijzondere opsporingstoepassingen wel een systeem voor toetsing en herstel. Wel kan de nationale rechterlijke rechtmatigheidstoetsing en -herstel als niet sterk worden benoemd. Dat geldt algemeen, maar ook ten aanzien van verschillende aspecten van het systeem, waar discrepanties met de verdragsstandaarden kunnen worden gesignaleerd.

Waar de bijzondere opsporing meebrengt dat wordt gehandeld op een mensenrechtelijk nog precair terrein, de normvorming nog verder moet worden uitgebouwd en wegens de inherente heimelijkheid en verzuimgevoeligheid van de bijzondere opsporing juist meer zorgvuldigheid zou moeten worden betracht, kan geen genoegen worden genomen met een zo laag toetsings- en herstelniveau. De gevolgen van afwijkende aspecten van de bijzondere opsporing bij het eindonderzoek dragen daar aan bij. De massaliteit van de procesinformatie en het gegeven dat de meest relevante informatie niet is vervat in de gebruikelijke vormen van wettige bewijsmiddelen waartoe de verdachte gemakkelijk toegang kan krijgen, maakt de toetsing immers gecompliceerder. Daarmee dient, bij de vaststelling van de mate waarin onderzoek en herstel noodzakelijk zijn, rekening te worden gehouden. Juist bij bijzondere opsporingszaken dienen alle mogelijke inspanningen te worden gedaan om een zo integraal mogelijk rechtmatigheidsonderzoek te garanderen.

Voor het uitblijven van een sterke toetsing en herstel kunnen een aantal onderliggende redenen worden aangewezen. Enerzijds is daarvoor oorzakelijk de primaatverlening in het nationale recht aan het doel van de materiële waarheidsvinding, anderzijds de zwakke mensenrechtelijke traditie, athans de zwakheid van de mensenrechtelijke traditie met betrekking tot rechtsbescherming tegen onrechtmatige opsporing. Daardoor miskent de rechter, die daarmee de door de wetgever gegeven systematische indicaties opvolgt, bij de rechtmatigheidstoetsing dat hij ernst moet maken met de rechtmatigheidstoetsing, en vertoont daarentegen veeleer de attitude dat hij zorg moet dragen voor rechtvaardiging of relativering van (de betekenis van) vormverzuimen.

De rechtmatigheidstoetsing is in het nationale recht sterker ingeval een raakvlak aanwezig wordt geacht met de mensenrechtelijke sfeer. Dat de rechter zijn toetsing in dat geval zou moeten benadrukken wordt in de literatuur ook bepleit. Bezwaarlijk evenwel is dan, dat daarmee de legaliteitseis dat opsporing wetsconform wordt uitgevoerd, al raakt de wet de mensenrechtelijke sfeer niet – een regel die ook tot de mensenrechtelijke sfeer moet worden gerekend – niet tot uitdrukking komt. Hoe tentatief ook, het lijkt mogelijk die eis in art. 6 EVRM in te lezen. Voortzetting van die rechtspraak en verdere uitbouw van die regel is zeker wenselijk. In het nationale recht is die regel al gesteld, in art. 1 WvSv. Die regel dient door de rechter te worden benadrukt.

Bij die onderdelen van de wettelijke regeling van de bijzondere opsporing waar tot regeling is overgegaan op basis van het tweede selectiecriterium, namelijk niet omdat daarbij een raakvlak is erkend met de mensenrechtelijke sfeer, maar omdat werd uitgegaan van een risico voorde integriteit, geldt het volgende. Bij die onderdelen is veelal wel sprake van een raakvlak met de mensenrechtelijke sfeer, namelijk met art. 6 EVRM. Nu de verbinding met het eerlijk-proces-recht bij de wettelijke regeling niet is gemaakt, dreigt het gevaar dat de rechter die verbinding niet inziet. Het gevolg daarvan kan zijn dat de ernst van het verzuim – wegens het uitblijven van de erkenning van de mensenrechtelijk implicaties daarvan – onvoldoende wordt erkend. Bezwaarlijker is daarbij het gevolg dat een verdedigingsbelang niet wordt erkend. Lacunes in de wettelijke regeling dienen teniet te worden gedaan door een herziening van de redactie van de regeling zodat de verbinding wel zichtbaar is.

6.6 ALGEMENE BESCHOUWINGEN, DE MEERWAARDE VAN HET VERDRAG VOOR DE NORMERING VAN DE BIJZONDERE OPSPORING

Dit onderzoek strekt met name tot beantwoording van de vraag in welke mate het EVRM, naar de huidige stand van zaken in de rechtspraak van het EHRM, een normerende werking heeft op de bijzondere opsporing. Die vraag ziet ook op de kwaliteit van de Straatsburgse normering en wel in twee opzichten, namelijk,
1de kwaliteit daarvan in de zin van de bruikbaarheid daarvan in de nationale rechtsorde, waar soms een gebrek aan aansluiting met de verdragsrechtelijke beschermingsconcepten kan worden gesignaleerd, en
2de kwaliteit van die normering in zichzelf, oftewel: welke beperkingen kleven er aan de verdragsbescherming ten aanzien van de bijzondere opsporing, en hoe dienen 's Hofs keuzes in dit verband te worden beoordeeld?

6.6.1 Het rechtsbeschermingsconcept in het verdrag en in het nationale recht

1) Lacunes in de verdragssfeer ten aanzien van opsporingsonderzoek in het algemeen
In het verdrag is amper sprake van een op strafvordering toegespitste bescherming, het opsporingsonderzoek is in de verdragstekst niet geconceptualiseerd. Art. 8 EVRM omvat de klassieke notie van strafvorderlijke rechtsbescherming tegen inbreuken op de tastbare persoonlijke levenssfeer in de vorm van de woning en correspondentie. Het Hof heeft die strafvorderlijke bescherming ook uitgebreid tot ruimere en minder tastbare privacysferen. De tekst van de bepaling geeft echter geen aanleiding tot het verbinden van bepaalde strafvorderlijke gevolgen aan de schending van het privacyrecht in de context van een opsporingsonderzoek. Het Hof heeft ook geen aanleiding gezien om dergelijke implicaties in het privacyrecht in te lezen.

De enige op strafvordering toegespitste bepaling in het verdrag, art. 6 EVRM, is ook weer niet gericht op het opsporingsonderzoek, maar vooral op het eindonderzoek, waar het eerlijk-proces-recht voorwaarden stelt voor het eerlijke – dat wil zeggen adversaire – verloop van rechtsgedingen. Art. 6 EVRM omvat daarmee vooral dezelfde acussatoire procesrechten die in de nationale sfeer door de wetboekgever van 1926 aan de verdachte zijn toegekend in het vooronderzoek, waar de verdachte bepaald weinig aan heeft in het opsporingsonderzoek.

Waar in het verdrag de bescherming in het opsporingsonderzoek moest zijn, is aldus een lacune. Het Hof moest zelf voorzien in bescherming. Dat vergde enerzijds een extensieve interpretatie van art. 8 EVRM, waardoor wel een solide verdragsrechtelijke legaliteitseis tot stand kwam. Daaraan werd ook wel een nalevingseis gesteld, maar niet per se in een strafvorderlijke context. Anderzijds werd art. 6 EVRM extensief gelezen, tot inclusie daarbinnen van een toetsings- en een hersteleis voor de rechter. Eveneens werden in art. 6 EVRM zelfstandige normeringseisen gesteld voor de opsporing, die – ook weer via de toetsingseis – wél op fatale wijze kunnen doorwerken in de procedure, respectievelijk dwingen tot herstel via een waarborgencompensatie. Art. 6 EVRM stelt evenwel geen legaliteitseis: geen van die normen behoeven in de wet te zijn vastgelegd. De toetsingseis heeft in art. 6 EVRM bovendien de vorm gekregen van *common law admissibility* en *exclusionary* regels ten aanzien van bewijs. Aan dat systeem kleven beperkingen: de toetsing is beperkt tot situaties van bewijsgebruik en de rechterlijke discretie moet, uit de aard van het bewijsrecht, zeer ruim blijven. Het bewijsrechtelijk kader lijkt in ieder geval niet geschikt te zijn voor toepassing in de nationale context, waar een op legaliteit gebaseerde beschermingsconstructie veel bredere bescherming zal bieden, maar ook beter zal passen bij het nationale rechtscultuur.

In de verdragsrechtelijke context is eveneens onhelder of tussen de doelen van materiële waarheidsvinding en rechtsbescherming voor de verdachte een concurrerende verhouding bestaat.

2) Ad hoc normering in de rechtspraak van het Hof ten aanzien van de bijzondere opsporing

Vastgesteld kan worden dat het EVRM wegens het ontbreken daarbinnen van een op opsporingsonderzoek, laat staan op bijzonder opsporingsonderzoek gerichte structuur, aanvankelijk ook geen duidelijke normering bevatte die in de nationale context, voordat de bijzondere opsporing tot stand kwam, bij de opstelling van de wettelijke regeling als blauwdruk had kunnen worden aangewend.

Ook het EHRM werd achteraf geconfronteerd met toepassingen van bijzondere opsporing en moest *stante pede* tot een deugdelijke normering komen. Net zo goed als dat gold voor de nationale rechter die in de pre-normeringsperiode van de bijzondere opsporing moest opereren vanuit een casusgebonden context en een ontbrekend zicht op het geheel van de bijzondere opsporing, moest

het Hof zich een weg banen in de gecompliceerde dynamiek tussen de bijzondere opsporing en de mensenrechtelijke sfeer.

Aan de normering van de bijzondere opsporing door het EHRM kleven daarmee dezelfde bezwaren die kleven aan de rechterlijke normering van precaire rechtsentiteiten in het algemeen: die normering is reactief van aard en wordt niet gestuurd door centrale, op deugdelijke dogmatische grondslagen berustende overwegingen.

3) Discrepanties tussen het verdrags- en nationaalrechtelijke strafvorderlijke beschermingsperspectief

Bij voorbaat dient er derhalve niet van te worden uitgegaan dat het EHRM een betere normering heeft bereikt dan de nationale rechter of wetgever. Los daarvan doet zich bij de overname van de Straatsburgse normering ten aanzien van het bijzondere opsporingsonderzoek een aantal specifieke bezwaren voor, die samenhangen met de eigenaardigheden van het nationale recht.

De Straatsburgse normering is niet toegespitst op twee fundamentele kenmerken van de Nederlandse strafvordering, namelijk dat daarbinnen het opsporingsonderzoek een centrale rol en belang heeft, en dat rechtsbescherming in het nationale recht, door de primaatverlenende werking van het legaliteitsbeginsel, hoofdzakelijk niet primair door de rechter, maar door de wetgever wordt verschaft.

Het verdragsrechtelijk perspectief bij strafvorderlijke bescherming gaat juist uit van rechtsbescherming via de eerlijke beslechting van procedures. In het verdragsrechtelijke concept van rechtsbescherming wordt daarmee de *rechterlijke* bescherming benadrukt, en wel de rechterlijke bescherming bij het *eindonderzoek.*

Bij dat type bescherming wordt dus niet voorafgaande (wettelijke) regeling als beschermingsmiddel, maar de retroactieve toetsing ter zitting door de rechter benadrukt. De in het nationale recht gangbare strafvorderlijke legaliteitsbescherming ontbreekt dus in het verdrag. Het verdrag gaat bovendien niet uit van een groot en belangrijk opsporingsonderzoek: in het verdrag wordt de strafvorderlijke bescherming gelijkgesteld met de bescherming die noodzakelijk is bij het eindonderzoek, welke fase daarom ook in art. 6 EVRM is benadrukt. De verdragsbescherming die thans wel bestaat voor het opsporingsonderzoek (en het vooronderzoek) is daarmee een afgeleide bescherming. Het verdrag biedt dus geen zelfstandige basis voor bescherming die toegespitst is op de eigenaardigheden van de voorfase. Daarmee wordt art. 6 EVRM (over)-belast met een nieuwe functie waarvoor het niet is geconstrueerd. Die bepaling geeft de eis van eerlijke procesvoering en omschrijft daarvoor de noodzakelijke voorwaarden. Duidelijk vertrekt de bepaling van de oorspronkelijke premisse dat de eerlijkheidseis geldt voor het wijze waarop de vaststelling van de uitkomst van een geschil (in casu de strafvervolging) wordt bereikt. De eis dat de uitkomst van een geschil op eerlijke wijze kan worden bereikt, kan betrekking hebben op de wijze waarop de waarheidsvinding bereikt wordt

én op de rechtmatigheid van het opsporingsonderzoek dat daarbij is uitgevoerd. De eerlijkheidseisen zien echter vooral op het eindonderzoek. In dat concept is de mogelijkheid van een ten opzichte van het eindonderzoek dominant opsporingsonderzoek niet verwerkt.

Het Hof heeft thans een basis voor bescherming in het opsporingsonderzoek verschaft in art. 6 EVRM. De rechter is daarmee wel vanuit deze verdragsbepaling belast met de taak om niet alleen zorg te dragen voor een eigen eerlijk onderzoek, maar moet ook de gevolgen voor de eerlijkheid die voortvloeien uit het opsporingsonderzoek in zijn oordeelvorming betrekken. Die basis is evenwel tentatief en de reikwijdte en stringentie van die rechterlijke plicht is geheel afhankelijk van de bereidwilligheid van het Hof deze in de bepaling in te lezen. Daarbij is het de vraag of dit internationale gerecht wel inzicht kan hebben in de strekking en het belang van het opsporingsonderzoek in de nationale strafvordering. Het maakt immers veel uit voor de omvang van de rechterlijke plicht tot toetsing van het opsporingsonderzoek, hoe belangrijk het opsporingsonderzoek in het geheel van het strafvorderlijk traject is.

Wat het concept van rechterlijke toetsing *an sich* betreft: de nationale strafvordering is gewoonweg niet berekend op *ex post facto* te verschaffen rechtsbescherming. De rechter is niet gewend zelf actief te voorzien in omvangrijke rechtsbescherming, maar gaat ervan uit dat de noodzakelijke standaarden in de wet zijn verwerkt. Strafvorderlijke rechtsbescherming in de nationale context wordt vooral verwezenlijkt door een strikte werking van de legaliteitseis. Waar rechtsbescherming noodzakelijk is, moet de wet daarin voorzien.

De enige verdragsrechtelijke strafvorderlijke bescherming voor het opsporingsonderzoek is te vinden in art. 6 EVRM, dat volledig vertrekt vanuit de premisse van *rechterlijke* rechtsbescherming. Effectief komt dat erop neer dat het verdrag voorziet in normering vanuit het uitgangspunt dat de rechter, zonder dat hij daarbij behoeft te worden ondersteund door een gedegen wettelijke regeling, rechtsbescherming in het opsporingsonderzoek bewerkt door ervoor te waken dat de eerlijkheid van zijn eigen onderzoek ter zitting niet door anterieure normschendingen wordt verontreinigd. Of een dergelijke, zozeer van rechterlijke inspanningen en bereidwilligheid afhankelijke, normering een meerwaarde kan hebben in de nationale context, waar de rechterlijke toetsingstraditie zwak is, is twijfelachtig. Normbevestiging in de nationale context wordt het beste bewerkt door concrete en strikte dictaten van de wetgever. Het verdrag eist nu juist niet dat het opsporingsonderzoek in het nationale recht op een bepaalde manier is geregeld en dat van te voren wettelijke voorschriften bestaan die de rechter dwingen tot een bepaalde omgang met (mogelijke) onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek. Het verdrag eist alleen dat de rechter erop toeziet dat de geldende normen worden nageleefd, dat hij voor zover mogelijk herstel bewerkt en dat hij in voorkomende gevallen – bij onherstelbare gevolgen – de strafvervolging als oneerlijk kwalificeert.

4) Betekenis van het afwijkend beschermingsperspectief voor de overname van verdragsnormen

Doordat de normeringstaak vanuit het verdrag niet uitdrukkelijk wordt opgedragen aan de wetgever, dreigt het gevaar dat die taak niet wordt overgenomen door de rechter, althans, niet met overtuiging. Gebrekkige overname van de verdragseisen behoeft echter niet te leiden tot nadere gevolgen in Straatsburg. Uit de aard van de aangereikte normering – door de rechter te bewerken rechtsbescherming – volgt immers dat de gedicteerde stappen zeer wel kunnen worden uitgevoerd, zonder dat zichtbaar wordt dat veronderstelde beschermingsstandaarden niet zijn behaald.

De nationale rechter kan kennelijk niet worden gebracht tot het verbinden van negatieve rechtsgevolgen aan normovertredingen in het opsporingsonderzoek indien de wetgever daarvoor geen heldere en dwingende regels geeft. Bij diffuse wettelijke regelingen van de zelfstandige normeringseisen voor de bijzondere opsporing en bij een onduidelijke toetsingsopdracht, kiest de nationale rechter voor de veilige weg en oriënteert hij zich op de waarheidsvinding. De wetgever moet duidelijk maken wat de opsporingsnormen zijn en hoe op verzuimen dient te worden gereageerd. Dan pas zal die rechter die taak op zich nemen. Het verdrag eist echter niet dat de wetgever dergelijke dictaten geeft. De meerwaarde van de verdragsnormering moet daarmee, in de context van het nationale recht, worden genuanceerd.

Inhoudelijk heeft de verdragsnormering zeker een meerwaarde, voor zover die normen worden getransformeerd naar een in het nationale recht bruikbare vorm. Als er inhoudelijk bepaalde eisen worden gesteld ten aanzien van het zwijgrecht van de verdachte bij misleidende bijzondere opsporingstoepassingen, kan de inlijving van die norm in het nationale recht worden bewerkt door ter zake een heldere regel in de wet op te nemen en daaraan een duidelijk, dwingend voorgeschreven rechtsgevolg te koppelen. Als bij bepaalde normovertredingen of toepassingen die normen onder druk zetten enherstel moet worden bewerkt, kan de wetgever opdrachten ter zake voor de rechter eveneens in de wet opnemen. De Straatsburgse normen zijn aldus wel van belang en hebben wel degelijk een meerwaarde voor de nationale strafvordering, maar moeten eerst bruikbaar worden gemaakt.

6.6.2 De sterkte van de rechtbeschermende normering in het verdrag en in de verdragsrechtspraak, 's Hofs keuzes daarbij

1) De devaluatie van de strafvorderlijke privacybescherming in art. 8 EVRM

Door het privacybegrip in art. 8 EVRM zo breed uit te leggen, heeft het EHRM de strafvorderlijke privacybescherming ontdaan van veel van haar betekenis. De horizontalisering is ten koste gegaan van de verticalisering. De privacybescherming mag breed en sterk zijn, de blokkade van de doorwerking naar

de eerlijkheid van een procedure leidt tot onderwaardering van het recht in de strafvorderlijke context.

De keuze van het Hof, in weerwil van de krachtige en uitgesproken dissent van de rechters Loucaides en Tulkens, tot deze devaluatie van de strafvorderlijke privacybescherming moet worden betreurd. Door in art. 8 EVRM wél een bijzondere beschermingsstructuur voor de strafvorderlijke context in te lezen, had het Hof kunnen voorzien in een bepaalde mate van herstel in de verdragsrechtelijke lacune ten opzichte van het opsporingsonderzoek. Het Hof heeft ervoor gekozen die lacune alleen via art. 6 EVRM op te vullen. Bestendiging van de daarmee geboden bescherming via de constructie van een nadere, op het opsporingsonderzoek toegespitste beschermingsgrondslag was zeker wenselijk geweest. Alle mogelijke beschermingsconstructies waartoe het verdrag een potentiële basis biedt, dienen te worden benut.

's Hofs keuzes in dit verband zijn evenwel ook begrijpelijk. Het privacyrecht moest zeer extensief worden uitgelegd, zodat kan worden voorzien in noodzakelijk bescherming. Als het Hof zou toestaan dat elke privacyschending die zich voordoet in de context van een opsporingsonderzoek vergaande implicaties heeft bij bewijsgebruik, zouden bijzonder veel zaken worden gefrustreerd, terwijl de onderliggende privacyschending – juist vanwege de brede, multidisciplinaire werking van dat recht – veelal niet eens strafvorderlijk van aard is. Vermoedelijk biedt art. 8 onvoldoende bescherming vanuit het perspectief van verschillen tussen de onderscheiden privacyssferen die door het Hof in die bepaling zijn ondergebracht. De vraag dringt zich dan op of een bezinning op verdragsaanpassing thans niet is aangewezen. Splitsing van het privacyrecht langs de lijnen van de daarin vervatte disciplinaire sferen lijkt niet ondenkbaar. Die optie is zeker de moeite van reflectie waard, de strafvorderlijke privacybescherming verdient herwaardering. De formulering van een zelfstandig recht op strafvorderlijke privacybescherming, met daarin verwerkte, op de strafvorderlijke context toegespitste, bijzondere rechtsgevolgen, is niet ondenkbaar.

2) Sterke relativering van verzuimen, ook door het EHRM, zwakke proportionaliteitstoetsing, zwakke werking van herstelmechanismen bij de rechtmatigheidstoetsing, restrictieve verboden

Gebleken is dat het EHRM zich, evenals de nationale rechter, bedient van dezelfde relativeringsmechanismen die de effecten van normovertredingen beogen te nuanceren en daarmee dergelijke overtredingen rechtvaardigen. De Schutznormleer, de goede trouw van opsporingsambtenaren bij normovertredingen, de alternatieve (theoretische) causaliteitsleer, Buruma's 'salamitechniek' en dergelijke, zijn allen waar te nemen in de rechtspraak van het Hof. Het Hof is zelfs, in de context van art. 8 EVRM, overgegaan tot een categoriale relativering van de overtreding van (strafvorderlijke) privacynormen.

Hetzelfde geldt ten aanzien van de keuze van het Hof voor de hersteleisen die gelden bij rechtmatigheidstoetsing bij herstelbare normovertreding en de

formulering van de negatieve opsporingsverboden. De herstelmechanismen komen feitelijk op niets meer neer dan de plicht voor de rechter ervoor zorg te dragen dat de verdachte zijn standpunt naar voren kan brengen. Daarbij stelt het Hof ook zeer strenge voorwaarden voor verdedigingsparticipatie.

Kanttekeningen kunnen ook worden geplaatst bij de striktheid van de door het Hof geformuleerde verbodsnormen ten aanzien van zwijgrecht, uitlokking en overheidsparticipatie, Onmiskenbaar stemt het Hof in vergaande beperkingen in dat verband toe. De bezwaarlijkheid van bijzondere opsporingstoepassingen die de klassieke grenzen van het zwijgrecht onder druk zetten en de precairheid van de notie dat de overheid ter criminaliteitsbestrijding zelf kan participeren in delictscomplexen, vragen om meer bezinning. 's Hof incidentele keuzes dienen niet klakkeloos voor juist te worden aangenomen.

Dergelijke door criminele politieke geïnspireerde en beleidsmatige overwegingen komen ook tot uitdrukking in de over het algemeen zwakke proportionaliteitstoetsing die door het Hof wordt uitgevoerd. De strafrechtelijke en de strafvorderlijke sferen betreffen terreinen waarin de mensenrechtelijke beschermingsnoden het meest gevoelig zijn en het meest fragiel. De toekenning van ruime beoordelingsmarges aan nationale overheden en de nuancering van falen in dat verband, moet niet breed zijn, maar tot het strikt noodzakelijke worden beperkt.

3) Open vragen, diffuse criteria, beperkte motivering

Een specifiek bezwaar tegen de werkwijze van het Hof betreft de motivering van uitspraken en het gebruik daarbij van diffuse termen. Gelet op de grote verantwoordelijkheid van het Hof kan worden verwacht dat het Hof alle nodige ruimte neemt om zich zo helder mogelijk uit te drukken. 's Hof's uitspraken laten evenwel ruimte voor meerderlei uitleg. Te vaak kan bij een uitspraak een beroep worden gedaan op het context-gebonden, casuïstische karakter daarvan, ook waar er gelegenheid was om de uitspraak in voorkomende gevallen van dat karakter te ontdoen door de toevoeging van een duidelijke algemene uiteenzetting van principes. Waar het Hof tot een weergave van te hanteren principiële uitgangspunten overgaat, bedient het zich vaak – zonder toelichting – van onduidelijke, soms beladen termen die juist meer vragen doen rijzen dan zij antwoorden verschaffen.

In de context van dit onderzoek zijn op verschillende belangrijke punten open vragen aangetroffen die door het Hof nader ingevuld moeten worden. Welke betekenis moet worden gehecht aan de aanname van het adversaire concept en de notie van de gelijkheid van wapenen bij art. 6 EVRM? Geldt dat het concept moet worden doorgevoerd in systemen waarin geen adversaire infrastructuur bestaat? Brengt de aanname van uitgangspunten van adversaire procesvoering en de gelijkheid van wapenen mee dat tussen de doelen van materiële waarheidsvinding en rechtmatigheidstoetsing een bepaalde hiërarchische verhouding moet worden aangenomen? Los van die uitgangspunten, welke verhouding ziet het Hof tussen die doelen bij het strafproces?

4) Het opsporingsonderzoek en de eindige rekbaarheid van art. 6 EVRM

De strafvorderlijke verdragsbescherming wordt welhaast geheel voorzien door art. 6 EVRM. Deze bepaling is toegespitst op bescherming niet in het opsporingsonderzoek maar in het eindonderzoek. De verdragsbepaling gaat bovendien uit van een bepaald (adversair) procesconcept dat mogelijk slecht aansluit bij het natioanle procesconcept. De bijzondere opsporing introduceert afwijkingen in het strafproces, niet alleen in het opsporingsonderzoek maar ook bij het eindonderzoek; daarop toegespitste bescherming is vaak alleen via extensieve interpretatie te bereiken. betwijfeld dient te worden of het eerlijk- proces-recht, in de huidige vormgeving daarvan in art. 6 EVRM, nog afdoende bescherming kan bieden. Evenals dat geldt bij het privacyrecht, kan de brede bevraging van art. 6 EVRM bescherming te bieden in zoveel nieuwe, van de structurele uitgangspunten van de bepaling afwijkende sferen ertoe leiden dat de bescherming dun wordt uitgesmeerd. Het ontstaan van teveel systeemdiscrepanties kan aldus met zich meebrengen dat noodzakelijke, op nieuwe contexten toegespitste, bescherming niet kan worden verschaft.

Vastgesteld kan worden dat één invariabele eis bestaat in de context van het eerlijk-proces-recht, namelijk het eerlijkheidsdoel zelf. Uitgegaan dient te worden van de premisse dat de verwezenlijking van dat doel – waartoe de in de bepaling uitgewerkte rechten in dienst staan – niet mag worden gefrustreerd door fixatie op de huidge inhoud en vormgeving van de bepaling. Het eerlijkheidsdoel prevaleert: als in art. 6 EVRM vervatte concrete eisen en concepten (waaronder relativeringsmechanismen), niet aansluiten bij strafvorderlijke ontwikkelingen of eigen strafvorderlijke structuur en daarmee het eerlijkheidsdoel niet wordt gediend, kan worden gekozen voor alternatieve modaliteiten.

De expliciete deelrechten in art. 6 lid 3 EVRM hebben, gelet op de extensiverende rechtspraak van het Hof met betrekking tot de eerlijkheidsnotie zelf, geen waardevolle betekenis meer. De catalogus van minimumrechten dient te worden herzien en te worden vervangen door een actuele lijst, waarin de belangrijke impliciete deelrechten zijn verwerkt die het Hof in de loop der tijd in de bepaling heeft ingelezen. Daaraan dient een legaliteitseis en een (uitdrukkelijke) proportionaliteitseis te worden toegevoegd.

Vastgesteld is dat het verdrag geen eigen, op het opsporingsonderzoek toegespitste bescherming bevat en dat de thans bestaande bescherming door het Hof moest worden geconstrueerd, Vastgesteld is eveneens dat een basis voor een dergelijke bescherming niet alleen in art. 6 maar ook in art. 8 EVRM te vinden was. Het EHRM heeft alleen de basis in art. 6 EVRM benut. Beide bepalingen missen evenwel aansluiting met het opsporingsonderzoek, beide zijn lacuneus en beide breiden zich slecht uit over de sfeer waarin de bescherming voor het opsporingsonderzoek zou moeten zijn. Bezinning is noodzakelijk ten aanzien van de houdbaarheid van die situatie, vooral in het licht van de voortschrijdende ontwikkeling van de veranderlijke, heimelijk uitgevoerde en verzuimgevoelige bijzondere opsporing.

6.7 AANBEVELINGEN, PLEIDOOI VOOR POSITIEVE VERDRAGSCONFORMITEIT

Gelet op de onderzoeksbevindingen, kunnen een aantal aanbevelingen worden gedaan voor de (verdere) normering van de bijzondere opsporing in de nationale context.

6.7.1 Voortzetting doorwerking art. 8 EVRM-schendingen

In één cruciaal aspect staat de strafvorderlijke bescherming in het nationale recht – zelfs de mensenrechtelijke – voorlopig nog op een hoger peil dan die in het verdrag. Noch art. 359a WvSv noch art. 1 WvSv sluit immers uit dat strafvorderlijke privacyschendingen in het opsporingsonderzoek doorwerken in de strafvervolging. In het nationale recht geldt een privacyschending nog altijd als een ernstig vormverzuim.

Daargelaten nog of aard, strekking en reikwijdte van de privacybescherming in afdoende mate zijn erkend door de wetgever of worden erkend door de rechter, bij de vaststelling van een schending van dit verdragsrecht in het opsporingsonderzoek is in het nationale recht zeker niet bij voorbaat uitgesloten dat zulks negatieve gevolgen heeft voor de strafvervolging. Ook in dat verband kan weliswaar de werking van bepaalde relativeringsmechanismen de strafvorderlijke privacybescherming in het nationale recht weer feitelijk tenietdoen. Het blijkt echter dat in het nationale recht in principe strikter wordt omgegaan met strafvorderlijke privacyschendingen dan in de verdragsrechtspraak.

Los daarvan geldt dat het in de nationale context niet alleen art. 8 EVRM is dat noopt tot privacybescherming. Schendingen van art. 8 EVRM in het opsporingsonderzoek zullen welhaast altijd – behoudens de gevallen waarin art. 8 EVRM verdergaande privacybescherming biedt juist vanwege de geweldige extensivering van dat verdragsrecht – tegelijkertijd neerkomen op een schending van de nationale grondwettelijke privacybescherming, alsmede daardoor van art. 1 WvSv. De overname van de rechtspraak van het EHRM waarin maar een zeer beperkte ruimte is gelaten voor de doorwerking van privacyschendingen in het opsporingsonderzoek zou daarmee de nationale grondwettelijke eisen en het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel veronachtzamen. Die overname is daardoor ook niet mogelijk.

6.7.2 Merites van overheidsparticipatie en niet-noodzakelijk uitstel en afstel van strafvorderlijke actie

Ten aanzien van overheidsparticipatie in delictscomplexen geldt, ook waar het uitlokverbod niet wordt geschonden, dat de grenzen tussen het toelaatbare en het ontoelaatbare zo diffuus zijn, dat het de voorkeur verdient dat het

fenomeen absoluut wordt uitgesloten. Gelet op de zeldzaamheid van de toepassing ervan en de ook buiten de sfeer van art. 6 EVRM vallende integriteitsrisico's die aan het fenomeen kleven, moet worden geconcludeerd dat de voordelen die dergelijke toepassingen met zich meebrengen niet opwegen tegen de bezwaren. De basale bezwaren die tegen overheidsparticipatie kunnen worden gemaakt – in een rechtsstaat kan de overheid geen strafbare feiten plegen om de criminaliteit te bestrijden – gaan net zo goed op als dat zij doen bij de door het EHRM erkende regel dat het niet eerlijk is een verdachte eerst uit te lokken, om hem daarna daarvoor te vervolgen. Daarvoor is geen verdere verklaring nodig dan dat het simpelweg onverantwoord is. Datzelfde geldt voor langdurig uitstel van de toepassing van dwangmiddelen met het doel de verdachte meer feiten te laten plegen om hem op basis van een zo zwaar mogelijk tenlastelegging te kunnen vervolgen of om bewijs tegen andere verdachten te vergaren.

6.7.3 Herbezinning op de positie van de rechter-commissaris en het gerechtelijk vooronderzoek bij de bijzondere opsporing

Verschillende mogelijke modaliteiten van bescherming in het bijzondere opsporingsonderzoek kunnen worden aangeduid:

- zelfstandige, op het opsporingsonderzoek toegespitste normen worden helder geformuleerd, terwijl een concrete toezichtsstructuur in plaats wordt gesteld, waarin door een ander dan de verdachte tijdens het onderzoek over de naleving van die normen waakt en bij overtreding daarvan, herstel teweegbrengt;
- zelfstandige, op het opsporingsonderzoek toegespitste normen worden helder geformuleerd en het toezicht op de naleving daarvan alsmede het bij overtredingen te bewerken herstel wordt achteraf door de rechter bij het onderzoek ter terechtzitting bewerkt. Daarbij worden aan de verdachte accusatoire, gelijkheidsbevorderende procesrechten toegekend, die hem in staat stellen invloed uit te oefenen op de rechterlijke oordeelsvorming.
- Bij die laatste optie kunnen de formulering van de zelfstandige opsporingsnormen en/of de wijze en mate van toetsing en herstel en de vaststelling van de gevallen van normovertreding waarin het proces dient te worden gediskwalificeerd aan de rechter worden overgelaten, zolang hij maar de minimumstandaarden van art. 6 EVRM in acht neemt, ofwel
- kan er voor worden gekozen de zelfstandige opsporingsnormen en/of toetsings-, herstel- en diskwalificatievoorschriften uitdrukkelijk en nauwkeurig in de wet te regelen, zodat de rechter zich kan beperken tot de toepassing van de wet en verplicht is tot het verbinden van rechtsgevolgen aan normovertredingen zoals door de wet voorgeschreven.

De volgende typering kan worden gedaan van de in de nationale context genomen keuzes ter zake. Geen heldere omschrijving heeft plaatsgevonden van de – juiste – zelfstandige verbodsnormen die uit art. 6 EVRM voortvloeien, die bij het opsporingsonderzoek in acht dienen te worden genomen; voor zover ter zake wel een regeling bestaat, is de verbinding met art. 6 EVRM niet gemaakt.

Het toezicht is hoofdzakelijk opgedragen aan de zittingsrechter. Daarbij is er niet voor gekozen de adversaire rechten van de verdachte te benadrukken: hem zijn vooral geen bijzondere rechten in verband met de meer precaire aard van de interne openbaarheidsverwezenlijking gegeven. Wel is er voor gekozen de normvorming en bevestiging over te laten aan de rechter bij het eindonderzoek, zonder dat hem een concrete blauwdruk is gegeven ten aanzien van de te handhaven normen en de omgang met de niet-naleving daarvan. Dat toezichtsysteem is evenwel niet versterkt door de inbouw van een sterke toezichtstructuur *tijdens* het bijzondere opsporingsonderzoek.

Die keuzes geven aanleiding tot de volgende, bij het gekozen toezichtsysteem, te plaatsen kanttekeningen. Bij de bijzondere opsporing, waar de toezichtsproblematiek vanwege de heimelijkheid en de verzuimgevoeligheid ervan zo acuut is dat deze moet worden aangemerkt als een zelfstandig, eigenaardig aspect van de bijzondere opsporing, is ervoor gekozen die toezichtstaak op te dragen aan het openbaar ministerie. Dat overigens, in het algemeen in weerwil van de aanbevelingen van de PEC Van Traa. Bij de opsporingsbevoegdheden waarvan de toepassing bijzondere risico's draagt voor de integriteit van de strafvordering is de rechter-commissaris in het geheel niet ingeschakeld, maar is het toezicht in handen gelegd van – weliswaar steeds hogere – organen van het openbaar ministerie zelf. Gekozen is dus voor een intern toezichtsysteem: uiteindelijk is het College van Procureurs-generaal belast met de bewaking van de integriteit van de strafvordering.

Die onderdelen van de bijzondere opsporing echter die door de wetgever onder de noemer van mogelijke integriteitsgevaarzetting, dus op basis van het tweede selectiecriterium, zijn geregeld, raken soms juist normen in art. 6 EVRM. Bij die methoden waarbij die raakvlakken niet zijn onderkend, is dus de ernst van de toepassing, niet alleen vanuit het integriteitsaspect, maar ook vanuit de gevaarzetting vanuit het mensenrechtelijk perspectief, veronachtzaamd.

Dat heeft er niet alleen toe geleid dat in de wettelijke regeling de verbinding naar art. 6 EVRM niet tot uitdrukking is gekomen (en daardoor ook niet door de rechter wordt erkend), maar tevens dat bij opsporingsbevoegdheden die in een even, zo niet veel meer, precaire relatie tot de mensenrechtelijke sfeer staan, ten onrechte niet is gekozen voor een onafhankelijk rechterlijk toezicht. Het kan niet zo zijn dat bij de bevoegdheden tot het afluisteren van telecommunicatie en het direct afluisteren wel een rechterlijke machtiging moet worden verkregen, maar niet bij de toepassing van bijzondere opsporings-

bevoegdheden waarbij het zwijgrecht van de verdachte en de verdragsrechtelijke participatienorm onder spanning kunnen komen te staan.

De keuze de rechter-commissaris een summiere rol toe te bedelen bij de bijzondere opsporing valt te betreuren. Bij deze vorm van onderzoek, dat heimleijk plaatsvindt, kan onafhankelijk rechterlijk toezicht niet worden gemist. Rechterlijk toezicht tijdens de opsporing kan compenseren dat de verdachte volledig in het ongewisse wordt gelaten omtrent het onderzoek en daardoor zelf geen toezicht kan houden op de naleving van zijn rechten. Vooral nu de normen die in acht dienen te worden genomen zelf nog niet volledig uitgewerkt kunnen worden geacht, is rechterlijke betrokkenheid in deze gevoelige fase onontbeerlijk.

De betrokkenheid van de rechter-commissaris in de heimelijke onderzoeksperiode zou bovendien bevorderlijk zijn voor de toetsing van de bijzondere opsporing achteraf door de zittingsrechter. Niet alleen kan de rechter-commissaris, indien hij integraal betrokken is bij de bijzondere opsporing, in de eerste plaats waken voor de naleving van normen, maar in de tweede plaats ook garant staan voor de deugdelijke vaststelling van datgene wat later door de zittingsrechter moet worden beoordeeld. Door een goede ordening aan te brengen in de instroom van informatie, door erop toe te zien dat het onderzoek niet eenzijdig wordt verricht, biedt de betrokkenheid van de rechter-commissaris bovendien ook een oplossing voor de systeemdiscrepantie die door de bijzondere opsporing wordt veroorzaakt, namelijk de opbouw van te massale, ondoorgrondelijke procesinformatie, zonder dat een recht bestaat op raadpleging van de meest relevante informatie in de vorm waarin die beschikbaar is. De rechter-commissaris zou erop kunnen toezien dat de juiste informatie, in de meest relevante vorm daarvan, beschikbaar is voor heldere raadpleging achteraf.

Geen principieel argument verzet zich tegen de invoering van een veel verdergaande betrokkenheid van de rechter-commissaris bij de bijzondere opsporing. Niet alleen dient de rechter-commissaris bij de toepassing van alle zware bijzondere opsporingsbevoegdheden te worden ingeschakeld, vooral die waarvan de toepassing art. 6 EVRM raakt, maar tevens dient hij belast te worden, bij wijze van compensatie voor het ontbreken van de mogelijkheid dat de verdachte zelf toezicht houdt op de naleving van zijn rechten, met de algemene taak tot de bewaking van het verdedigingsbelang en de deugdelijke waarheidsvinding. Daardoor kan ook de interne openbaarheidsverwezenlijking worden bevorderd. In elke bijzondere opsporingsonderzoek dient daarom de rechter-commissaris een (uitgebreide) toezichthoudende taak te hebben, vooral waar art. 6 EVRM opsporingsnormen aan de orde zijn.

6.7.4 Strikte legaliteit

Rechtsbescherming in de nationale context wordt het beste bewerkt door een strikte verwezenlijking van de legaliteit. Oftewel, de wetgever dient aan te geven welke normen dienen te worden aangehouden en welke gevolgen aan niet-naleving daarvan dienen te worden verbonden. Ook waar het verdrag niet noopt tot het treffen van wettelijke regelingen, dient de strikte werking van het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel in de nationale context niet alleen in stand te worden gehouden, maar nog nader te worden versterkt. De nationale rechter kan niet worden gebracht tot een verhoogde standaard voor rechtsbescherming in het bijzondere opsporingsonderzoek, zonder dat de wetgever hem daartoe dwingt.

Een striktere legaliteitseis brengt ook het volgende mee. De beginselen van behoorlijke strafvordering spelen reeds lange tijd een belangrijke rol in de Nederlandse strafrechtspleging. Het gegeven dat zij (althans de proportionaliteitseis en het verbod van détournement de pouvoir) geleidelijk aan in de rechtspraak van het Hof worden ingelezen in de eerlijkheidnotie in art. 6 EVRM, in ieder geval in 's Hof beoordelingen van de eerlijkheid van vervolgingen die volgen op onrechtmatige of voor opsporingsnormengevaarzettende opsporingsonderzoeken, maakt dat zij aan belang winnen. Wederom vanuit de gedachte dat de normversterking in de nationale context het beste geschiedt door een transformatie van de verdragsbescherming naar een in de nationale rechtsorde bruikbare context, valt aan te bevelen dat de ongeschreven beginselen in de (Grond)wet worden verwerkt.

6.8 UITLEIDING

De ontwikkeling van de bijzondere opsporing heeft in het nationale recht tot een omvangrijke wettelijke operatie geleid. Aan de invoering van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden lag het bewustzijn ten grondslag van het precaire karakter van de bijzondere opsporing, mede in het licht van mensenrechten. De vormgeving van de wettelijke regeling is in belangrijke mate georiënteerd op de verhouding tussen de bijzondere opsporing en de mensenrechtelijke sfeer. Uitgangspunt is daarbij geweest dat de bijzondere opsporing, naast de implicaties die het heeft voor strafvorderlijke integriteit, vanuit mensenrechtelijk perspectief, vooral art. 8 EVRM raakt. De wettelijke regeling is vanuit die gedachte geconstrueerd. Rechtspraak van het EHRM toont evenwel dat een meer pertinente verhouding bestaat tussen de bijzondere opsporing en art. 6 EVRM. Zulks noopt tot herbezinning in verband met de nationale wettelijke regeling, met het oog op het verdisconteren van de volle strekking van de verdragsnormen in dit verband. Daarbij is alertheid noodzakelijk op eventuele ongeschiktheid van onderdelen of asepcten van de verdragsnormering, bezien vanuit de eigen kenmerken van de nationale

strafvordering. Gekozen dient te worden voor een juiste vormgeving van beschermingsmechanismen die, gelet op op nationale eigenaardigheden, het na te streven probiteitsdoel en -standaard effectief kunnen verwezenlijken.

Lawson stelt dat de meerwaarde van de verdragsrechtspraak daarin ligt dat het EHRM zich '(...) in ieder geval bewezen (heeft) bij het opsporen van weeffoutjes en – fouten in de rechtsorden van overigens goed functionerende rechtstaten'.[4] Aan de hand van de rechtspraak van het EHRM op het terrein van de bijzondere opsporing - die dateert van ná de inwerkingtreding van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden - kan een (meer) verdragsconforme regeling tot stand worden gebracht.

Belangrijker dan (enkele) verdragsconformiteit – waarbij minima worden behaald – is evenwel dat serieuze committering plaatsvindt aan het probiteitsdoel. Een enkel toereikend mensenrechtelijk beleid op dit terrein kan niet toereikend worden geacht. Daarin ligt een eigen verantwoordelijkheid voor de nationale wetgever en rechter. Zulks niet alleen omdat de vorming van een (verdergaande) mensenrechtelijk beleid, dat toegespitst is op kenmerken van het eigen systeem, de voorkeur dient. Het EHRM speelt - terecht - een belangrijke rol bij de vorming van strafvorderlijke normen voor de opsporing en implicaties daarvan in de context van de strafvervolging, bij het ontbreken van een duidelijke grondslag in het verdrag voor die normering, treedt het Hof noodzakelijkerwijs autonoom op. Die rechtspraak heeft niet alleen vergaande gevolgen voor het nationale recht van afzonderlijke lidstaten, maar ook voor samenwerking op het terrein van de strafvordering in Europa. Dat brengt met zich mee 's Hofs normen bepalend zijn voor de samenwerking, waaraan Nederland ook deelneemt. Bij een dergelijke samenwerking is cruciaal dat duidelijk is wat de eigen – minstens verdragsconforme – standaarden zijn.

In dat laatste verband kan hier het thans voorliggend ontwerp-kaderbesluit inzake het Europees bewijsverkrijgingsbevel (EBB) niet zonder vermelding worden gepasseerd.[5] Het EBB bouwt, als tweede stap na de invoering van het Europees Aanhoudingsbevel (EAB), voort op de in 1999 in Tampere ter EU hand genomen beginsel van wederzijdse erkenning. Evenals bij het EAB, brengt dat met zich mee dat een 'beslissing van een justitiële autoriteit uit een andere lidstaat zonder uitgebreide toetsing in beginsel wordt erkend en ten uitvoer gelegd in een andere lidstaat als ware het een beslissing genomen door de eigen autoriteiten'.[6] Oftewel, '(l)idstaten moeten elkaars gerechtelijke beslissingen, ook in de opsporingsfase, wederzijds erkennen en dus zonder al te veel

4 R.A. Lawson, 50 jaar EVRM in vogelvlucht, In: NJCM-Bulletin, Speciaal nummer, jrg. 25, nr. 1, januari/februari 2000, p. 15.

5 Voorstel voor een kaderbesluit van de Raad betreffende het Europees bewijsverkrijgingsbevel ter verkrijging van voorwerpen, documenten en gegevens voor gebruik in strafprocedures, COM(2003)688.

6 Ontwerpbesluiten Unie-Verdrag, Brief van de Minister van Justitie van 20 maart 2006, Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 23 490, nr. 409 1, p. 1.

poespas *juridisch* effectueren'.[7] Voor het EBB, dat ziet op het 'verkrijgen en overdragen van "bestaand bewijs"'[8] betekent dat dat EU-lidstaten (tamelijk klakkeloos) dienen te voldoen aan verzoeken van andere EU-lidstaten tot de toepassing van bepaalde dwangbevoegdheden en overdracht van aldus verkregen informatie. Bestaand bewijs wil zeggen '(...) dat de gevraagde voorwerpen, documenten of gegevens al ergens aanwezig zijn, bijvoorbeeld op een plek waar ze in beslag genomen of gevorderd kunnen worden'.[9] Aldus vallen in Nederland de volgende dwangbevoegdheden onder de werking van het EBB: inbeslagneming, het bevel tot de uitlevering van voorwerpen, doorzoeking, het bevel tot het vastleggen van (bestaande) gegevens en de vordering (bestaande) gegevens te verstrekken.[10]

Via het EBB kan *niet* worden gevraagd om de toepassing van bevoegdheden waarmee '*nieuwe informatie*' wordt vergaard. Art. 3 lid 2 van het ontwerp-kaderbesluit sluit in dat verband uitdrukkelijk uit dat bevelen worden uitgevaardigd met verzoeken om: a) het afnemen van verhoren, opnemen van verklaringen en het opdracht geven tot de toepassing van andere methoden om verdachten, getuigen, deskundigen of andere partijen te horen; b) lichamelijk onderzoek of het (rechtstreeks van het lichaam) verkrijgen van lichaamsmateriaal of biometrische gegevens; c) de verkrijging van informatie in *'real time'*, zoals door het aftappen van communicatie, schaduwen van personen of het controleren van bankrekeningen, d) het verrichten van analyses betreffende bestaande voorwerpen, documenten of gegevens en e) het verkrijgen van door aanbieders van openbare elektronische-communicatiediensten of van een openbaar communicatienetwerk bewaarde communicatiegegevens.

Kortom, geen 'beslissingsstaat'[11] zal via een EBB van een tenuitvoerleggingsstaat[12] kunnen vragen om *de toepassing van,* onder andere, bijonzondere opsporingsbevoegdheden.[13] De soepelere basis voor samenwerking op basis van wederzijdse erkenning blijft bij bewijsverkrijging en -levering aldus beperkt tot vertrouwen in voldoende eenvormigheid bij de toepassing van een aantal 'standaard' dwangbevoegdheden.

Wat betreft de in art. 3 lid 1 ontwerp-kaderbesluit genoemde opsporingsmethoden, schroom in verband met een al te vrij verkeer van bewijsvergaring

---

7 J.A.E. Vervaele, Europeanisering van het strafrecht of de strafrechtelijke dimensie van de Europese integratie, Panopticon, 2004, p. 16.

8 Ontwerpbesluiten Unie-Verdrag, Brief van de Minister van Justitie van 20 maart 2006, Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 23 490, nr. 409 1, p. 1.

9 Ibidem.

10 Ibidem, p. 4.

11 De lidstaat waar het Europees bewijsverkrijgingsbevel is uitgevaardigd, art. 2 onder (a) ontwerp-kaderbesluit.

12 De lidstaat op het grondgebied waarvan de voorwerpen, documenten of gegevens zich bevinden of, in het geval van elektronische gegevens, rechtstreeks toegankelijk zijn op grond van de wetgeving van de tenuitvoerleggingstaat, art. 2 onder a) ontwerp-kaderbesluit.

13 Dat laat onverlet dat dergelijke verzoeken buiten het EBB-verband kunnen worden gedaan alsmede ten uitvoer kunnen worden gelegd.

hangt blijkens de toelichting van de Europese Commissie op haar voorstel voor het kaderbesluit[14] samen met het ontbreken van een goed zicht op of consensus omtrent wenselijke gemeenschappelijke normen. Overige opsporingsmethoden worden *voorlopig* niet onder het bereik van het EBB gebracht, onder andere omdat zij 'een specifieke regeling' vereisen (hetgeen door de Commissie in verband wordt gebracht met (de uitwerking van) het groenboek inzake procedurele waarborgen voor verdachten in strafzaken in de Europese Unie)[15] of tot '*heel wat discussie*' in Raad hebben geleid.[16] Dat moet begrijpelijk worden geacht, gelet op de complexiteit van de opsporing (vooral waar het gaat om innovatieve methoden als die genoemde in art. 3 lid 2 ontwerp-kaderbesluit) enerzijds en de implicaties van het beginsel van wederzijdse vertrouwen anderzijds. De stap naar deze vorm van Europese samenwerking berust immers op een gewichtige veronderstelling, namelijk dat lidstaten wederzijds kunnen vertrouwen op elkaars rechtsstelsels. 'Dat vertrouwen wordt onder andere ontleend aan het feit dat alle lidstaten partij zijn bij het EVRM en het individueel klachtrecht bij het EHRM hebben erkend'.[17]

De dwangbevoegdheden om de toepassing waarvan onder het EBB wel zal kunnen worden gevraagd, zijn zo bezien weinig problematisch.[18] De (mensenrechtelijke) kaders voor de toepassing ervan zijn duidelijk, allen worden beheerst door EHRM rechtspraak en verschillen in de toepassing ervan in nationale rechtsordes zijn overkomelijk. Het risico dat inbeslagneming in de tenuitvoerleggingsstaat op een voor de rechtsorde van de beslissingsstaat volkomen onacceptabele wijze wordt uitgevoerd is daarmee tamelijk klein. Mede gelet op de verrassende wendingen die zich ter zake in de Straatsburgse rechtspraak voordoen, kan dat dus niet worden gezegd van de in art. 3 lid 2 ontwerp-kaderbesluit genoemde methoden. Nu die laatste categorie kwantitatief veel methoden betreft dan de methoden waarvan de toepassing wel kan worden verzocht, moet de conclusie zijn dat het vertrouwen in gelijkvormige, binnen gemeenschappelijk kaders uitgevoerde opsporing voor het overgrote

14 Commissie van de Europese Gemeenschappen, Voorstel voor een kaderbesluit van de Raad betreffende het Europees bewijsverkrijgingsbevel ter verkrijging van voorwerpen, documenten en gegevens voor gebruik in strafprocedures, COM(2003) 688 def., 14 november 2003 (verder: Voorstel van de Commissie voor het kader-besluit).

15 Zie het voorstel van de Commissie voor het kaderbesluit, p. 8, met verwijzing naar: COM(2003) 75 def., 19 februari 2003.

16 Voorstel van de Commissie voor het kaderbesluit, p. 8.

17 Ontwerpbesluiten Unie-Verdrag, Brief van de Minister van Justitie van 20 maart 2006, Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 23 490, nr. 409 1, p. 1.

18 Zo stelt de Commissie over de inbeslagneming dat het '(...) een algemeen bekend begrip in het nationale en internationale strafrecht (is), al kunnen de reikwijdte en de wijze van uitoefening verschillen. Alle lidstaten hebben hun politie en gerechtelijke autoriteiten de bevoegdheid verleend om bewijsmateriaal in beslag te nemen. Deze bevoegdheid kan worden uitgeoefend door de gerechtelijke autoriteiten en onder bepaalde voorwaarden ook op eigen gezag door de handhavingsautoriteiten', Voorstel van de Commissie voor het kaderbesluit, p. 12.

deel nog in de kinderschoenen staat. 'Europa' is, ondanks de vele activiteiten op dit terrein, er nog niet uit wat betreft de (mensenrechtelijke) normen die de opsporing dienen te beheersen.

Wat die activiteiten betreft, juist de grootschaligheid en versnippering van de inspanningen die de opsporing in kaart, nopen tot waakzaamheid in verband met het eigen mensenrechtelijk programma op dit terrein. Het EHRM voert inmiddels een actief beleid op het terrein van de opsporing (en bewijsgebruik), het Hof staat daarin echter niet alleen. EU en (overige organen van de) Raad van Europa onthouden zich niet van voorstellen tot de invoering van nieuwe (samenwerkings)maatregelen in verband met criminaliteitsbestrijding, tegelijkertijd wordt in beide contexten geijverd geschikte (mensenrechtelijke) kaders te benoemen. *Green papers* tonen leemtes in het overzicht op fundamentele vraagstukken. Het vermoeden van onschuld blijkt in Europees verband nog onduidelijk te zijn,[19] bij de gedachtevoering over de *European Public Prosecutor*[20] stuitte men op het (in het kader van het EBB cruciale) problematiek van de wederzijdse toelaatbaarheid van bewijsmateriaal.[21] Dat vraagstuk bleek toen al zeer ingewikkeld te zijn: de wederzijdse toelaatbaarheid van bewijsmateriaal wordt niet in het ontwerp-kaderbesluit EBB geregeld omdat 'uit de raadpleging van deskundigen is gebleken dat eerst nog meer voorbereidend werk moet worden verricht'.[22] Men is er tot dusver niet uit: de voor 2006 aangekondigde *green paper* over *evidence admissibility* is er nog altijd niet. Ook het in 2004 door de Europese Commissie ingediende voorstel voor een kaderbesluit over bepaalde procedurele rechten in strafprocedures binnen de gehele Europese Unie[23] staat stil. Het Europese standpunt ten aanzien van wederzijdse vertrouwen is weliswaar dat er 'op [moet] worden toegezien dat de behandeling van verdachten en de rechten van de verdediging niet alleen niet in het gedrang komen door de toepassing van dit beginsel (...), maar zelfs beter worden gewaarborgd'.[24] In dat verband wordt terecht erkend dat 'wederzijdse erkenning nauw samen[hangt] met het bestaan en de inhoud van bepaalde parameters die de doeltreffendheid ervan bepalen", waarvan er één "de vaststelling van gemeenschappelijke minimumnormen die noodzakelijk zijn om de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning te vergemakkelijken" is'.[25] Overeenstemming over de gemeenschappelijke minimumnormen blijkt evenwel moeilijk te bereiken. Nog daargelaten dat door de JBZ-Raad alleen ten aanzien van beperkte in het besluit op te nemen procedurele rechten overeenstemming kon worden bereikt, blijken de drempels voor committering

19 *Green paper, presumption of innocence*.
20 COM(2001) 715 def. van 11 december 2001.
21 Voorstel van de Commissie voor het kaderbesluit, p. 15.
22 Ibidem.
23 Kaderbesluit over bepaalde procedurele rechten in strafprocedures binnen de gehele Europese Unie COM(2004) 328.
24 Voorstel van de Commissie voor het kaderbesluit, p. 12.
25 Ibidem.

de lidstaten toch te hoog. Het deelverslag van de JBZ-Raad van 12 en 13 juni 2007 geeft aanleiding tot weinig optimisme: '(h)et ontwerp-kaderbesluit is reeds geruime tijd in onderhandeling, waarbij de meningen van de lidstaten ver uiteen liggen'.[26] Een compromis kan niet worden bereikt, mede omdat lidstaten menen dat het kaderbesluit overbodig is omdat alle lidstaten al lid zijn van het EVRM en ook vrezen '(...) dat er conflicten zouden kunnen ontstaan met (de jurisprudentie van) het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg'.[27] Ter zake is derhalve nog geen overeenstemming bereikt, '(o)nduidelijk is op dit moment of het Portugese voorzitterschap zal trachten dit dossier uit het slop te trekken'.[28]

Die verzuchting is tekenend, de beperking in het EBB ten aanzien van bepaalde, mensenrechtelijk bezien welomlijnde dwangbevoegdheden lijkt daarmee verstandig. Het gevaar dat een tenuitvoerleggingsstaat bij de uitvoering van opsporingsmethoden waarvan de mensenrechtelijke implicaties niet geheel duidelijk zijn, mensenrechten schendt en daarmee verkregen bewijs levert, *lijkt* in ieder geval daarmee uitgesloten.

Dat is echter schijn, want de in het EBB aangebrachte beperking ten aanzien van 'bestaande informatie', is vergaand geclausuleerd. In art. 3 lid 3 van het ontwerp-kaderbesluit is namelijk bepaald dat het Europees bewijsverkrijgingsbevel kan worden uitgevaardigd met het oog op het verkrijgen van voorwerpen, documenten of gegevens als bedoeld in lid 2, *mits deze voorwerpen, documenten of gegevens vóór de uitvaardiging van het bevel in het bezit van de tenuitvoerleggende autoriteit zijn*.[29] Dat wil zeggen, daargelaten de wijze van verkrijging, kan bewijs onder andere via het EBB-worden opgevraagd en overgedragen, voorzover dat bewijs 'vóór de uitvaardiging van het bevel'[30] is bijeengebracht. 'In dergelijke gevallen zal het mogelijk zijn bestaande neerslagen van afgetapte communicatie, toezicht op bankrekeningen, verhoren van verdachten, verklaringen van getuigen en resultaten van DNA-tests te verkrijgen'.[31]

---

26 JBZ-Raad 12 3n 13 juni; deelverslag, 5 juli 2007, Tweede Kamer, Bijlage bij Kamerstuk 23 490, nr. 459.

27 Ibidem.

28 Ibidem.

29 Zie voorts art. 3 lid 4bis Ontwerp-kaderbesluit: niettegenstaande lid 1 heeft het Europees bewijsverkrijgingsbevel, indien de uitvaardigende autoriteit dit vermeldt, ook betrekking op andere voorwerpen, documenten of gegevens die de tenuitvoerleggende autoriteit tijdens de tenuitvoerlegging van het bevel ontdekt en zonder verder onderzoek relevant acht voor de procedure ten behoeve waarvan het bevel werd uitgevaardigd en art. 3 lid 4ter Ontwerp-kaderbesluit: niettegenstaande lid 2 kan het Europees bewijsverkrijgingsbevel, indien de uitvaardigende autoriteit daarom verzoekt, ook betrekking hebben op het opnemen van verklaringen van personen die aanwezig zijn bij de tenuitvoerlegging van het Europees bewijsverkrijgingsbevel en die rechtstreeks verband houden met het onderwerp van het Europees bewijsverkrijgingsbevel. Het opnemen van deze verklaringen valt onder de regelgeving die in de tenuitvoerleggingsstaat van toepassing is op nationale gevallen.

30 Ontwerpbesluiten Unie-Verdrag, Brief van de Minister van Justitie van 20 maart 2006, Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 23 490, nr. 409 1, p. 2.

31 Ibidem.

Kortom, indien het EBB in de jaren negentig van de vorige eeuw in werking zou zijn geweest en de in de hier besproken rechtspraak door het EHRM afgekeurde opsporingsmethoden *vóór* een EBB-verzoek waren toegepast, had die onder (ernstige) verdragsschendingen verkregen informatie juist *gemakkelijk* de weg kunnen vinden naar een procesdossier van een andere lidstaat.[32] Want, let wel: '(a)nders dan bij de politiële informatieuitwisseling, gaat het hierbij om de verstrekking van informatie ten behoeve van het bewijs in een strafzaak in de uitvaardigende lidstaat'.[33] Sterker, gelet op de diffuusheid in Europa omtrent kaders voor de opsporing en het ferme optreden van het EHRM bij de normering van deze onderzoeksfase, is er alle aanleiding om er van uit te gaan dat EBB-landen in de toekomst wel vaker door het Hof zullen worden teruggefloten. Ervan uitgaande nu dat het de bedoeling is dat lidstaten dankbaar gebruik maken van elkaar's reeds verrichte strafvorderlijke arbeid,[34] scenario voor de toekomst is dan dat nationale procesdossiers een meer internationaal aanzien zullen krijgen. De kans is dus juist groot dat er in de toekomst via mensenrechtenschendingen verkregen bewijs over en weer zal worden overgedragen.

Nationale rechters zullen derhalve vaker worden geroepen zich niet alleen een oordeel te vormen over de rechtmatigheid van de verkrijging van bewijs door de eigen strafvorderlijke autoriteiten, maar ook van die van andere lidstaten. Tal van problemen kunnen in dat verband rijzen. Zal de Italiaanse rechter die in zijn procesdossier een Duits proces-verbaal tegenkomt waaruit blijkt dat de verdachte zich ook in Duitsland schuldig heeft gemaakt aan de verkoop van cocaïne ook weten dat het bewijs onder pijnlijke dwang uit zijn lichaam is geëxtraheerd? Zal de Nederlandse rechter weten dat de precieze wijze waarop vertrouwelijke communicatie is afgeluisterd in het Verenigd Koninkrijk in strijd is met het EVRM? Kan Europa er thans van uitgaan dat het EHRM niet uitsluit dat verdachten van ernstige delicten bij politieverhoor kunnen worden bedreigd met martleing? Van welke normen moet de rechter uitgaan bij de toepassing van bevoegdheden waaromtrent (nog) geen EHRM-rechtspraak bestaat? Toegegeven, die problematiek kan nu ook spelen bij

---

32 Bovendien, het is ook de bedoeling dat verzoeken tot toepassing in de toekomst ook betrekking zullen gaan hebben op overige opsporingsmethoden. De thans aangebracht beperking in art. 3 lid 2 ontwerp-kaderbesluit is dus tijdelijk van aard. Zie het voorstel van de Commissie voor het kaderbesluit, p. 2: '(h)et voorstel regelt het verkrijgen van deze andere vormen van bewijsmateriaal weliswaar niet, maar de Commissie beschouwt het als een eerste stap in de richting van de vervanging van de bestaande regeling inzake wederzijdse rechtshulp binnen de Europese Unie door één enkel stelsel van rechtsregels, dat gebaseerd is op wederzijdse erkenning en waarvoor minimumnormen gelden'.

33 Ontwerpbesluiten Unie-Verdrag, Brief van de Minister van Justitie van 20 maart 2006, Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 23 490, nr. 409 1, p. 2.

34 Ibidem, p. 1-2: '(h)et doel van het ontwerp-kaderbesluit betreffende het EBB is het bewerkstelligen van een snellere, efficiëntere strafrechtelijke samenwerking tussen de lidstaten op het gebied van het vergaren en overdragen van voorwerpen, documenten en gegevens ten behoeve van het bewijs in een strafzaak'.

informatieoverdracht via het klassieke rechtshulpinstrumentarium. Echter, welke invloed heeft het door het wederzijdse vertrouwen gegeven keurmerk op de beoordeling van geleverd bewijs? Moet EBB-informatie juist beter worden onderzocht door de rechter, of strekt het beginsel van wederzijdse erkenning ook tot het 'zonder veel poespas' uitgaan van de rechtmatigheid van de verkrijging van bewijs? Juist het gegeven dat het hier zal gaan om 'bewijsinformatie', (ofwel, ter gebruik tot bewijs in strafvervolgingen) maakt dat de kwestie van de toelaatbaarheid van bewijs zo belangrijk is.

Het belang van goede regels in verband met toelaatbaarheid van bewijs, wordt in EU-verband ook wel erkend. Samenwerking bij bewijsverkrijging loopt immers op niets uit als nationale rechters bij gebruik massaal afhaken. In Tampere is ter zake door de Raad geconcludeerd dat 'door de autoriteiten van een lidstaat legaal verkregen bewijsmateriaal gebruikt moet kunnen worden in rechtszaken in andere lidstaten, rekening houdend met de daar toepasselijke normen'.[35] In de context van de discussie over de Europese openbare aanklager is het standpunt dat 'de *conditio sine qua non* voor wederzijdse toelaatbaarheid van het bewijsmateriaal in alle gevallen blijft dat dit in de lidstaat waar het is verzameld op rechtmatige wijze is verkregen. Het op straffe van uitsluiting van het bewijsmateriaal te eerbiedigen recht zou in de eerste plaats het nationale recht moeten zijn van de plaats waar het bewijsmateriaal zich bevindt'.[36] Als gezegd, de materie van de wederzijdse toelaatbaarheid wordt ook niet in het ontwerp-kaderbesluit EBB structureel uitgewerkt. '(D)e toelaatbaarheid van bewijsmateriaal dat op het grondgebied van een andere lidstaat is verkregen, te vergemakkelijken',[37] is wel een uitdrukkelijke doel in die context. Zulks moet worden bereikt in de eerste plaats door te voorzien in 'bepaalde procedurele waarborgen ter bescherming van de grondrechten'.[38] In de tweede plaats wordt toelaatbaarheid bevorderd 'door het handhaven en verder uitwerken van de benadering van artikel 4 van de EU-overeenkomst van 2000'.[39] Dat betekent dat 'de aangezochte lidstaat rechtshulp moet verlenen met inachtneming – voorzover mogelijk – van de door de verzoekende lidstaat uitdrukkelijk aangegeven formaliteiten en procedures'.[40] Weigering is alleen mogelijk 'indien dat strijdig zou zijn met de fundamentele beginselen van zijn eigen recht of indien de overeenkomst zelf uitdrukkelijk stelt dat de uitvoering van de verzoeken onder het recht van de aangezochte lidstaat valt'.[41] In de derde plaats zal het EBB alleen kunnen worden uitgevaardigd "indien de uitvaardigende autoriteit ervan overtuigd is dat zij de voorwerpen, documenten of gegevens onder soortgelijke voorwaar-

35 Voorstel voor het kaderbesluit van de Europese Commissie, p. 15.
36 Ibidem.
37 Ibidem.
38 Ibidem.
39 Ibidem.
40 Ibidem.
41 Ibidem.

den zou kunnen verkrijgen indien die zich op het grondgebied van haar eigen lidstaat bevonden', hetgeen - normaliter - ertoe moet leiden dat 'in een volgend stadium de toelaatbaarheid van de voorwerpen, documenten of gegevens als bewijsmateriaal in procedures in de beslissingsstaat' wordt vergemakkelijkt.[42] Tot slot is een waarborg gelegen in de verplichting de uitvaardigende autoriteit onmiddellijk op de hoogte te stellen wanneer een bevel ten uitvoer is gelegd op een wijze dat in strijd is met het nationale recht van de beslissingsstaat.[43] 'Dit moet nog beter garanderen dat het bewijsmateriaal op wettige wijze is verkregen, en aldus de toelaatbaarheid ervan in de gerechten van de beslissingsstaat vergemakkelijken'.[44]

Overeenstemming over procedurele waarborgen is in Europa - daargelaten de rechtspraak van het EHRM - echter precair. Lidstaten kunnen wel verzoeken om de inachtneming van bepaalde formaliteiten en procedures, maar dat waarborgt niet dat zij juiste kaders zullen aanreiken. De nationale rechter is niet verplicht via EBB verkregen bewijs daadwerkelijk tot bewijs te gebruiken maar weet niet altijd precies wanneer bewijsverkrijging als onrechtmatig moet worden bestempeld of hoe hij overigens met onrechtmatig verkregen bewijs dient om te gaan. Deze nationale rechter moet op de hoogte worden gesteld van eventuele normschendingen, maar weet de leverende lidstaat wel zelf wanneer daarvan sprake is en welke mate van informatie daaromtrent verstrekt dient te worden? Voornoemde waarborgen zijn er allen op gericht geleverd bewijs zo aantrekkelijk mogelijk te doen zijn voor de nationale rechter, in die zin dat hij ermee kan leven, bezien vanuit zijn eigen nationale rechtsorde. Dat zal ongetwijfeld wel bijdragen aan zijn neiging het bewijs te gebruiken.

Feit blijft dat het welslagen van het EBB – maar ook van bewijstoetsing in het algemeen - afhankelijk blijft van de kwaliteit van het overzicht dat de nationale rechter heeft van de juiste opsporingsnormen. Het accent zou dus moeten worden gelegd op de ontwikkeling van een deugdelijk kader voor de opsporingsnormen, op basis waarvan rechters tot een juiste waardering van bewijs kunnen komen. Daarenboven dient niet te worden miskend dat er ook mensenrechtelijke normen bestaan in het EVRM ten aanzien van de wijze waarop bewijs door de rechter dient te worden getoetst op eventueel onrechtmatig verkrijging alsmede de gevolgen die hij aan een vaststelling van onrechtmatige verkrijging moet verbinden. Het streven moet natuurlijk allereerst zijn geen ondeugdelijk bewijs aan te leveren, de realiteit is dat dat niet altijd zal lukken. De rechter dient ook te weten hoe hij met die realiteit dient om te gaan. Dat is nu juist de essentie van het toelaatbaarheidsvraagstuk.

Een goede oplossing ligt in Straatsburg en reikt verder dan de context van het EBB en de EU. In het groenboek inzake procedurele waarborgen voor verdachten in strafzaken is er op gewezen dat 'alle lidstaten van de EU, en

42 Ibidem, p. 16.
43 Ibidem.
44 Ibidem.

ook alle toetredende staten en kandidaat-lidstaten het belangrijkste verdrag waarin deze normen verankerd zijn, het Europees Verdrag voor de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), hebben ondertekend; het mechanisme voor het scheppen van wederzijds vertrouwen bestaat dus reeds'.[45] Dat laatste is, wat betreft de beide hierboven geformuleerde kernvragen, inderdaad het geval en wel voor alle lidstaten van de Raad van Europa. Er bestaat inmiddels vaste en strikte Straatsburgse rechtspraak, niet alleen over opsporingsnormen zelf, maar ook over de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs. Geheel in lijn met de grondslag van het principe van wederzijdse erkenning dient die rechtspraak leidend te zijn bij elke vorm van bewijsrechtelijke samenwerking. In dezelfde zin is de nationale rechter gebonden aan dit door het EHRM aangedragen kader.

De strafvorderlijke rechtspraak van het EHRM is daarmee een wezenlijk belang, niet alleen voor de afzonderlijke lidstaten zelf, maar ook voor het mensenrechtelijke welslagen van de Europese samenwerking. Dat ontslaat de nationale wetgever echter niet van de verantwoordelijkheid niet alleen uit te gaan van Europese minima, maar een eigen, op de eigen rechtsorde georiënteerde beleid te voeren. De algemene diffuusheid ten aanzien van de inrichting van de opsporing in het breder Europees verband, maakt de ontwikkeling van een eigen, op de minima *voortbouwende* beleid dringender. De opsporing is niet volledig in kaart gebracht, steeds verdergaande innovatie in verband met strafvorderlijke onderzoeksmethoden enerzijds en de dynamiek van mensenrechtelijke kaders anderzijds maakt dat uitgegaan dient te worden van een voortdurend proces.

45 Ibidem, p. 12.

Literatuur

Verkort aangehaalde literatuur is niet in deze lijst opgenomen.

Arai-Takahashi, Y., The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR, Antwerp, Intersentia, 2002

Ascher, L./Steenbruggen, W., Het Emailgeheim op de werkplek. Over de toelaatbaarheid van inbreuken op het communicatiegeheim van de werknemer in het digitale tijdperk', NJB, 2001-37, 1788

Baauw, P.J., aant. 1 op art. 30 (sppl. 109, oktober 1998), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

Barkhuysen, T., Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten, Diss. UL, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1998

Beerling, H.W.R., Opmerkingen over Engels strafproces, DD nr. 7, juli 1975

Beijer, A., Bedreigde getuigen in het strafproces, Diss. Utrecht, Gouda Quint, Deventer

Beijer, A./Bokhorst, R.J./Boone, M./Brants, C.H./Lindenman, J.M.W., De Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden: eindevaluatie – fase 2, WODC, Onderzoek en beleid, nr. 222, 2004

Beijer, A., aant. 2 op artt. 226a-226f (suppl.110, februari 1999), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

Blok/Besier, Het Nederlandse strafproces, eerste deel, Haarlem, H.D. Tjeenk Willink, 1925

Blok, P.H./Vedder, A.H., Privacy in ontwikkeling, In: J.E.J. Prins/ M.A.Berkvens (Red.), Privacyregulering in theorie en praktijk, Kluwer, Deventer, 2002, Derde druk, p. 5-31

Blom, T., Drugs in het recht, recht onder druk, Een onderzoek naar de relatie tussen de strafrechtelijke handhaving van de Opiumwet, de daarbij gehanteerde opsporingsmethoden en het rechtop privacy van burgers, Deel 3, Recht op privacy. Diss., Erasmus Universiteit Rotterdam, SI-EUR proefschriftenreeks, Gouda Quint, 1998

Blom. T., De meest passende sanctie: de Hoge Raad en onrechtmatige verkregen bewijs, DD 2002

Boek, J.L.M./Nijboer, J.F, 'Vigilat ut requiescant', De Politie en geheime daadwerkelijke handhaving van de (rechts?)orde in strafzaken, Recht en kritiek, 1987

Bokhorst, R.J./Kogel, C.H. de/Meij, C.F.M. van der, Evaluatie van de wet BOB – fase 1, De eerste praktijkervaringen met de Wet Bijzondere opsporingsbevoegdheden, WODC, Onderzoek en beleid, nr. 197

Brants, C.H./Mevis, P.A.M./Prakken, E., (red.), Legitieme Strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie voor de 21e Anterwerpen, Intersentia, 2001

Brants, C.H./Mevis. P.A.M./Prakken, E./Reintjes, J.M., (red.) Op zoek naar grondslagen, Strafvordering 2001 ter discussie, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2003

Broeders, A.P.A., Daubert en Saks: het einde van de klassieke identificatiecriminalistiek?, NJB nr. 36, 2002
Buruma, Y., Onrechtmatige opsporing, DD 32 (2002), afl. 2
Buruma, Y., De aandacht van de strafrechter, Oratie Nijmegen, Deventer, 1996
Buruma, Y., Titels IVA-VC. Bijzondere bevoegdheden tot opsporing e.a. art. 126g-126gg – 1-62 (suppl. 121, april 2001), in: Melai/Groenhuijsen e.a.
Buruma, Y., aant. 7 op art. 126g-126gg (suppl. 121, april 2001), in: Melai/Groenhuijsen e.a.
Buruma, Y., aant. 4 en aant. 9 op art. 126h (suppl. 121, april 2001), in: Melai/Groenhuijsen e.a.
Buruma, Y./Muller, E.R., Na de enquête: inzake het voorontwerp bijzondere opsporingsbevoegdheden, NJB nr. 12, 21 maart 1997
Buruma, Y./Vegter, P.C., Buitengewone opsporingsmethoden, Studiepocket strafrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1998

Clayton,R./Tomlinson, H., Fair Trial Rights, Reprinted from The Law of Human Rights, Oxford University Press, 2001
Cleiren, C.P.M., Beginselen van een goede procesorde, Diss. UL, Gouda Quint, Arnhem, 1989
Cleiren, C.P.M., Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht, Het Opstandige slachtoffer, Genoegdoening in het strafrecht en burgerlijk recht, NJV-pre-advies, Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging, 1333e jaargang/2003-1
Cleiren, C.P.M./Dubelaar, M.J. (Red.), Op zoek naar samenhang. Het Algemeen kader herziening strafvordering nader beschouwd, Kluwer, Deventer, 2006
Cleiren, C.P.M./Mevis, P.A.M., Het dubbelzijdige karakter van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden, In: C.P.M. Cleiren e.a. (Red.), Voor risico van de overheid, Deventer Gouda Quint 1996
Cleiren, C.P.M./Nijboer, J.F., T&C Strafvordering, 2001
Corstens, G.J.M., Het Nederlands strafprocesrecht, Kluwer, Deventer 2008, 6de druk

Dijk, P.van/Hoof, F. van/Rijn, A. van /Zwaak, L. (Red.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Intersentia, Antwerpen - Oxford, 2006, Vierde druk
Drenth, J.H., Bijdrage tot de kennis der historische ontwikkeling van het accusatoire tot het inquisitoire strafproces, Diss. Amsterdam, 1939

Embregts, M.C.D., Uitsluitsel over bewijsuitsluiting, Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatige verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht, Diss. Tilburg, Deventer, Kluwer 2003
Embregst, M.C.D., aant. 3.2-3.3, 5.9 en 5.10 op art. 359a (suppl. 119, december 2000), in: Melai/Groenhuijsen e.a.
Enschede, Ch. J., Bewijzen in het strafrecht, RM Themis, 1966

Fijnaut, C., De normering van het informatieve onderzoek in consitutioneel perspectief, preadvies Nederlandse Vereniging voor rechtsvergelijking, 1994
Fokkens, J.W., De exclusionary rule in het Nederlands strafproces, in: J.W. Fokkens/N. Keijzer (red.), Beginselen, (G.E. Mulder-bundel), Arnhem, Gouda Quint, 1981

Franken, A.A., Algemene beschouwingen bij het onderzoek ter terechtzitting; de betekenis van het dossier in het strafproces (suppl. 121, p. I-140), in: Melai/Groenhuijsen e.a.

Garé, D., Het blijft tobben met de anonieme getuige. De Wet Getuigenbescherming geëvalueerd aan de hand van recente uitspraken van de Hoge Raad, NJB nr. 36, 9 okt. 1998

Garé, D., Rechtsbescherming en waarheidsvinding: vorm en inhoud hangen samen, DD 27, 1997, afl. 4

Groenhuijsen M.C./Knigge G., (red.), Het onderzoek ter zitting, Eerste interimrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Gouda Quint, Deventer, 2001

Groenhuijsen M.C./Knigge G., (red.), Het Vooronderzoek in strafzaken, Tweede interimrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Gouda Quint, Deventer, 2001

Groenhuijsen M.C./Knigge G., (red.), Dwangmiddelen en rechtsmiddelen, Derde interimrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Kluwer, Deventer, 2002

Groenhuijsen M.C./Knigge G., (red.), Afronding en verantwoording, Eindrapport Onderzoeksproject Strafvordering 2001, Kluwer, Deventer, 2004

Groenhuijsen, M.S., Het niet realiseren van gegronde materieelrechtelijke aangelegenheden in het strafprocesrecht, In: E.S.G.N.A.I. van de Griend en B.W.N. de Waard (Red.) Rechtsvinding, Gedachtenwisseling over het nieuwe Algemeen Deel ** van de Asser-serie (Asser-Vranken), 1996

Hart, A.C. 't,. Inquisitoir of accusatoir. Een maatstaf voor de positie van de bekennende verdachte, In: J.H. Nijboer e.a. (Red.), Een afzonderlijke procedure voor de bekennende verdachte, Gouda Quint, Arnhem, 1993

Hartog, A. den, Artikel 6 EVRM: grenzen aan het streven de straf eerder op de daad te doen volgen, Diss. RuG, Antwerpen, Apeldoorn, MAKLU, 1992

Hazewinkel-Suringa, D./Remmelink, J., Inleiding tot de studie van het Nederlands Strafrecht, 15de druk

Heijder, A., De wederrechtelijkheid is betrekkelijk. Enkele kanttekeningen bij nietigheden en onrechtmatige verkregen bewijs', in: J.W. Fokkens/N. Keijzer (red.), Beginselen, (G.E. Mulder-bundel), Arnhem, Gouda Quint, 1981

Hert, P. de, Balancing security and liberty within the European human rights framework. A critical reading of the Court's case law in the light of surveillance and criminal law enforcement strategies after 9/11, 68 http://www.utrechtlawreview.org/ Volume 1, Issue 1 (September), 2005

Hert, P. de/Koops, B-J., Privacy is nog steeds een grondrecht, Aers Aequi, 2001/12

Heynsbergen, P. van, Het nieuwe wetboek van strafvordering. Een welkomstwoord. Verspr. Geschriften

Janis, M. W./Kay, R.S./Bradley, A.W., European human rights law: text and materials Oxford University Press, Oxford, 2000

Kaptein, H.J.R., Over de zin van onrechtmatige verkregen bewijs. Materieelrechtelijk verantwoorde gevolgen van strafvorderlijke vormverzuimen, In: H.J.R. Kaptein (Red.), Onrechtmatige verkregen bewijs, Aers Aequi Libri, Nijmegen 2000

Keijzer, N., De bloedproefregeling en de 'exclusionary rule': het 5 millimeter arrest, Tijdschrift voor Militair Recht, 1979

Krikke, A., De rechtsgrond van de bewijsuitsluiting in strafzaken, In: E.A. de la Porte e.a. (Red.) Bij deze stand van zaken. Opstellen aangeboden aan A.L. Melai, Gouda Quint BV, Arnhem, 1983
Kuijer, M., The blindfold of Lady Justice, Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirments of Article 6 ECHR, Diss. Leiden, 2004

Lawson, R. A., 50 jaar EVRM in vogelvlucht, In: NJCM-Bulletin, Speciaal nummer, Jaargang 25, nr. 1, januari/februari 2000
Lawson, R.A., Hoe exclusief dient de 'exclusionary rule' te zijn?, In: P.D. Duyx/P.D.J. van Zeben (Red.), Via Straatsburg, Liber Amicorum Egbert Myjer, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2004
Loof, J.P., Mensenrechten en staatsveiligheid: Opschorting en beperking van mensenrechtenbescherming tijdens noodtoestanden en andere situaties die de staatsveiligheid bedreigen, Diss. Leiden, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2005

Melai, A.L./Groenhuijsen, M.S., e.a., Het Wetboek van Strafvordering, Deventer, Kluwer (losbladig)
Mevis, P.A.M., De rechtsgevolgen van onrechtmatigheden in het vooronderzoek, In: Dynamisch strafrecht, Corstens-bundel, Arnhem, Gouda Quint
Myjer, B.E.P., Over politieverhoren, consultatie, registratie en de kans op korting, In: S. Dumoulin/E. Grabdant, (Red.) De Vader van de gedachte, Bundel rechtsgeleerde opstellen over wenselijk recht ter gelegenheid van het 225-jarig bestaan van het genootschap 'Door en Tijd en Vlijt', Wolf Legal Publishers, 2003, Nijmegen
Myjer, E., Van een Straatsburgs einde aan twee supermegazaken vol afspraken met getuigen, NJB, 27 februari 2004, nr. 9
Myjer, E., Dient de wetgever beperkingen te stellen ten aanzien van door de rechter in strafzaken te hanteren bewijsmiddelen? Preadvies, Handelingen 1982 der Nederlandse Juristen Vereniging, deel I

Nijboer, J.F., The American adversarial system in criminal cases: de achterkant van L.A. Law, R en K nr. 1, 1992
Nijboer, J.F., Onrechtmatige bewijsvergaring en uitsluiting van aldus verkregen bewijsmateriaal in strafzaken, In: H.J.R. Kaptein, (Red.) Onrechtmatige verkregen bewijs, Aers Aequi Libri, Nijmegen, 2000
Nijboer, J.F./Reintjes, J.M., (Red.), Proceedings of the First World Conference on New Trends in Criminal Investigation and Evidence, Koninklijke Vermande, Den Haag, 1995

Ölçer, F.P./Schoep, G.K., Strafvorderlijke schadevergoeding, In: C.P.M. Cleiren/M.J. Dubelaar (Red.), Op zoek naar samenhang. Het Algemeen kader herziening strafvordering nader beschouwd, Kluwer, Deventer, 2006

Prakken, T., De strafprocessuele schutznormleer gerelativeerd, NJB 1999, nr. 6
Prakken, T., De grondslagen van de strafvordering volgens Knigge en De Roos, NJB nr. 22, 3 juni 1994
Prakken, T., Het zwijgrecht van de onwetende verdachte, NJB, afl. 34, 2002
Prakken, T., Politie achter de tralies, boevendroom of nachtmerrie, NJB, 2001, nr. 36

Prakken, T., Verdediging: hoezo equality of arms?, NJB 9 juni 1990, Speciaal-nummer Rechter en advocaat

Roberts, P./Zuckerman, A., Criminal Evidence, Oxford University Press, 2004
Roording, J.F.L., De bestraffing van belastingfraude in Engeland. Enkele kritische kanttekeningen bij een accusatoire strafrechtspleging, In: Dynamisch strafrecht. Opstellen ter gelegenheid van het afscheid van Prof. mr. G.J.M. Corstens van de Katholieke Universiteit Nijmegen, Gouda Quint, Arnhem 1995
Rozemond, K., De strafvorderlijke rechtsvinding, Diss. VU Amsterdam, Deventer, Gouda Quint, 1988
Rozemond, K., Legaliteit in het materiële strafrecht, Themis nr. 4, april 1999

Schaffmeister, D./Heijder, A., Concretisering van de wederrechtelijkheid in het strafrecht, In: E.A. de la Porte e.a. (Red.) Bij deze stand van zaken. Opstellen aangeboden aan A.L. Melai, Gouda Quint BV, Arnhem, 1983
Schalken, T./Rozemond K., Nieuwe opsporingsmethoden: dient elke onrechtmatigheid te worden gesanctioneerd? in NJB 1997/30
Schokkenbroek, J.G.C. Toesting aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens, een onderzoek naar de toetsing aan de beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in de Europese en in de Nederlandse rechtspraak, Diss. Leiden, Zwolle, 1996
Schootstra, H., Toelating van raadslieden tot politieverhoor, DD, nr. 10, dec. 1979
Simmelink, J.B.H.M., De rechtsstaatgedachte achter art. 1 WvSv, Gedachten over de betekenis van art. 1 Sv voor het handelen van de overheid in de opsporingsfase, Arnhem, Gouda Quint BV, 1987

Tak, P.J.P., Bespiegelingen omtrent de Wet Bijzondere Opsporingsmethoden, Kluwer, Deventer, 1998
Tak, P.J.P., Heimelijke Opsporing in de Europese Unie. De normering van bijzondere opsporingsmethoden in de landen van de Europese Unie, Intersentia Rechtswetenschappen, Antwerpen, 2000

Veen, Th. W. van, De geldboete op de helling. Het einde van ons accusatoir strafproces in zicht?, NJB nr. 42, 2 dec. 1978
Veldt, M.I., Het EVRM en de onpartijdige strafrechter, Diss. UvT, Deventer, Gouda Quint, 1997
Viering, M.L.W.M., Het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM, Diss. Nijmegen, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1994

Warren S.D./Brandeis L.D., The right to privacy, Harvard Law Review, December 15, 1890, Vol. IV, No. 5, In: S.H. Hofstadter, G. Horowitz, The right of privacy, Central Book Company, New York, 1964

Woensel, A.M. van, Sanctionering van onrechtmatig verkregen bewijs, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van Belgie en Nederland, afdeling Strafrecht, Nederlandse sectie, Brugge 21 en 22 november 2003, gepubliceerd in: DD 2004, afl. 2, 10

Woltjer, A., Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten, NJCM Bulletin nr. 6, sept. 1992

Zeben, P.D.J. van, Het desgevraagd horen van getuigen in strafzaken, Trema, maart 2005, nr. 3

Rechtspraakregister

ECRM

- *Aldrian v. Oostenrijk* (1990) 65 DR 337
- *Detained Persons in Germany* (1968) ECRM, 11 YB 528
- ECRM 14 december 1970, 4247/69, CD p. 36, 73, 75;
- ECRM 15 december 1983, 10227/82;
- ECRM 15 december 1989, 15776/89, /64 Decisions and Reports
- ECRM 18 december 1963, 1918/63, Yearbook 6 (1963)
- ECRM 7 maart 1991, 17518/90;
- *Flanders v. Nederland*, ECRM 15 januari 1996, Appl. nr. 25982/94
- *Govell v. Het Verenigd Koninkrijk*, ECRM 26 februari 1997, Appl. nr.: 27237/95
- *K.L. vs. Het Verenigd Koninkrijk*, ECRM 22 oktober 1997, Appl. nr.: 32715/96
- *Müller v. Oostenrijk*, ECRM 28 juni 1995, Appl. nr.: 22463/93
- *Radermacher en Pferreer, V. Federale Republiek van Duistland,* ECRM 11 oktober 1990, Appl. nr.: 12811/87
- *Rene Salmon Meneses v. Italie*, ECRM 30 november 1994, Appl. nr. 18666/91
- *Shahzad v. Het Verenigd Koninkrijk*, ECRM 22 oktober 1997, Appl. nr.: 34225/96
- *Wischnewski v. Het Federale Republiek van Duitsland*, ECRM 11 oktober 1988, Appl. nr. 12505/86
- *X. v. Duitsland* (1960) ECRM, 3 YB 254
- *X. v. Duitsland*, (1967), ECRM, 25 CD 1
- *X. v. Duitsland,* (1971), ECRM, 39 CD 20
- *X. v. Het Verenigd Koninkrijk* (1979) ECRM, 20 DR 202
- *X. v. Het Verenigd Koninkrijk* (1982), ECRM, 5 EHRR 273
- *X. v. Oostenrijk* (1961), ECRM, 8 CD 9
- *X. v. Oostenrijk*, (1966), ECRM, YB 112

EHRM (Ontvankelijkheidsbeslissingen)

- *Aalmoes e.a. v. Nederland*, EHRM 25 november 2005, Appl. nr.:16269/02
- *Akan v. Turkije*, EHRM 30 maart 2000, Appl. nr.: 39444/98·
- *Bäckstöm en Andersson v. Zweden,* EHRM 22 maart 2005, Appl. nr.: 67930/01
- *Bendžius v. Litouwen,* EHRM 26 april 2005, Appl. nr.: 67506/01,
- *Butkevičiusv. Litouwen,* EHRM 28 november 2000, Appl. nr.: 48297/99
- *Butler v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM, 27 juni 2002, Appl. nr.: 41661/98
- *Carnduff v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 10 februari 2004, Appl. nr.: 18905/02
- *Chalkley v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 26 september 2002, Appl. nr.: 63831/00.

· *Cornelis v. Nederland*, EHRM 25 mei 2004, Appl. nr.: 994/03
· *Denton v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 4 maart 2003, Appl. nr.: 28231/02
· *Doerga v. Nederland,* EHRM 23 september 2003, Appl. nr.: 50210/99
· *Drury e.a. v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 21 januari 2003, Appl. nr. 29999/02
· *Glover v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 23 november 2004, Appl. nr.: 39835/03
· *Hewitson v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 22 oktober 2002, Appl. nr.: 50015/99
· *Khudobin v. Rusland*, EHRM 3 maart 2005, Appl. nr.: 59696/00
· *Kok v. Nederland*, EHRM 4 juli 2000
· *Lavrsen v. Denemarken,* EHRM 28 februari 2002, Appl. nr.: 46119/99
· *Lorsé v. Nederland*, EHRM 27 januari 2004, Appl. nr.: 44484/98
· *Mansell v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 21 januari 2003, Appl. nr.: 60590/00
· *Milinienë v. Litouwen*, EHRM 26 april 2005, Appl. nr.: 74355/01
· *Noye v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 21 januari 2003, Appl. nr.: 4491/02
· *Parris v. Cyprus*, EHRM 4 juli 2002, Appl. nr.: 56354/00.
· *Pereira v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 8 april 2003, Appl. nr.: 0741/02
· *Perry vs. Het Verenigd Koninrijk*, EHRM 26 september 2002, Appl. nr. 63737/00
· *Ramanauskas v. Litouwen*, EHRM, 26 april 2005, Appl. nr.: 74420/01
· *Shannon v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM, 6 april 2004, Appl. nr.: 67537/01
· *Vanyan v. Rusland*, EHRM, 13 mei 2004, Appl. nr.: 53203/99)
· *Verhoek v, Nederland,* EHRM 27 januari 2004, Appl. nr.: 54445/00
· *Wood v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 20 januari 2004, Appl. nr.: 2341/02

EHRM

· *A. V. Frankrijk*, EHRM 23 november 1993, A, 277-B
· *Allan v. Het Verenigd Koninkrijk,* EHRM 5 november 2002, Reports of Judgments and Decisions 2002-IX
· *Amann v. Zwitserland*, EHRM 16 februari 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-II
· *Angelova en Iliev v. Bulgarije*, EHRM 26 juli 2007, Appl. nr.: 55523/00
· *Armstrong vs. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 16 juli 2002, Appl. nr.: 48521/99
· *Aronica* v. Duitsland, EHRM 18 april 2002, Appl. nr.: 72032/01
· *Artner v. Oostenrijk*, EHRM28 augustus 1992, A, 242-A
· *Atlan v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 19 juni 2001, Appl. nr.: 36533/97
· *B. v. Frankrijk,* EHRM 25 maart 1992, Series A nr. 232-C
· *Barberà, Messegué en Jabardo v. Spanje,* EHRM 6 december 1988, A, 146
· *Bendenoun v. Frankrijk,* EHRM 24 februari 1994, A, 284
· *Böhmer v. Duitsland*, EHRM 3 oktober 2002, Appl. nr.: 37568/97
· *Brandstetter v. Oostenrijk*, EHRM 28 augustus 1981, A, 211, § 66
· *Buck v. Duitsland*, EHRM 28 april 2005, Appl. nr.: 41604/98
· *Bulut v. Oostenrijk,* EHRM 2 februari 1996, Reports 1996-II
· *Burghartz v. Zwitzerland,* EHRM 22 februari 1994, Series A nr. 280-B
· *Calvelli en Ciglio v. Italie* EHRM 17 januari 2002, Appl. nr.: 32967/96
· *Campbell and Fell v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM, 28 juni 1984, Series A, 80
· *Campbell v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 25 maart 1992, A, 233
· *Castravet* v. *Moldavië,* EHRM 13 maart 2007, Appl. nr.: 23393/05
· *Chalkley vs. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 12 juni 2003, Appl. nr.: 63831/00

- *Coëme e.a. v. België*, EHRM 22 juni 2000, Reports of Judgements and Decisions, 2000-VII
- *Colozza v. Italië*, EHRM 12 februari 1985, Series A, 89, § 27
- *Craxi (nr. 2) v. Italie,* EHRM 17 juli 2003, Appl. nr.: 25337/94
- *Crowther v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 1 februari 2005, Appl. nr.:53741/00
- *Czekalla v. Portugal*, EHRM 10 januari 2003, Appl. nr.: 38830/97
- *Czekalla v. Portugal*, EHRM 10 oktober 2002, Reports of Judgments and Decisions 2002-VIII
- *Daud v. Portugal*, EHRM 21 april 1998, Reports 1998-II
- *De Cubber v. Belgie*, EHRM 26 oktober 1984, A, 86
- *Del Latte v. Nederland*, EHRM 9 november 2004, Appl. nr.: 44760/98
- *Delcourt v. België*, EHRM 17 januari 1970, Series A-11
- *Deweer v. België,* EHRM 27 februari 1980, A, 35
- *Doerga v. Nederland*, EHRM 27 april 2004, Appl. nr.: 50210/99
- *Doorson v. Nederland*, EHRM 20 februari 1996, Reports 1996-II
- *Doorson v. Nederland*, EHRM 26 maart 1996, Reports 1996-II
- *Drury e.a. v. Het Verenigd Koninkrijk,* EHRM 21 januari 2003, Appl. nr. 29999/02
- *Dudgeon v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 22 oktober 1981, A, 45
- *Editions Périscope v. Frankrijk*, EHRM 26 februari 1992, Appl. nr.: 58/1990/249/380
- *Edwards en Lewis v. Het Verenigd Koninkrijk,* EHRM 22 juli 2003, *Appl. Nrs.:* 39647/98 en 40461/98 (Grand Chamber: EHRM 27 oktober 2004);
- *Edwards v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 16 december 1992 A, 247-B
- *Edwards v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 25 november 1992, A, 247-B
- *Engel* e.a. v. Nederland, EHRM 8 juni 1976, Series A, 22
- *Enhorn v. Zweden*, EHRM 25 januari 2005, Appl. nr.: 56529/00
- *Eurofinacom v. Frankrijk*, EHRM 22 juni 2000, Appl. nr.: 58753/00
- *Ezeh en Connors v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 8 oktober 2003, Appl. nrs.: 39665/98; 40086/98
- *Fadeyeva v. Rusland*, EHRM 9 JUNI 2005, APPL. nr.: 55723/00
- *FC Mretebi v. Georgie,* EHRM 31 juli 2007, Appl. nr.: 38736/04
- *Ferrantelli and Santangelo v. Italië*, EHRM 7 augustus 1996, Reports 1996-III, 5152
- *Ferrazzini v. Italy,* EHRM 12 juli 2001, Reports of Judgements and Decisions, 2001-VII
- *Fitt. v. Het Verenigd Koninkrijk,* EHRM 16 februari 2000, Reports of Judgements and Decision, 2000-II
- *Foti e.a. v. Italië*, EHRM 10 december 1982, A, 56
- *Franz Fischer v. Oostenrijk*, EHRM 29 augustus 2001, Appl. nr.: 37950/97
- *Friedl vs. Oostenrijk* EHRM 31 januari 1995, A 305-B
- *Frizen v. Rusland*, EHRM 24 maart 2005, Appl. nr.: 58254/00
- *Gäfgen v. Duitsland*, EHRM 30 juni 2008, Appl.nr.: 22978/05
- *Galstyan v. Armenië*, EHRM 15 november 2007, Appl.nr.: 26986/03.
- *Geerings v. Nederland*, EHRM 1 maart 2007, Appl. nr.: 30810/03
- *Gillow v. Het Verenigd*, EHRM 24 november 1986, Series A, 109
- *Golder v. Het Verenigd Koninkrijk,* EHRM 21 februari 1975, Series A
- *Goodwin v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 maart 1996, Reports 1996-II
- *Graviano v. Italie*, EHRM 10 februari 2005, Appl. nr.: 10075/02
- *Guerra e.a. v. Italie*, EHRM 19 februari 1998, Reports 1998-I, § 44

· *Günter Remy e.a. v. Duitsland,* EHRM 16 september 2004, Appl. nr.: 70826/01
· *Hadjianastassiou v. Griekenland*, EHRM 16 december 1992, A, 252
· H.*A.L. v. Finland,* EHRM 27 juli 2004, Appl. nr.: 38267/97
· *Halford vs. Het Verenigd Koninkrijk* EHRM 25 juni 1997, Reports of Judgements and Decisions, 1997-III, NJ 1998, 506
· *O' Halloran en Francis v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 29 juni 2007, Appl.nrs.: 15809/02 en 25634/02, (GC).
· *Hammern v. Noorwegen*, EHRM 11 februari 2003, Appl. nr.: 30287/96
· *Handyside v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 december 1976, A-24
· *Harutyunyan v. Armenië*, EHRM 28 juni 2007, Appl. nr.: 36549/03.
· *Hatton v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 2 oktober 2001, Appl. nr.: 36022/97
· *Hatton v. Het Verenigd Koninkrijk* (GC), EHRM 8 juli 2003, Appl. nr.: 36022/97
· *Heglas v. Tsjechie*, EHRM 1 maart 2007, Appl.nr.: 5935/02·
· *Hermi v. Italie*, EHRM. 18 oktober 2006, Appl. nr.: 18114/02 (GC)
· *Hewitson vs. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 27 mei 2003, Appl. nr.: 50015/99
· *Hirvisaari v. Finland*, EHRM 27 september 2001, Appl. nr. 49684/99
· *Huvig v. Frankrijk*, EHRM 24 april 1990, A, 176-B
· *I. v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 11 juli 2002, Appl. nr.: 25680/94
· *I.J.L. e.a. v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 19 december 2000, Appl. nr.s.: 29522/95, 30056/96 en 30574/96
· *Imbrioscia v. Zwitzerland*, EHRM 28 oktober 1993, NJ 1994, 459
· *Isgrò v. Italië*, EHRM 19 februari 1991, Series A, 194-A
· *Istratii e.a. v. Moldavie,* EHRM 27 maart 2007, Appl. nr.s:. 8721/05, 8705/05 en 8742/05
· *J.B. v. Zwitserland,* EHRM 3 mei 2001, EHRC 2001/7, nr. 45
· *Jalloh v. Duitsland,* EHRM 11 juli 2006, Appl.no. 54810/00
· *Jasper v. Nederland*, EHRM 16 februari 2000, Appl. nr.: 27052/95
· *K.A. en A.D. v. Belgie,* EHRM 17 februari 2005, Appl. nr.s.: 42758/98; 45558/99.
· *Kerojärvi v. Finland*, EHRM 19 juli 1995, Series A 322
· *Khan v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 12 mei 2002, NJ 2002, 180
· *Khudobin v. Rusland*, EHRM 26 oktober 2006, Appl. nr.: 59696/00
· *Klass e.a. v. Duitsland*, EHRM 6 september 1978, A, 28
· *Kontrova v. Slowakije*, EHRM 31 mei 2007, Appl. nr.: 7510/04.
· *Kopp v. Zwitserland*, EHRM 25 maart 1998, 25 maart 1998, Reports 1998-II
· *Kostovski v. Nederland*, EHRM 20 november 1989, Series A, 166
· *Kruslin v. Frankrijk*, EHRM 24 april 1990, A176-A
· *Kück v. Duitsland*, EHRM 12 juni 2003, Appl. nr.: 35968/97
· *Kyprianou v. Cyprus*, EHRM 27 januari 2004Appl. nr.: 73797/01 (GC: 15 december 2005)
· *Laskey, Jaggard en Brown vs. Het Verenigd Koninkrijk,* EHRM 19 februari 1997, Reports 1997-I
· *Laukkanen en Manninen v. Finland*, EHRM 3 februari 2004, Appl. nr.: 50230/99
· *Lewis v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 8 juli 2003, Appl. nr.: 1303/02
· *Litwa v. Polen*, EHRM 4 april 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-III
· *Lloyd e.a. v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 6 juli 2005, Appl. nr.s.: 29798/96
· *Lorsé v. Nederland*, EHRM 27 januari 2004, Appl. nr.: 44484/98
· *Luca v. Italië,* EHRM 27 februari 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001-II

- *Lüdi v. Zwitserland*, EHRM 15 september 1992, A, 238,
- *M.C. v. Bulgarije,* EHRM 4 december 2003, Appl. nr.: 39272/98
- *M.M. v. Nederland*, EHRM 27 april 2004, Appl. nr.: 50210/99
- *M.S. v. Finland*, EHRM 3 februari 2004, Appl. nr.: 46601/99
- *M.S. v. Zweden*, EHRM 27 augustus 1997, Reports 1997-IV
- *Malone v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 2 augustus 1984, A, 82
- *Mantovanelli v. Frankrijk*, EHRM 18 maart 1997, Reports 1997-II
- *Mastromatteo v. Italie,* EHRM 24 oktober 2002, Reports of Judgments and Decisions 2002-VIII
- *Markoulaki v. Griekenland (No.1),* EHRM 26 juli 2007, Appl. nr.: 44858/04,
- *Mayzit v. Rusland*, EHRM 6 juli 2005, Appl. nr.: 63378/00
- *Miailhe v. Frankrijk*, (Nr. 2), EHRM 26 september 1996, Reports 1996-IV
- *Monnell en Morris v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 2 maart 1987, A, 115
- *Murray v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 8 februari 1996, Reports 1996-I
- *Niemietz v. Duitsland*, EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400
- *Norris v. Ierland,* EHRM 26 oktober 1988, A, 142
- *O. v. Noorwegen*, EHRM 11 februari 2003, Appl. nr.: 29327/95
- *Osman v. het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 28 oktober 1998, Appl. nr.: 87/1997/871/1083
- *Öneryildiz v. Turkije*, EHRM 30 november 2004, Appl. nr.: 48939/99
- *Örs e.a. v. Turkije*, EHRM 20 juni 2006, Appl.nr.: 46213/99
- *Özen v. Turkije*, EHRM 12 april 2007, Appl. nr.: 46286/99
- *Öztürk v. Duitsland*, EHRM 25 januari 1984, Appl. nr.: 8544/84
- *P.G. en J.H. v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 25 september 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001-IX
- *Paljic v. Duitsland*, *EHRM 1 februari 2007*, Appl. nr.: 78041/01
- *Paul and Audrey Edwards v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 14 maart 2002, Appl. nr.: 46477/99
- *Peck v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 28 januari 2003, Reports of Judgments and Decisions 2003-I
- *Perez v. Frankrijk*,EHRM 12 februari 2004, (GC), Reports of Judgements and Decisions, 2004-I
- *Perry v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 17 juli 2003, Reports of Judgments and Decisions 2003-IX (extracts)
- *Phillips v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 12 december 2001, Reports of Judgements and Decisions 2001-VII
- *Phocas v.Frankrijk*, EHRM 23 april 1996, Reports 1996-II, Vol. 7
- *Ploski v. Polen*, EHRM 12 december 2002, Appl. nr.: 26761/95
- *Pretty v. Het Verenigd Koninrijk*, EHRM 29 april 2002, Reports of Judgements and Decision, 2002-II
- *Rieg v. Oostenrijk,* EHRM 24 maart 2005, Appl. nr.: 63207/00
- *Ringvold v. Noorwegen*, EHRM 11 februari 2003, Appl. nr.: 34964/96
- *Rotaru vs. Roemenië*, (GC), EHRM 4 mei 2000, Appl. nr.: 28341/95
- *Rowe en Davis v. Het Verenigd Koninkrijk,* EHRM 16 februari 2000, Appl. nr.: 28901/95
- *Ruiz Torija v. Spanje*, EHRM 9 december 1994, A, 303-A
- *Saïdi v. Frankrijk*, EHRM 20 september 1993, A, 261-C
- *Saunders v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 17 december 1996, Reports 1996-VI

- *Schenk v. Duitsland*, EHRM 12 juli 1988, A, 140
- *Shannon v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 4 oktober 2005, Appl. nr.: 6563/03
- *Shulepov v. Rusland*, EHRM 26 juni 2008, Appl.nr.: 1543/03
- *Smirnova vs. Rusland*, EHRM 27 juli 2003, Reports of Judgments and Decisions 2003-IX (extracts)
- *Snooks en Dowse v. Het Verenigd Koninkrijk,* EHRM 8 oktober 2002, Appl. nrs.: 44305/98 en 49150/99
- *Societe Colas est e.a. v. Frankrijk*, EHRM 16 juli 2002, Appl. nr.: 37971/97
- *Sunday Times v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 26 april 1979, A, 30
- *Teixeira de Castro v. Portugal,* EHRM 9 juni 1998, Reports 1998-IV, NJ 2001, 471, m.nt. Kn. *Terra woningen BV v. Nederland*, EHRM 17 december 1996, Reports 1996-VI
- *Thompson v. Het Verenigd Koninkrijk,* EHRM 15 juni 2004, Appl. nr.: 36256/97
- *Unterpertinger v. Oostenrijk*, EHRM 24 november 1986, A, 110
- *Van Mechelen e.a. v. Nederland*, EHRM 23 april 1997, Reports 1997-III
- *Vanyan v. Rusland*, EHRM 15 december 2005, Appl.nr.: 53203/99
- *Viola v. Italie*, EHRM 5 oktober 2006, Appl. nr.: 45106/04
- *Vo v. Frankrijk*, EHRM 8 juli 2004, Appl. nr.: 53924/0
- *Von Hannover v. Duitsland,* EHRM 26 juni 2004, Appl. nr.: 59320/00
- *Walchli v. Frankrijk*, EHRM 26 juli 2007, Appl. nr.: 35787/03
- *Weh v. Oostenrijk*, EHRM 8 april 2004, Appl. nr.: 38544/97
- *Welch v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 9 februari 1995, A, 307-A
- *Wemhoff v. Duitsland*, EHRM 27 juni 1968, A, 7
- *Whitfield e.a. v. Het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 12 april 2005, Appl. nr.s.: 46387/99, 48906/99, 57410/00 en 57419/00
- *X and Y v. Nederland*, EHRM 27 februari 1985, Appl. nr.: 16/1983/72/110
- *Y. v. Noorwegen*, EHRM 11 februari 2003, Appl. nr.: 36568/00
- *Zana v. Turkije*, EHRM 25 november 1997, Reports 1997-VII
- *Zander v. Zweden*, EHRM 25 november 1993, Series A 279/B
- EHRM 13 maart 2007, *Castravet* v. *Moldavië,* Appl.nr.: 23393/05
- EHRM 27 maart 2007, *Istratii e.a. v. Moldavie,* Appl.nrs:. 8721/05, 8705/05 en 8742/05

HOGE RAAD

- HR 20 december 6, NJ 1927, p. 85
- HR 27 mei 92, NJ 1929, p. 329
- HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470, m.nt. WP
- HR 29 januari 1963, NJ 1963, 276
- HR 16 december 1975, NJ 1976, 491
- HR 22 mei 1979, NJ 1979, 301
- HR 4 december 1979, NJ 1980, 356
- HR 1 juli 1982, NJ 1983, 67
- HR 19 maart 1985, NJ 1985, 702
- HR 14 oktober 1986, NJ 1987, 564
- HR 14 oktober 1986, NJ 1987, 564
- HR 14 oktober 1986, NJ 1988, 511

· HR 14 april 1987, NJ 1988, 515
· HR 2 februari 1988, NJ 1989, 108
· HR 16 februari 1988, NJ 1988, 793
· HR 18 oktober 1988, NJ 1988, 793
· HR 24 oktober 1989, NJ 1990, 239
· HR 18 december 1990, NJ 1991, 343, m.nt. ThWvV
· HR 26 maart 1991, NJ 1991, 614
· HR 12 mei 1992, NJ 1992
· HR 29 september 1992, NJ 1993, 222
· HR 9 maart 1993, NJ 1993, 633, m.nt. ThWvV
· HR 11 mei 1993, NJ 1994, 42.
· HR 25 mei 1993, NJ 1993, 745
· HR 12 oktober 1993, NJ 1994, 129 m.nt. Sch
· HR 2 november 1993, DD 94.110
· HR 15 februari 1994, *NJ* 1994, 322
· HR 31 mei 1994, NJ 1995, 29
· HR 5 december 1995, NJ 1996, 238
· HR 19 december 1995, NJ 1996, 249
· HR 19 november 1996, NJ 1996, 246
· HR 19 december 1995, NJ 1996, 249
· HR 21 januari 1997, NJ 1997, 309
· HR 4 februari 1997, NJ 1997, 308
· HR 16 maart 1999, NJ 1999, 686
· HR 29 april 1997, NJ 1997, 666
· HR 12 januari 1999 (nr. 108.483)
· HR 18 mei 1999, NJ 2000, 104
· HR 1 juni 1999, NJ 1999, 567
· HR 30 november 1999, NJ 2000, 345
· HR 30 november 1999, NJ 2002, 353, m.nt YB
· HR 25 januari 2000, NJ 2000, 279
· HR 14 maart 2000, NJ 2000, 519 m.nt. YB
· HR 14 maart 2000, NJ 2000/520, m.nt. YB
· HR 20 juni 2000, NJ 2000, 502
· HR 26 september 2000, NJ 2000, 739, m.nt. Sch
· HR 24 oktober 2000, NJ 2000, 740
· HR 16 januari 2001, NJ 2001, 207
· HR 23 januari 2001, NJ 2001, 218
· HR 10 april 2001, NJ 2001, 424
· HR 5 juni 2001, NJ 2001, 518
· HR 3 juli 2001, nr. 00552/00
· HR 12 februari 2002, NJ 2002, 301
· HR 12 februari 2002, NJ 2002, 340
· HR 12 februari 2002, NJ 2002, 439
· HR 12 maart 2002, NJ 2002, 317, m.nt Sch
· HR 26 maart 2002, NJ 2002, 343
· HR 18 juni 2002, NJ 2003, 621
· HR 25 juni 2002, NJ 2002, 625, m.nt. Sch
· HR 28 mei 2002, NJ 2002, 601

· HR 2 juli 2002, NJ 2002, 602, m.nt. YB
· HR 2 juli 2002, LJN: AD 9915
· HR 22 oktober 2002, NJ 2003, 7
· HR 11 februari 2003, NJ 2003, 390, m.nt Sch
· HR 13 mei 2003, NJ 2003, 471
· HR 30 september 2003, NJ 2004, 84, m.nt. YB
· HR 7 oktober 2003, NJ 2004, 118, m.nt. YB
· HR 9 maart 2004, NJ 2004, 263, m.nt. Sch
· HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376, m.nt. YB
· HR 20 april 2004, NJ 2004, 525
· HR 16 november 2004, NJ 2005, 153, m.nt. JR
· HR 7 december 2004, NJ 2005, 71
· HR 21 december 2004, NJ 2005, 172

FEITENRECHTSPRAAK

· Hof Amsterdam, 2 februari 1979, NJ 1979, 211
· Rb. Amsterdam, 20 september 1978, NJ 1978, 651

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2007 en 2008 verschenen:

MI-117 H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 11846 0

MI-118 R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden* (diss. Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04635 9

MI-119 L.A.R. Siemerink, *De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04357 7

MI-120 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Europees contractenrecht. Techniek en moraal*, Deventer: Kluwer 2007, ISBN 90 13 04036 5

MI-121 S. Hillebrink, *Political Decolonization and Self-Determination. The Case of the Netherlands Antilles and Aruba* (diss. Leiden), 2007, ISBN 978 90 9021470 2

MI-122 B.W. Schermer, *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2007, ISBN 978 90 8728 021 5

MI-123 C.G. Breedveld-de Voogd, *Vorm, vrijheid en gebondenheid bij de koop van een woning* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 412 8

MI-124 T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alpen aan den Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13046 28 1

MI-125 A.C. Beunen, *Protection for databases, The European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, ISBN 978 90 5850 267 4

MI-126 Z. Deen-Racsmány, *Active Personality and Non-extradition of Nationals in International Criminal Law at the Dawn of the Twenty-first Century: Adapting Key Functions of Nationality to the Requirements of International Criminal Justice* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press.

MI-127 C.P.L. van Woensel, *MERK, GOD EN VERBOD, Oneigenlijk gebruik en monopolisering van tekens met een grote symbolische waarde* (diss. Leiden), Amstelveen: Uitgeverij deLex BV 2007, ISBN 978 90 8692 010 5

MI-128 J.A.J. Peter, *Levering van roerende zaken* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13043 81 5

MI-129 A.C. Hendriks & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Volksgezondheid in een veellagige rechtsorde. Eenheid en verscheidenheid van norm en praktijk*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04720 2

MI-130 H.R. Kranenborg, *Toegang tot documenten en bescherming van persoonsgegevens in de Europese Unie. Over de openbaarheid van persoonsgegevens* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 04886 5

MI-131 M. Kaeding, *Better regulator in the European Union – Lost in translation or Full Steam ahead?* (diss. Leiden), Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 026 0

MI-132 S. van Wingerden, M. Moerings & J. van Wilsem, *De praktijk van schadevergoeding voor slachtoffers van misdrijven*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, ISBN 978 90 5454 948 2

MI-133 Jubileumbundel Meijers Instituut, *Ik zou het zo weer doen. Terugblikken op proefschriften uit het 10-jarig bestaan van het Meijers Instituut*, Leiden: Leiden University Press

MI-134 C.L.J. Caminada, A.M. Haberham, J.H. Hoogteijling en H. Vording (red.), *Belasting met beleid*, Den Haag: Sdu 2007, ISBN 978 90 12 12470 6

MI-135 A. Vermeer-Künzli, *The Protection of Indificudals by means of Diplomatic Protection. Diplomatic Protection as a Human Rights Instrument* (diss. Leiden) 2007, ISBN 978 90 9022 487 9

MI-136 I.S.J. Houben, K.J.O. Jansen, P. Memelink, J.H. Nieuwenhuis & L. Reurich (red.), *Samenloop*, Deventer: Kluwer 2007, ISBN 978 90 13 05033 2

MI-137 T.C. Leemans, *De toetsing door de bestuursrechter in milieugeschillen. Over rechterlijke toetsingsintensiteit, bestuurlijke beslissingsruimte en deskundigenadvisering* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Jurdische uitgevers 2008, ISBN 978 90 5454 986 4

MI-138 P. Kuypers, *Forumkeuze in het Nederlands internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, ISBN 978 90 13 04797 4

MI-139 A. Meuwese, *Impact Assessment in EU Lawmaking* (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann Printing Service 2008

MI-140 P.C. Adriaanse e.a., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, ISBN 978 90 5454 862 1

MI-141 S.D. Dikker Hupkes, *What Constitutes Occupation? Israel as the occupying power in the Gaza Strip after the Disengagement,* Leiden: Jongbloed 2008

MI-142 R.A. Visser, E. van Gemerden, P.A. More & R.C.J. de Roon, *Sturing en samenwerking in handhavingsprojecten*, Leiden: Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 0383

MI-143 B.M. Dijksterhuis, *Rechters normeren de alimentatiehoogte. Een empirisch onderzoek naar rechterlijke samenwerking in de Werkgroep Alimentatienormen (1975-2007)*, Leiden: Leiden University Press, ISBN 978 90 8728 045 1

MI-144 F.P. Ölçer, *Eerlijk proces en bijzondere opsporing*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, ISBN 978 90 5850 376 3

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek