

HET NEMO-TENETURBEGINSEL IN STRAFZAKEN IN EEN NIEUW LICHT

Een toetsingskader op basis van drie decennia rechtsontwikkeling door het EHRM

Gertjan Nederbragt *

Samenvatting | Dat een verdachte niet verplicht kan worden om mee te werken aan zijn eigen veroordeling is een van de grondbeginselen van het strafprocesrecht. In 1993 heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dit beginsel ingelezen in artikel 6 EVRM. Sindsdien is er discussie in de Nederlandse rechtsliteratuur over de interpretatie van de Europese rechtspraak, wat de rechtszekerheid van de verdachte niet ten goede komt. Dit artikel werpt een nieuw licht op het leerstuk. Op basis van fundamenteel rechts-wetenschappelijk onderzoek naar de jurisprudentie van het EHRM wordt een toetsingskader gepresenteerd. Aan de hand daarvan wordt de discussie in de Nederlandse rechtsliteratuur en de rechtspraak van de Hoge Raad becommentarieerd. De in de Nederlandse rechtsliteratuur ervaren onduidelijkheid kan onder andere worden verklaard door een onjuiste interpretatie van een aantal maatgevende arresten van het EHRM.

Trefwoorden | [Strafrecht], [Nemo-tenetur], [Artikel 6 EVRM], [Toetsingskader], [Bewijs], [Wilsafhankelijkheid]

DOI | 10.54195/NTM.26383

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

1 Inleiding

Het EVRM bevat niet alleen materiele mensenrechten (zoals het discriminatieverbod, de vrijheid van meningsuiting en recht op privacy), maar ook formele rechten. Zo gaat het recht op een eerlijk proces, neergelegd in artikel 6 EVRM, onder andere over de onschuldpresumptie, het recht zich te verdedigen en het recht op onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak. Hoewel niet expliciet vermeld in artikel 6 EVRM, maakt ook het voor het strafrechtelijke bewijsrecht belangrijke nemo-teneturbeginsel onderdeel uit van dat artikel. Het beginsel komt erop neer dat iemand niet verplicht kan worden om mee te werken aan zijn eigen veroordeling. In het Nederlandse strafrecht is het beginsel (deels) uitgewerkt in artikel 29 Wetboek van Strafvordering (Sv) als de verklaringsvrijheid en het zwijgrecht van de verdachte.

Het nemo-teneturbeginsel, ook wel het verbod op gedwongen zelfincriminatie genoemd, kent in de Europese strafrechtelijke mensenrechtencontext een lange geschiedenis, al bestrijkt die niet de volle 75 jaar dat het EVRM bestaat. Het was uiteindelijk in 1993 dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM, hierna: hof) in de zaak *Funke* tegen *Frankrijk* het nemo-teneturbeginsel inlas in artikel 6 lid 1 EVRM.¹ In de ruim dertig jaren die volgden heeft het Hof tientallen zaken behandeld die betrekking hadden op het nemo-teneturbeginsel. Het

■ Mr. ir. G. Nederbragt is in 2023 *cum laude* op dit onderwerp afgestudeerd aan de faculteit Rechtswetenschappen van de Open Universiteit. Voor zijn scriptie ontving hij in datzelfde jaar de jaarlijkse scriptieprijs van de faculteit.

1 G. Knigge, annotatie bij EHRM 25 februari 1993, 10828/84, par. 1, NJ 1993/485 (*Funke/Frankrijk*). Vervolgens expliciet door het Hof zelf in EHRM 8 februari 1996, 18731/91, par. 45 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*).

is, gezien het geringe aantal zaken in de beginjaren en het casuïstische karakter ervan begrijpelijk dat de Europese jurisprudentie aanvankelijk veel ruimte voor interpretatie liet. Maar zou inmiddels niet verwacht mogen worden dat dit leerstuk voldoende is uitgekristalliseerd? Kennelijk niet, want de rechtspraak van het Hof blijft de nodige vragen oproepen in de Nederlandse rechtsliteratuur en er wordt door diverse auteurs nog altijd geen eenduidige lijn in ontdekt.²

De Hoge Raad concludeerde in 2021 dat het niet in strijd is met het nemo-teneturbeginsel als een verdachte gedwongen wordt om met zijn vingerafdruk zijn smartphone te ontgrendelen om zo bewijs in de strafzaak tegen hem te kunnen verzamelen.³ Zowel voorafgaand aan als na afloop van deze uitspraak werd uitgebreid over deze casus gediscussieerd.⁴ Daarna is de uitspraak via de Innovatiewet Strafvordering tijdelijk gecodificeerd in artikel 558 Sv.⁵ De modernisering van het Wetboek van Strafvordering beoogt blijvend in de mogelijkheid van gedwongen biometrische ontgrendeling door de verdachte te voorzien.⁶ In de memorie van toelichting wordt door de wetgever verwezen naar de uitspraak van de Hoge Raad om te onderbouwen dat het voorgestelde wetsartikel geen strijd zal opleveren met het nemo-teneturbeginsel.⁷ Maar als er tegelijkertijd nog zoveel discussie is rond deze casus en de Europese jurisprudentie in het algemeen, hoe stevig is dan het fundament onder de concept-wetgeving? En hoeveel rechtszekerheid heeft een verdachte die zich beroept op het recht om niet aan zijn eigen veroordeling mee te werken?

Ondertussen heeft het Hof in 2022 geoordeeld in de zaak *De Legé tegen Nederland*.⁸ Ligthart pleit naar aanleiding van dit arrest voor een theoretische beschouwing in de Nederlandse context op de ratio en reikwijdte van het beginsel. Hij voert hiervoor onder andere aan dat de rechtspraak van het Hof altijd achterloopt, wat knelt vanwege nieuwe opsporingsmethoden.⁹ Waar Ligthart als het ware een vlucht naar voren neemt en voorstelt om afstand te nemen van het Hof, kies ik voor een diametraal andere benadering. Aanleiding is dat het Hof in *De Legé* voor het eerst

2 Zie voor een overzicht bijvoorbeeld D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel, Rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de Hoge Raad vergeleken', *TBS&H* 2016/1, p. 28. Recenter spreekt Ligthart van 'paradoxen in de Straatsburgse rechtspraak', zie: S.L.T.J. Ligthart, 'Nemo tenetur: naar de ontwikkeling van een nationaal theoretisch beginsel?', *RM THEMIS* 2023-2, p. 110.

3 HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 7.3, *NJ* 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes.

4 Onder andere A. Bood, 'Geef ze een vinger ... Gedwongen ontgrendeling van een smartphone en het nemo tenetur-beginsel', *NJB* 2018/36, p. 2744-2748; L. Stevens, 'Gedwongen biometrische toegangsverschaffing is niet in strijd met nemo tenetur', *NJB* 2019/6, p. 400-403; M. Egberts & W. Ferdinandusse, 'Reactie op Alex Bood', *NJB* 2019/6, p. 404; D.A.G. van Toor, 'Het gedwongen ontgrendelen van een smartphone in het licht van het nemo-teneturbeginsel; Reactie op Boods "Geef ze een vinger ..."', *NJB* 2019/6, p. 405-407; A. Bood, 'Naschrift', *NJB* 2019/6, p. 408-409; J.S. Nan, 'Rechtspraak; nemo tenetur en de smartphone', *TBS&H* 2019/2, p. 115-117. Zie voor reacties op het arrest onder andere J.M. Reijntjes, annotatie bij HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, *NJ* 2021/120, par. 7; D.A.G. Van Toor & T. Beekhuis, annotatie bij HR 9 februari 2021 ECLI:NL:HR:2021:202, *Computerrecht* 2021/63, par. 3-5; J.S. Nan, 'Een probleem rondom het nemo teneturbeginsel?', *Boom Strafbblad* 2021/4, p. 121.

5 *Staatsblad* 2022, 276.

6 *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 2. Het gaat om art. 2.7.43, lid 2 (nieuw) Sv.

7 *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 3, p. 591-592.

8 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 60-68 en par. 74-78 (*De Legé/Nederland*).

9 Ligthart 2023 (*supra* noot 2), p. 119.

spreekt van een *general approach* voor het nemo-teneturbeginsel,¹⁰ wat lijkt te impliceren dat het Hof zelf een coherente toepassing van zijn jurisprudentie ziet.

Ik neem *De Legé* als leidraad en analyseer, op basis van een grammaticale en systematische interpretatie, in detail de eerdere Europese rechtspraak in retrospectief. Dat leidt tot een verdere inkleuring en verfijning van de hoofdlijn die het Hof in *De Legé* schetst en levert in paragraaf twee een toetsingskader op voor het nemo-teneturbeginsel in strafzaken zoals dat wordt gewaarborgd door artikel 6 lid 1 EVRM. Vervolgens ga ik in paragraaf drie in op een aantal aspecten uit de discussie over het nemo-teneturbeginsel in de Nederlandse rechtsliteratuur en op de Nederlandse rechtspraak. Daaruit blijkt dat in Nederland sprake is van een onvolledige lezing van het cruciale *Saunders-arrest*¹¹ en een onderwaardering van het belang van de fase waarin bewijsmateriaal wordt verkregen. Dit heeft geleid tot een onjuiste interpretatie van het wils(on)afhankelijkheids-criterium en een verkeerde uitleg van een aantal maatgevende arresten van het Hof. Deze bijdrage sluit in paragraaf vier af met de conclusie.

2 Toetsingskader van het EHRM voor het nemo-teneturbeginsel in strafzaken

Het recht op een eerlijk proces biedt in het strafrecht bescherming aan de verdachte tegen de macht van de staat, specifiek het Openbaar Ministerie, waar het vervolgingsmonopolie ligt. Het borgen van de autonomie van de verdachte stelt hem onder andere in staat om zelf zijn proceshouding te kiezen. Het zwijgrecht en de verklaringsvrijheid maken hier onderdeel van uit en deze zijn in Nederland neergelegd in artikel 29 Sv. Het nemo-teneturbeginsel is echter ruimer en beschermt de verdachte ook tegen het op onrechtmatige wijze, onder dwang, verkrijgen van bewijs van de verdachte. Artikel 29 Sv bevat niet dit aspect van het nemo-teneturbeginsel, zodat de Hoge Raad zich voor de toepassing in Nederland bedient van de jurisprudentie van het Hof. Die is van belang, omdat ook in het EVRM het nemo-teneturbeginsel niet expliciet is opgenomen, maar door het Hof ingelezen is in artikel 6 EVRM.

Artikel 6 lid 1 EVRM ziet in de eerste plaats op het recht op een eerlijk proces, zowel in civiele en bestuursrechtelijke zaken als in strafzaken. Hoewel het artikel naar de letter slechts spreekt van een eerlijke en openbare behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht, kan het in geval van strafzaken ook van toepassing zijn op de daaraan voorafgaande onderzoeks- en opsporingsfase.¹² Volgens het Hof valt het nemo-teneturbeginsel onder artikel 6 EVRM, omdat het beoogt gerechtelijke dwalingen als gevolg van ongeoorloofde dwang te voorkomen. Die dwang moet gericht zijn op het verkrijgen van bewijsmateriaal,¹³ wat vaak plaatsvindt in de onderzoeks- en opsporingsfase. Wanneer het Hof van oordeel zou zijn geweest dat de onderzoeks- en opsporingsfase in strafzaken niet onderhevig zouden zijn aan toetsing aan artikel 6 lid 1 EVRM, dan was toetsing aan het nemo-teneturbeginsel onder de vlag van dit artikel slechts beperkt mogelijk geweest.

10 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15 (*De Legé/Nederland*), aanduiding boven par. 63-68. In eerdere uitspraken heeft het EHRM het over 'general principles'.

11 EHRM 17 december 1996, 19187/91 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

12 EHRM 26 januari 2021, 73313/17 en 20143/19, par. 120 (*Zličić/Servië*). Meer uitgebreid, zie EHRM 13 september 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09, par. 253 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*).

13 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 63-64 (*De Legé/Nederland*).

Het Hof heeft in nemo-teneturzaken speciale aandacht voor zaken waarin andere rechten uit het EVRM zijn geschonden,¹⁴ zoals het recht op privacy (artikel 8 EVRM) en (met name) het verbod op foltering en onmenselijke of vernederende behandeling of bestraffing (artikel 3 EVRM).¹⁵ Wanneer het verbod op foltering is geschonden, dan is volgens het Hof het proces bij voorbaat oneerlijk als gebruik wordt gemaakt van aldus verkregen verklaringen of fysiek bewijs (*real evidence*).¹⁶ Wanneer er geen sprake is van foltering, maar evengoed van een onmenselijke of vernederende behandeling in strijd met artikel 3 EVRM, dan leidt dit in geval van verklaringen onverkort tot een oneerlijk proces. Voor fysiek bewijs hangt het in dat geval van de omstandigheden af of artikel 6 EVRM is geschonden: bepalend is of de onmenselijke of vernederende behandeling van invloed is op de uitkomst van het proces.¹⁷

In *De Legé* benoemt het Hof achtereenvolgens de voorwaarden voor de toepasbaarheid,¹⁸ de uitzonderingsgrond¹⁹ en de toetsingscriteria.²⁰ De hoofdregel kan als volgt worden samengevat: als een casus aan de voorwaarden voor toepasbaarheid voldoet en de uitzonderingsgrond niet van toepassing is, dan dient de casus inhoudelijk getoetst te worden aan een aantal criteria. Het betekent ook dat als aan de voorwaarden is voldaan, maar de uitzonderingsgrond wél van toepassing is, dat de inhoudelijke toetsing achterwege blijft, omdat de casus buiten het bereik van het nemo-teneturbeginsel valt. Hoewel dit enigszins triviaal lijkt, is het belangrijk om deze hoofdlijn te benadrukken, omdat het onderscheid tussen de uitzonderingsgrond en de toetsingscriteria in de rechtsliteratuur niet altijd scherp wordt gemaakt.

Deze drie aspecten van het toetsingskader worden hieronder in meer detail uitgewerkt.

2.1 Voorwaarden voor toepasbaarheid van het nemo-teneturbeginsel

Om aan een toetsing aan het nemo-teneturbeginsel toe te komen, moet aan twee voorwaarden zijn voldaan: er moet sprake zijn van een vorm van dwang door de autoriteiten en de dwang moet ofwel erop gericht zijn om belastend bewijs tegen de verdachte te verkrijgen, ofwel buiten de strafrechtelijke context zijn uitgeoefend, waarna het zo verkregen materiaal als bewijs wordt ingebracht.²¹ Het Hof noemt drie voorbeelden van dwang in de strafrechtelijke context die tot problemen kunnen leiden: het afdwingen van getuigenissen, het uitoefenen van fysieke of mentale druk – vaak in strijd met artikel 3 EVRM – om fysiek bewijs of verklaringen te verkrijgen en kunstgrepen om informatie te ontlokken.²²

14 Zie bijvoorbeeld EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 95 (*Jalloh/Duitsland*) en EHRM 1 juni 2010, 22978/05, par. 163 (*Gäfgen/Duitsland*).

15 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 98-99 (*Jalloh/Duitsland*).

16 EHRM 1 juni 2010, 22978/05, par. 166, 167 en 173 (*Gäfgen/Duitsland*), EHRM 26 januari 2021, 73313/17 en 20143/19, par. 119 (*Zličić/Servië*).

17 EHRM 26 januari 2021, 73313/17 en 20143/19, par. 119 (*Zličić/Servië*). Voor het eerst in EHRM 1 juni 2010, 22978/05, par. 178 (*Gäfgen/Duitsland*).

18 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 65 en 74 (*De Legé/Nederland*).

19 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 67 en 75 (*De Legé/Nederland*).

20 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 68 en 78 (*De Legé/Nederland*).

21 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 65 en 74 (*De Legé/Nederland*); EHRM 8 april 2004, 38544/97, par. 42-43 (*Weh/Oostenrijk*). Het Hof gebruikt in *De Legé* de meer algemene term belastende informatie, maar doelt hiermee op bewijsmateriaal, zie bijvoorbeeld de aansluitende paragraaf 66.

22 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 64 (*De Legé/Nederland*).

De strafrechtelijke context, en daarmee de mogelijkheid voor het invoeren van de bescherming van het recht op een eerlijk proces onder artikel 6 lid 1 EVRM, vangt aan op het moment dat sprake is van een *criminal charge*, volgens de invulling die daar door het Hof aan wordt gegeven.²³ In het Nederlandse strafrecht houdt een *criminal charge* in dat vervolging is ingesteld. Volgens het Hof is dat niet slechts het geval als de autoriteiten formeel iemand hebben medegedeeld dat hij als verdachte is aangemerkt, maar tevens wanneer diens situatie substantieel is aangetast.²⁴ Het gaat er aldus om dat in materiële zin sprake is van feitelijke vervolging. Voorbeelden van zaken waarin een beroep gedaan wordt op het verbod op gedwongen zelfincriminatie, maar waar het Hof constateert dat geen sprake is van feitelijke vervolging zijn de zaken *Weh tegen Oostenrijk* en *Van Weerelt tegen Nederland*.²⁵ In beide zaken gaat het Hof dan ook in het geheel niet in op de uitzonderingsgrond en de toetsingscriteria. In de zaak *Choudhary* is volgens het Hof geen sprake van dwang wat leidt tot niet-ontvankelijkheid.²⁶ Als feitelijke vervolging is ingesteld dan is het nemo-tenetur ook van toepassing op parallelle procedures buiten de strafrechtelijke context, zie bijvoorbeeld de zaken *Shannon*²⁷ en *Marttinen*.²⁸

2.2 Uitzondering op de bescherming – Saunders-criterium

De tweede stap die het Hof in *De Legé* noemt is het onderzoeken of sprake is van een geval dat buiten het bereik valt van de bescherming die het nemo-teneturbeginsel biedt.²⁹ Deze uitzondering is door het Hof geïntroduceerd in de zaak *Saunders tegen het Verenigd Koninkrijk*. De uitzondering – hierna aangeduid als ‘het Saunders-criterium’ of ‘de (Saunders-)uitzondering’ – houdt in dat:

‘The right not to incriminate oneself (...) 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.’³⁰

De uitzondering op de bescherming geldt derhalve voor bewijsmateriaal dat onder uitoefening van dwang op de verdachte is verkregen en dat aan specifieke kenmerken voldoet. In de literatuur

23 Zie bijvoorbeeld EHRM 20 oktober 1997, 82/1996/671/893, par. 42 (*Serves/Frankrijk*), EHRM 13 september 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09, par. 249 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*).

24 Voor het eerst in een zaak over gedwongen zelfincriminatie op deze manier door het Hof toegelicht in EHRM 20 oktober 1997, 82/1996/671/893, par. 42 (*Serves/Frankrijk*).

25 EHRM 8 april 2004, 38544/97, par. 54 (*Weh/Oostenrijk*), EHRM 16 juni 2015, 784/14, par. 62 (*Van Weerelt/Nederland*). Een verschil tussen beide zaken is dat het Hof in *Weh* oordeelt dat er geen sprake is van een schending van art. 6, lid 1 EVRM, terwijl de zaak *Van Weerelt* kennelijk ongegrond wordt verklaard. Daarbij dient opgemerkt te worden dat de zaak *Van Weerelt* geen *judgement* is, waarin een zaak door het Hof inhoudelijk wordt behandeld, maar een *decision*, waarin alleen uitspraak wordt gedaan over de ontvankelijkheid. Gezien de aanvullende overwegingen in EHRM 8 april 2004, 38544/97, par. 55-56 (*Weh/Oostenrijk*) zag het Hof kennelijk aanleiding om deze zaak wel inhoudelijk te behandelen.

26 EHRM 4 mei 1999, 40084/98 (*Choudhary/Verenigd Koninkrijk*).

27 EHRM 4 oktober 2005, 6563/03, par. 38 (*Shannon/Verenigd Koninkrijk*).

28 EHRM 21 april 2009, 19235/03, par. 73 (*Marttinen/Finland*).

29 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 67 en 75 (*De Legé/Nederland*).

30 EHRM 17 december 1996, 19187/91, par. 69 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

is vooral veel aandacht voor de in het criterium expliciet genoemde wilsonafhankelijkheid van het materiaal, met een focus op documenten. Over het algemeen wordt door auteurs gesteld dat documenten wilsonafhankelijk zijn, wat leidt tot problemen bij het interpreteren van diverse arresten. Uit de gedetailleerde analyse van *Saunders* en latere rechtspraak kan echter worden afgeleid dat voor de wils(on)afhankelijkheid van documenten, en daarmee de vraag of de uitzondering van toepassing is een onderbelicht aspect van belang is, namelijk de fase waarin het bewijsmateriaal is verkregen: tijdens de feitelijke vervolging of daaraan voorafgaand.

In de *Saunders*-passage worden naast documenten ook andere voorbeelden genoemd. Daarom wordt eerst ingegaan op de soorten bewijsmateriaal, daarna op de twee fasen en ten slotte op de wils(on)afhankelijkheid.

2.2.1 Het soort bewijsmateriaal

Bij het nemo-teneturbeginsel draait het in de eerste plaats om het respecteren van de wil van de verdachte om te zwijgen tijdens een verhoor en om niet te worden gedwongen om een verklaring af te leggen.³¹ Het Hof heeft er echter een ruimere betekenis aan gegeven, door er ook gevallen onder te scharen waarin door de autoriteiten dwang werd uitgeoefend om fysiek bewijs (*real evidence*) te kunnen verkrijgen.³²

Wanneer sprake is van afgedwongen verklaringen geldt de uitzondering niet en is het nemo-teneturbeginsel van toepassing.³³ In het *Saunders*-criterium blijkt dit al omdat het Hof als voorbeelden uitsluitend fysiek bewijs noemt en niet ook verklaringen van de verdachte. In de zaak *Saunders* gaat het om het gebruik tijdens de strafrechtelijke procedure van door *Saunders* afgelegde verklaringen, die tijdens een niet-punitief onderzoek zijn verkregen.³⁴ De Britse staat voert als argument aan dat (onder andere) onder dwang verkregen zelfbelastende verklaringen niet altijd zijn uitgesloten van het bewijs.³⁵ In het *Saunders*-criterium lijkt het Hof te preciseren welk materiaal buiten de reikwijdte van het beginsel valt. Het herformuleert het argument van de Britse staat, zonder daarbij verklaringen te noemen. Het Hof maakt zo de weg vrij om over te gaan op de inhoudelijke behandeling van de zaak en richt zich vervolgens ook uitsluitend op de verklaringen die door *Saunders* zijn afgelegd.³⁶ Dat het nemo-teneturbeginsel onverkort van toepassing is op verklaringen, is ook in latere rechtspraak terug te zien: in gevallen van

31 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 110 (*Jalloh/Duitsland*).

32 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 111 (*Jalloh/Duitsland*).

33 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 75 (*De Legé/Nederland*).

34 EHRM 17 december 1996, 19187/91, par. 67 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

35 EHRM 17 december 1996, 19187/91, par. 62 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*): 'Nor does it follow from an acceptance of the privilege that the prosecution is never to be permitted to use in evidence self-incriminating statements, documents or other evidence obtained because of the exercise of compulsory powers. Examples of such permitted use include the prosecution's right to obtain documents pursuant to search warrants or samples of breath, blood or urine.'

36 EHRM 17 december 1996, 19187/91, par. 69 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*): 'In the present case the Court is only called upon to decide whether the use made by the prosecution of the statements obtained from the applicant by the inspectors amounted to an unjustifiable infringement of the right.'

onder dwang verkregen verklaringen gaat het Hof rechtstreeks over op de inhoudelijke toetsing.³⁷

Fysiek bewijs moet onderscheiden worden van lichaamsmateriaal ten behoeve van nader forensisch onderzoek. Zulk lichaamsmateriaal valt volgens het Saunders-criterium buiten het toetsingskader. Er zijn nauwelijks zaken waarin een beroep gedaan wordt op het nemo-tenetur-beginsel in geval van gedwongen afname van lichaamsmateriaal.³⁸ Waar het afgenomen lichaamsmateriaal nader onderzocht wordt en dus een indirect karakter heeft, is fysiek bewijs rechtstreeks belastend materiaal. In de Saunders-passage worden documenten als voorbeeld genoemd en in veel zaken die het Hof heeft behandeld gaat het inderdaad om documenten. Belastingdocumenten vormen hierbij een aparte categorie.³⁹ Alleen in de zaak *Jalloh* oordeelt het Hof over andersoortig fysiek bewijsmateriaal. Het Hof concludeert dat het door toediening van een braakmiddel verkregen drugsbolletje niet moet worden geclassificeerd als lichaamsmateriaal ten behoeve van nader forensisch onderzoek, maar als fysiek bewijsmateriaal.⁴⁰

2.2.2 De fase waarin fysiek bewijsmateriaal onder dwang is verkregen

In de zaak *Weh* verwoordt het Hof voor het eerst expliciet dat onderscheid moet worden gemaakt naar het moment waarop de dwang is uitgeoefend, buiten of voorafgaand aan, of tijdens de feitelijke vervolging.⁴¹ Dit speelt geen rol voor verklaringen (waarbij altijd een inhoudelijke toetsing plaatsvindt) en lichaamsmateriaal ten behoeve van nader forensisch onderzoek, maar bij fysiek bewijs ligt dit duidelijk anders. Kijken we met de blik van het tijdsaspect opnieuw naar het *Saunders*-arrest, dan valt in de letterlijke lezing van de Saunders-passage op dat het Hof de verleden tijd gebruikt (*documents acquired*), terwijl het eerder door de Britse staat aangevoerde argument⁴² in de tegenwoordige tijd is geformuleerd en als een recht van de aanklager (*the prosecution's right to obtain documents*).

Vertaald naar de fase waarin de dwang wordt uitgeoefend gaat de Britse staat uit van een situatie van feitelijke vervolging. De herformulering door het Hof impliceert dat de Saunders-uitzondering voor documenten slechts van toepassing is op gevallen waarbij de dwang, het bevelschrift, al eerder is uitgeoefend, dus voorafgaand aan de feitelijke vervolging. En bovendien dat die documenten ook daadwerkelijk verkregen (*acquired*) moeten zijn. Het gaat immers om het gebruik ervan in de strafzaak (*the use in criminal proceedings*) en documenten die niet in bezit zijn van de vervolgende autoriteit kunnen ook niet als bewijs worden ingebracht. Deze grammaticale uitleg is niet eerder aan de Saunders-passage gegeven. Het gaat in deze lezing dus om

37 Zie bijvoorbeeld EHRM 21 december 2000, 34720/97 (*Heaney en McGuinness/Ierland*) en EHRM 21 december 2000, 34720/97 (*Quinn/Ierland*); EHRM 5 november 2002, 48539/99 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 29 juni 2007, 15809/02 en 25624/02 (*O'Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk*).

38 Zie voor een concrete zaak EHRM 15 juni 1999, 43486/98 (*Tirado Ortiz en Lozano Martin/Spanje*), waarin het Hof concludeert tot niet-ontvankelijkheid.

39 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 65-73 (*De Legé/Nederland*).

40 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 113 (*Jalloh/Duitsland*): '(...) as with the impugned measures in *Funke* and *J.B. v. Switzerland*, the administration of emetics was used to retrieve real evidence in defiance of the applicant's will. Conversely, the bodily material listed in *Saunders* concerned material obtained by coercion for forensic examination (...)'.
 41 EHRM 8 april 2004, 38544/97, par. 42-43 (*Weh/Oostenrijk*).

42 EHRM 17 december 1996, 19187/91, par. 69 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

documenten die reeds in bezit zijn van de (vervolgende) autoriteiten op het moment dat de feitelijke vervolging aanvangt. Slechts die documenten vallen buiten het bereik van de bescherming van het nemo-teneturbeginsel.

Dit betekent ook dat documenten, die tijdens de feitelijke vervolging onder dwang worden verkregen, niet onder de Saunders-uitzondering vallen, zodat het gebruik ervan inhoudelijke getoetst dient te worden. Voor specifieke gevallen waarin belastingdocumenten worden gevorderd tijdens de feitelijke vervolging, heeft het Hof echter een uitzondering op bovenstaande regel geformuleerd, hierna het De Legé-criterium genoemd. In *De Legé* gaat het Hof aan de hand van een aantal eerdere zaken expliciet in op gevallen waarin dwang in de vorm van boetes wordt uitgeoefend om documenten te verkrijgen in de context van het fiscaal strafrecht.⁴³ Als in de vervolgingsfase de dwang is gericht op het verkrijgen van specifieke reeds bestaande (*pre-existing*) belastingdocumenten, dan is de Saunders-uitzondering toch van toepassing en is geen inhoudelijke toetsing vereist. Dit in tegenstelling tot het (tijdens de feitelijke vervolging) uitoefenen van dwang om documenten te verkrijgen waarvan het bestaan vermoed wordt, maar waarvan de autoriteiten niet zeker zijn (een *fishing expedition*).⁴⁴

Een in de literatuur veelbesproken belastingzaak is die van *J.B. tegen Zwitserland*.⁴⁵ Het Hof stelt vast dat in deze zaak sprake is van feitelijke vervolging,⁴⁶ zodat dat de Saunders-uitzondering volgens bovenstaande lezing in beginsel niet van toepassing is. De verdachte in die zaak kan er niet zeker van zijn dat hij niet zal worden vervolgd voor belastingontduiking op basis van door hem nog te verstrekken documenten⁴⁷ en het Hof is er daarom niet van overtuigd dat geen sprake is van een *fishing expedition*.⁴⁸ Aan het De Legé-criterium is dus niet voldaan en het Hof stelt vervolgens een schending vast.⁴⁹ Het had daar niet toe kunnen overgaan als via het De Legé-criterium de Saunders-uitzondering alsnog van toepassing was geweest.

Hoewel het belang van het moment waarop de dwang wordt uitgeoefend voor al naar voren komt in de jurisprudentie van het Hof over documenten, geldt het mijns inziens vooral het fysieke bewijsmateriaal. Aangezien de opsomming van bewijsmateriaal in de Saunders-passage niet limitatief is, zoals blijkt uit het gebruik van de woorden *inter alia*, kan beredeneerd worden dat hetzelfde geldt voor fysiek bewijs, anders dan documenten. Zo valt het drugsbolletje in de zaak *Jalloh* niet onder de uitzondering, omdat er al sprake is van feitelijke vervolging op het moment dat het braakmiddel onder dwang wordt toegediend.

2.2.3 De wils(on)afhankelijkheid van het bewijsmateriaal

De voorbeelden van bewijsmateriaal in de Saunders-passage vallen volgens het Hof allemaal in de categorie materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat. Over de wilsonafhankelijkheid van lichaamsmateriaal bestaat weinig discussie en ook is duidelijk dat dit bewijsmateriaal onder

43 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 69-73 (*De Legé/Nederland*).

44 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 76 (*De Legé/Nederland*).

45 EHRM 3 mei 2001, 31827/96 (*J.B./Zwitserland*).

46 EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 49 (*J.B./Zwitserland*). In EHRM 8 april 2004, 38544/97, par. 42 (*Weh/Oostenrijk*) noemt het Hof de zaak *J.B.* ook expliciet als voorbeeld.

47 EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 66 (*J.B./Zwitserland*).

48 EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 69 (*J.B./Zwitserland*); EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 71 (*De Legé/Nederland*).

49 EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 71 (*J.B./Zwitserland*).

(geoorloofde) dwang mag worden verkregen.⁵⁰ Vanuit de in de vorige paragraaf gepresenteerde lezing kan de vraag naar de wilsafhankelijkheid van fysiek bewijs precies beantwoord worden op basis van het moment waarop dit onder dwang is verkregen:

- Materiaal dat voorafgaand aan de feitelijke vervolging is verkregen op grond van een bevel bestaat als zodanig, omdat het reeds in bezit is van de vervolgende autoriteit ten tijde van de feitelijke vervolging. Dit materiaal is weliswaar als gevolg van dwang vervaardigd maar niet met het oog op het gebruik ervan in een strafrechtelijke procedure en is daarom wilsonafhankelijk.
- Materiaal dat tijdens de feitelijke vervolging nog niet in bezit is van de vervolgende autoriteit en dat wordt gevorderd om te dienen als belastend bewijsmateriaal, kan kennelijk niet zonder medewerking van de verdachte worden verkregen. Het bestaat mogelijk in fysieke zin, maar daarvan is de vervolgende autoriteit niet zeker. Daarmee is dit bewijsmateriaal wilsafhankelijk, is de Saunders-uitzondering niet van toepassing en dient het gebruik ervan inhoudelijk getoetst te worden. Uitzondering hierop vormt materiaal waarvan de vervolgende autoriteit wél zeker is van het bestaan.

Bovenstaande is een andere benadering dan waar veel auteurs vanuit gaan. Zij kijken bij het bepalen van de wils(on)afhankelijkheid uitsluitend naar het soort materiaal, ongeacht het moment waarop dit in handen is gekomen van de autoriteiten. Dat leidt tot conclusies die contrair zijn aan het oordeel van het Hof, zelfs in twee zaken waarin het expliciet ingaat op de wilsafhankelijkheid van bewijsmateriaal. In de eerste zaak *J.B.* voert de Zwitserse staat aan, dat iemand (ook) verplicht kan worden tot medewerking om tachograafgegevens en bloed- en urinemonsters af te staan.⁵¹ Het Hof volgt deze redenering niet, omdat het door de staat genoemde materiaal weliswaar aan het Saunders-criterium van wilsonafhankelijkheid voldoet, maar de documenten in deze zaak van een andere aard zijn.⁵² Het Hof concludeert dat het nemo-teneturbeginsel is geschonden. Zou het Hof tot de conclusie zijn gekomen dat de documenten in deze zaak wilsonafhankelijk waren, dan was de Saunders-uitzondering van toepassing geweest en zou het Hof niet aan een inhoudelijk oordeel zijn toegekomen. De enige logische conclusie die verbonden kan worden aan de woorden ‘van een andere aard’ is dat het Hof hiermee zegt dat het bij de in deze zaak gevorderde documenten gaat om wilsafhankelijk materiaal.

In de tweede zaak *Jalloh* benoemt het Hof dat het drugsbolletje gekwalificeerd zou kunnen worden (*could be considered*) als wilsonafhankelijk materiaal, maar ziet dit toch anders (*however*).⁵³ Het Hof voert vervolgens drie argumenten aan waarom het drugsbolletje fysiek bewijsmateriaal is, dat onder dwang is verkregen tegen de wil van de verdachte, en waarom het niet op een

50 Wanneer de toegepaste dwang in strijd is met art. 3 EVRM vervalt echter de uitzondering en is het verbod op gedwongen zelfincriminatie van toepassing, zie EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 67 (*De Legé/Nederland*).

51 EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 29 (*J.B./Zwitserland*).

52 EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 68 (*J.B./Zwitserland*): ‘(...) the present case does not involve material of this nature which, like that considered in Saunders, has an existence independent of the person concerned and is not, therefore, obtained by means of coercion and in defiance of the will of that person (...)’.

53 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 113 (*Jalloh/Duitsland*): ‘In the Court’s view, the evidence in issue in the present case, namely, drugs hidden in the applicant’s body which were obtained by the forcible administration of emetics, could be considered to fall into the category of material having an existence independent of the will of the suspect, the use of which is generally not prohibited in criminal proceedings. However, there are several elements which distinguish the present case from the examples listed in Saunders.’

lijn is te plaatsen met lichaamsmateriaal ten behoeve van nader forensisch onderzoek.⁵⁴ Het Hof benoemt daarna expliciet dat het nemo-teneturbeginsel op deze zaak van toepassing is.⁵⁵ Daarmee valt deze zaak niet onder de Saunders-uitzondering, zodat het Hof vervolgens tot inhoudelijke toetsing aan het nemo-teneturbeginsel overgaat en een schending constateert.⁵⁶ Dat veel auteurs het drugsbolletje in de zaak *Jalloh* als wilsonafhankelijk bestempelen pas geheel niet bij het eigen oordeel van het Hof en de inhoudelijke toetsing die daarop volgt. Voor het Hof is er ook nadien geen twijfel dat deze zaak op een lijn valt te plaatsen met de zaken *Funke* en *J.B.* en dus niet als uitzondering gezien moet worden.⁵⁷ Een parallel met die zaken is dat de dwang wordt uitgeoefend tijdens de feitelijke vervolging. Ook hier, en in het algemeen, geldt dat het Hof slechts aan een inhoudelijk oordeel kan toekomen, wanneer sprake is van wilsafhankelijk bewijsmateriaal.

2.3 Inhoudelijke toetsing – *Jalloh*-criteria

De zaak *Funke tegen Frankrijk* is de eerste zaak waarin het Hof een schending van het nemo-teneturbeginsel schaarde onder artikel 6 lid 1 EVRM. Een aantal jaren later verduidelijkt het Hof dat in de zaak *Funke* de mate van dwang onverenigbaar was met artikel 6 EVRM, omdat de essentie van het verbod op gedwongen zelfincriminatie teniet werd gedaan.⁵⁸ Deze formulering wordt in navolgende uitspraken door het Hof vaker herhaald⁵⁹ en vormt de maatstaf bij de inhoudelijke toetsing aan het beginsel. Hoewel meestal gerefereerd wordt aan het *Jalloh*-arrest⁶⁰ formuleerde het Hof al een aantal jaren eerder in de zaak *Allan tegen het Verenigd Koninkrijk* drie factoren aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of sprake is van een schending van de essentie van het verbod op gedwongen zelfincriminatie.⁶¹ Dit zijn de aard en mate van dwang, de waarborgen in het proces en het gebruik van het verkregen materiaal in de verdere procedure.⁶²

In *Jalloh* noemt het Hof als vierde factor het publieke belang van het onderzoek naar en de bestraffing van het strafbare feit.⁶³ In eerdere en latere rechtspraak laat het Hof dit niet als aanvullende factor terugkeren. Wel haalt het Hof regelmatig het publieke belang aan in zijn inhoudelijke overwegingen.⁶⁴ In sommige zaken benoemt het Hof dit als algemeen criterium

54 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 113-116 (*Jalloh/Duitsland*).

55 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 116 (*Jalloh/Duitsland*).

56 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 117-122 (*Jalloh/Duitsland*).

57 EHRM 29 juni 2007, 15809/02 en 25624/02, par. 54 (*O'Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk*).

58 EHRM 8 februari 1996, 18731/91, par. 49 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*).

59 'The degree of compulsion applied will be incompatible with Article 6 where it destroys the very essence of the privilege against self-incrimination.' Bijvoorbeeld recent nog in EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 68 (*De Legé/Nederland*).

60 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 101 (*Jalloh/Duitsland*).

61 EHRM 5 november 2002, 48539/99, par. 44 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*).

62 Hoewel het Hof spreekt van factoren, worden deze in de literatuur vaak aangeduid als de *Jalloh*-criteria. Ik hanteer beide begrippen, met de kanttekening dat het niet gaat om criteria, maar slechts om gezichtspunten die in de inhoudelijke toetsing een rol spelen.

63 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 117 (*Jalloh/Duitsland*).

64 Zie bijvoorbeeld EHRM 17 december 1996, 19187/91, par. 74 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 21 december 2000, 34720/97, par. 57 (*Heaney en McGuinness/Ierland*) en EHRM 21 april 2009, 19235/03, par. 74 (*Marttinen/Finland*).

bij de beoordeling of sprake is van een eerlijk proces, waarbij opgemerkt wordt dat het publieke belang niet kan rechtvaardigen dat de essentie van het nemo-teneturbeginsel wordt geschonden.⁶⁵ In twee zaken gaat het Hof pas in op het publieke belang, nadat hij heeft geconstateerd dat de essentie van het nemo-teneturbeginsel is geschonden.⁶⁶ Al met al lijkt het publieke belang als vierde factor geen vaste voet aan de grond te hebben gekregen.

Ten aanzien van de aard en mate van dwang, de waarborgen in het proces en het gebruik van het verkregen materiaal in de verdere procedure zijn er per factor geen scherpe toetsingscriteria aan te wijzen. Evenmin maakt het Hof duidelijk of het de factoren cumulatief of alternatief betreft bij de toetsing. In sommige gevallen beschouwt het Hof in zijn oordeel alle drie de factoren,⁶⁷ in andere gevallen is de mate van dwang voldoende om een schending van de essentie vast te kunnen stellen.⁶⁸ Recent heeft het Hof benadrukt dat het gebruik van het verkregen materiaal een cruciale factor is.⁶⁹

Het gaat de omvang van dit artikel te buiten om een gedetailleerde analyse te geven van de toepassing door het Hof van de drie criteria in de jurisprudentie. De rechtspraak lijkt op dit punt nog sterk casuïstisch, zodat het toetsingskader op dit aspect diffuus overkomt.

2.4 Samenvatting – beslisboom

Het in deze paragraaf geschetste toetsingskader voor het nemo-teneturbeginsel is gebaseerd op rechtspraak van het Hof die zich uitstrekt over dertig jaar. Het Hof heeft in die periode niet zozeer het toetsingskader gewijzigd, maar wel aangevuld en steeds scherper neergezet. Het uitgangspunt dat de aanklager zijn zaak rond moet krijgen zonder gebruik te maken van bewijs dat onder dwang tegen de wil van de verdachte is verkregen, heeft het Hof in de zaak *Saunders* geformuleerd en is daarna vaak aangehaald.⁷⁰ De kern van de inhoudelijke toetsing, namelijk dat de essentie van het nemo-teneturbeginsel niet mag zijn geschonden, staat daarbij sinds de zaak *Funke* centraal.

Voor alle zaken die ik in dit onderzoek heb betrokken om het toetsingskader te beschrijven geldt dat aan de hand van het toetsingskader kan worden verklaard hoe het Hof tot zijn oordeel is gekomen. In enkele gevallen lijkt het Hof van zijn eigen lijn af te wijken, bijvoorbeeld in *Jalloh*,

65 EHRM 13 september 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09, par. 252 en 274 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*); EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 97 (*Jalloh/Duitsland*).

66 EHRM 21 december 2000, 34720/97, par. 55-57 (*Heaney en McGuinness/Ierland*); EHRM 21 april 2009, 19235/03, par. 73-74 (*Marttinen/Finland*). In beide gevallen reageert het Hof hiermee op door partijen ingebrachte argumenten. Opvallend genoeg is dat in de zaak *Jalloh* juist niet het geval.

67 EHRM 5 november 2002, 48539/99, par. 52 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 117-122 (*Jalloh/Duitsland*); EHRM 29 juni 2007, 15809/02 en 25624/02, par. 55-60 (*O'Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 10 maart 2009, 4378/02, par. 104 (*Bykov/Rusland*).

68 *Funke*, concreet gemaakt in EHRM 8 februari 1996, 18731/91, par. 49 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 21 december 2000, 34720/97, par. 55 (*Heaney en McGuinness/Ierland*); EHRM 21 december 2000, 34720/97, par. 56 (*Quinn/Ierland*), EHRM 21 april 2009, 19235/03, par. 73 (*Marttinen/Finland*).

69 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 68 (*De Legé/Nederland*).

70 EHRM 17 december 1996, 19187/91, par. 68 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*). Zie bijvoorbeeld EHRM 21 december 2000, 34720/97, par. 40 (*Heaney en McGuinness/Ierland*); EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 64 (*J.B./Zwitserland*); EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 100 (*Jalloh/Duitsland*) en EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 66 (*De Legé/Nederland*).

waar hij het publieke belang bij het onderzoek naar en de bestraffing van het strafbare feit als vierde factor bij de inhoudelijke toetsing introduceert, maar dit wordt daarna niet door het Hof herhaald in andere arresten.

Niet in iedere uitspraak van het Hof is het gehele toetsingskader voor het nemo-teneturbeginsel terug te vinden. Het Hof beperkt zich telkens tot de voor de betreffende casus relevante aspecten, zodat het soms stappen in de beoordeling overslaat of onbesproken laat. Dit is bijvoorbeeld het geval in zaken waarin niet is voldaan aan de voorwaarden voor de toepasbaarheid. Er vindt dan geen verdere behandeling plaats, zoals in de zaak *Weh*, waar geen sprake is van een feitelijke vervolging. In zaken die gaan over onder dwang verkregen verklaringen, slaat het Hof de vraag of de Saunders-uitzondering van toepassing is over, omdat die zaken altijd inhoudelijk getoetst moeten worden.⁷¹ En in zaken waarin de Saunders-uitzondering geldt of het De Legé-criterium van toepassing is, is inhoudelijke toetsing niet nodig.⁷²

De eerste zaak waarin het Hof de structuur van het toetsingskader heeft geschetst is de zaak *Jalloh tegen Duitsland* uit 2006.⁷³ In 2022 heeft het Hof dit nogmaals gedaan in de zaak *De Legé tegen Nederland*.⁷⁴ Beide uitspraken kunnen beschouwd worden als overzichtsarresten en vormen de basis voor het toetsingskader. Om het gehele toetsingskader inzichtelijk te maken kan het samenvattend worden weergegeven in een beslisboom, zie figuur 1.

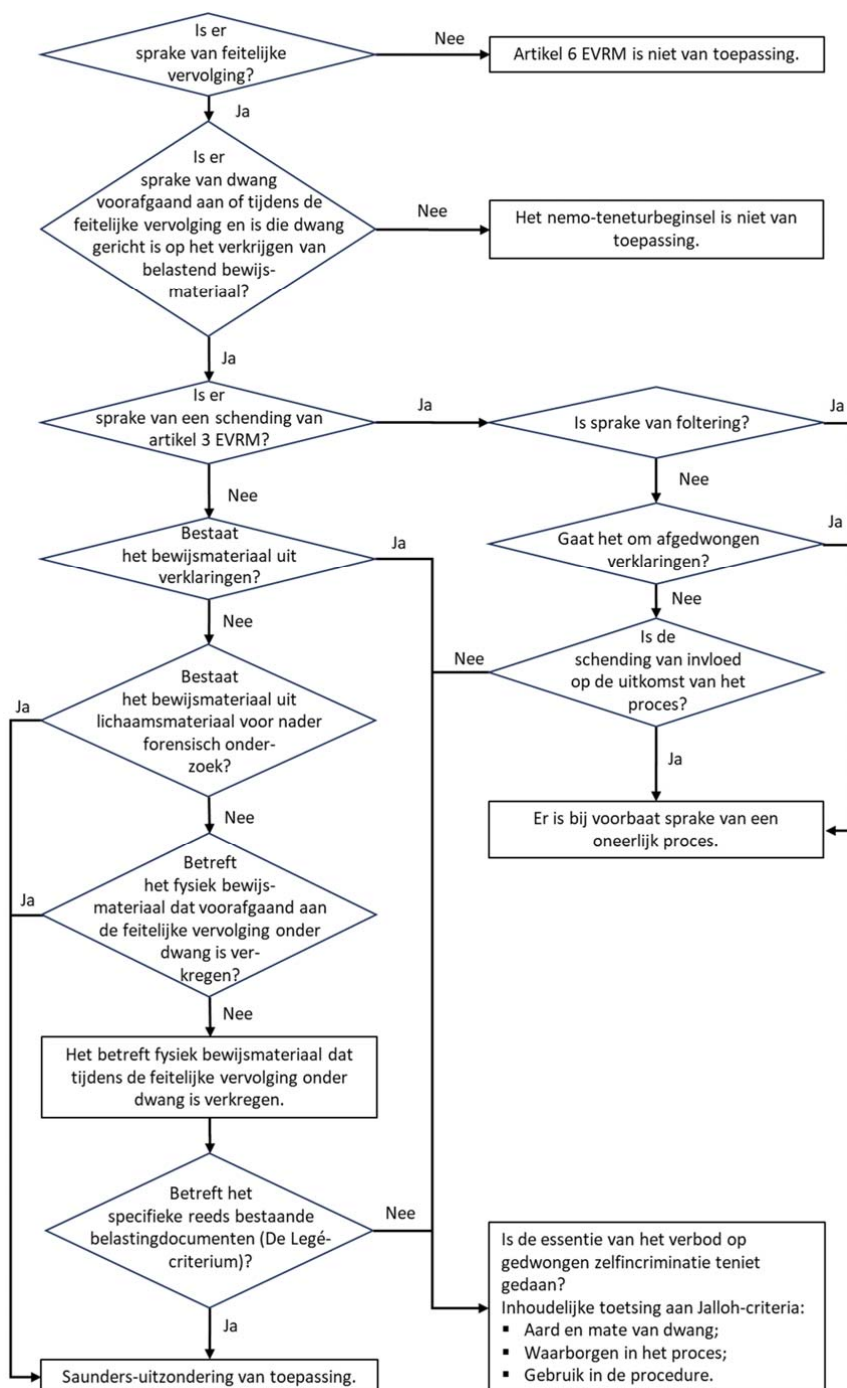
71 Bijvoorbeeld EHRM 5 november 2002, 48539/99 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 10 maart 2009, 4378/02 (*Bykov/Rusland*).

72 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 84-86 (*De Legé/Nederland*).

73 EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 100-102 (*Jalloh/Duitsland*).

74 EHRM 4 oktober 2022, 58342/15, par. 60-68 en par. 74-78 (*De Legé/Nederland*).

Figuur 1. Beslisboom toetsingskader nemo-teneturbeginsel in strafzaken



3 Reflectie op de Nederlandse rechtsliteratuur en de rechtspraak van de Hoge Raad over het nemo-teneturbeginsel

Voor toepassing van het nemo-teneturbeginsel richt de Hoge Raad zich op de jurisprudentie van het Europees hof. Dat is noodzakelijk, omdat het Wetboek van Strafvordering niet voorziet in een wettelijk kader. Maar ook geldt op grond van artikelen 93 en 94 Gw dat over het algemeen zowel voor het EVRM als voor de arresten van het Hof sprake is van rechtstreekse werking. Om de rechtszekerheid van de verdachte te waarborgen mag er geen licht zitten tussen enerzijds de verdragsbepaling en de nadere invulling daarvan door het Hof en anderzijds de nationale toepassing. Bij zijn interpretatie van Europese wetgeving heeft de Hoge Raad uiteraard een zelfstandige positie, maar hij laat zich wel voeden door de rechtswetenschappelijke literatuur. En die is nu juist onderling verdeeld en bovendien kritisch op de rechtspraak van het Hof. Daarom schets ik in deze paragraaf, op basis van een literatuurstudie en analyse van relevante jurisprudentie, de discussie in de literatuur en de ontwikkeling van de rechtspraak door de Hoge Raad. En met het toetsingskader in de hand reflecteer ik daarop.

3.1 Rechtsliteratuur

In de beginperiode wordt de Saunders-passage verschillend geïnterpreteerd. Zo geeft Feteris een uitleg die in lijn is met het toetsingskader,⁷⁵ heeft Lenos een onderzoekende benadering⁷⁶ en gaat Knigge ervan uit dat de documenten in *Funke* wilsonafhankelijk zijn.⁷⁷ Later neemt het gezichtspunt dat documenten wilsonafhankelijk zijn de overhand.⁷⁸ De focus in de Nederlandse rechtsliteratuur is sowieso sterk gericht op de wils(on)afhankelijkheid. Van Toor constateert dat in de rechtspraak van het Hof alle combinaties voorkomen: zowel bij gevallen van wilsafhankelijk materiaal, als bij wilsonafhankelijk materiaal komen volgens hem zaken voor waar wél, of juist géén schending werd vastgesteld.⁷⁹ Volgens Zeeman is sprake van ‘een gevaarlijk onvolledige lezing’ van de Saunders-passage die leidt tot de onterechte conclusie dat documenten niet onder de nemo-teneturbescherming vallen.⁸⁰ Hiermee doelt hij op auteurs die spreken

75 M.W.C. Feteris, ‘Bij controleonderzoek weigeren inlichtingen te verstrekken en bescheiden over te leggen: gevolgen voor belastingheffing en boete’, annotatie bij HR 27 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2314, BNB 2002/27, par. 3.

76 E.E.V. Lenos, ‘De inlichtingenplicht van het EHRM met betrekking tot het zwijgrecht’, annotatie bij EHRM 3 mei 2001, 31827/96 (J.B./Zwitserland), NJCM-Bulletin 2002, p. 613.

77 G. Knigge, annotatie bij EHRM 17 december 1996, 19187/91 (Saunders/Verenigd Koninkrijk), NJ 1997/699, par. 1.

78 E.J. Koops & L. Stevens, ‘J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond nemo tenetur’, DD 2003/33, p. 290 en 293; L. Stevens, ‘Het nemo-teneturbeginsel als containerbegrip? Een beschouwing van de koers van het EHRM naar aanleiding van het Jalloh-arrest’, DD 2007/54, p. 685; Conclusie A-G P.C. Vegter HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, NJ 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes, par. 7; D.A.G. van Toor, ‘Over het nemo-teneturbeginsel en het decryptiebevel: is een meewerkverplichting bij het ontsleutelen van bestanden gerechtvaardigd?’, Strafbblad 2013/4, p. 319; Van Toor 2016 (*supra* noot 2), p. 30, D.A.G. van Toor, *Het schuldige geheugen? Een onderzoek naar het gebruik van hersenonderzoek als opsporingsmethode in het licht van eisen van instrumentaliteit en rechtsbescherming* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 393. Anders, zie: J.W. Zwemmer, annotatie bij HR 24 april 2015 ECLI:NL:HR:2015:1130, NJ 2015/265 (KB-Lux), par. 2.

79 Van Toor 2016 (*supra* noot 2), p. 30, Van Toor 2017 (*supra* noot 78), p. 394.

80 A. Zeeman, *Dulden of meewerken? Een onderzoek naar de toepassing van het nemo tenetur-beginsel bij de sfeerovergang van controle naar opsporing* (diss. Rotterdam), Oud-Turnhout: Gompel & Svacina, par. 5.3.5.

over documenten in het algemeen, in plaats van specifiek over die documenten, die al eerder, voorafgaand aan de feitelijke vervolging op grond van een bevel zijn verkregen.

De analyse van Van Toor kan mijns inziens geen standhouden. Immers, zoals ook in paragraaf twee aangegeven, hoe zou het Hof tot een schending kunnen komen in zaken waarin sprake is van wilsonafhankelijk materiaal, wanneer datzelfde Hof met het *Saunders*-arrest juist beoogd heeft om wilsonafhankelijk materiaal buiten het toepassingsbereik van het nemo-teneturbeginsel te plaatsen? Met andere woorden, als het Hof de *Saunders*-uitzondering van toepassing verklaart, zal hij niet ook nog tot inhoudelijke toetsing overgaan.⁸¹ De verklaring zit in de zaken die Van Toor als voorbeeld noemt, namelijk *J.B. en Jalloh*. Zowel hij, als ook andere auteurs⁸² gaan uit van de wilsonafhankelijkheid van het materiaal in die zaken, terwijl, zoals uit de analyse in de vorige paragraaf blijkt, het Hof het bewijs in beide zaken als wilsonafhankelijk materiaal bestempelde.

Van Toor introduceert verder het onderscheid in een *means-based* en een *material-based* benadering.⁸³ In de *means-based* benadering biedt het nemo-teneturbeginsel bescherming tegen bepaalde handelingen om bewijs te verkrijgen, in de *material-based* benadering beschermt het tegen gedwongen verkrijging van een bepaald soort bewijs.⁸⁴ Het *Saunders*-criterium bevat volgens Van Toor beide benaderingen,⁸⁵ maar volgens hem en anderen is het nemo-teneturbeginsel primair *means-based* en speelt het soort bewijs alleen een rol bij de mate van dwang die toelaatbaar is.⁸⁶ Ik deel de mening dat beide benaderingen in de EHRM-jurisprudentie terug te vinden zijn. De *material-based* benadering voert de boventoon bij de *Saunders*-uitzondering, terwijl het *Jalloh*-criterium over de aard en mate van dwang *means-based* is. Wat in de *material-based* benadering van Van Toor mijns inziens ontbreekt is dat het moment waarop dwang wordt uitgeoefend bij documenten en ander fysiek bewijs een rol speelt. Het Hof heeft verder benadrukt dat het gebruik van bewijs een cruciale factor is. Wat dat betreft zou gesteld kunnen worden dat het toetsingskader niet alleen *material-based* en *means-based* is, maar tevens 'use-based'.

In de Nederlandse zaak van de met een vingerafdruk ontgrendelde smartphone bestaat er in de rechtsliteratuur geen discussie over de wilsonafhankelijkheid van de vingerafdruk, maar bij het geoorloofde gebruik van de aldus verkregen informatie op de smartphone worden door

81 Omgekeerd geldt dat in zaken waarin het Hof een inhoudelijke toetsing doet er dus géén sprake kan zijn van de *Saunders*-uitzondering.

82 P. de Haas & A.B. Vissers, 'Nemo-teneturbeginsel; verklaar je nader!', *Tijdschrift Formeel Belastingrecht*, 2014/1, p. 87; S.L.T.J. Ligthart, 'Het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM. Doorwerking van het nemo teneturbeginsel in enkele gedachte-experimenten volgens de benadering van het EHRM en van de Hoge Raad'; *DD* 2019/16, p. 222-223; Nan 2021 (*supra* noot 4), p. 124, Ligthart ziet het later voor *J.B.* wel goed, maar voor *Jalloh* niet, Ligthart 2023 (*supra* noot 2), p. 111.

83 Voor het eerst in D.A.G. Van Toor, 'De vergrendelde smartphone als object van strafvorderlijk onderzoek', *Computerrecht* 2017/2, p. 3-11.

84 Van Toor 2013 (*supra* noot 78), p. 318.

85 Van Toor 2013 (*supra* noot 78), p. 318.

86 Van Toor 2013 (*supra* noot 78), p. 320, De Haas & Vissers 2014 (*supra* noot 82), p. 95; Van Toor 2016 (*supra* noot 2), p. 35. Ook E.J. Koops, *Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel. Nopen ontwikkelingen sinds 2000 tot invoering van een ontsleutelplicht voor verdachten?*, Meppel: Boom Lemma uitgevers 2012, p. 85 wijst in deze richting. Voor een andere mening, zie Feteris 2002 (*supra* noot 75), par. 4.

sommigen wel vraagtekens gezet.⁸⁷ De rechtbank houdt er rekening mee dat de smartphone wilsafhankelijke gegevens kan bevatten,⁸⁸ maar vrijwel alle auteurs zijn van mening dat het materiaal op de smartphone wilsonafhankelijk is,⁸⁹ waarbij sommigen het soort materiaal aanmerken als verklaringen.⁹⁰ In deze discussie moet allereerst onderscheid worden gemaakt tussen de vingerafdruk die toegang geeft tot de smartphone en de informatie op de smartphone, die als daadwerkelijk bewijsmateriaal kan dienen.⁹¹ De nadruk ligt in de literatuur en rechtspraak bij de vingerafdruk. Dat deze wilsonafhankelijk is, doet mijns inziens niet ter zake, omdat de vingerafdruk niet het bewijs vormt dat uiteindelijk gebruikt wordt. Het zijn de gegevens op die telefoon die mogelijk belastend materiaal zijn. Bij het ontgrendelen van een smartphone met een vingerafdruk lijkt mij vooral de mate van toegepaste dwang relevant. Zolang dit niet in strijd is met artikel 3 EVRM, komt dit in het toetsingskader aan de orde bij het Jalloh-criterium over de aard en mate van dwang. Voorafgaand aan die inhoudelijke toetsing zal van de informatie op de smartphone eerst zelfstandig beoordeeld moeten worden of dit aan de Saunders-uitzondering voldoet.

Dat roept de vraag op om wat voor soort materiaal het gaat. Als deze informatie inderdaad gekwalificeerd kan worden als verklaring, zoals door sommige auteurs aangeduid, dan dient toetsing plaats te vinden aan de Jalloh-criteria. De Saunders-uitzondering is immers niet van toepassing op verklaringen. Wellicht bedoelen auteurs met 'verklaringen' iets anders dan het Hof voor ogen heeft. In dat geval verdient het mijns inziens de voorkeur een andere term te hanteren, om begripsverwarring te voorkomen. Als de informatie op de smartphone wordt beschouwd als fysiek bewijs, dan is dit bewijs dat wordt verkregen op het moment dat de feitelijke vervolging is aangevangen. Daarnaast is het De Legé-criterium niet van toepassing op het materiaal op de smartphone, omdat deze is beperkt tot specifieke reeds bestaande belastingdocumenten.

Kortom, de Saunders-uitzondering is niet van toepassing op het materiaal dat zich bevindt op de met een vingerafdruk ontgrendelde smartphone van een verdachte, ongeacht de kwalificatie als verklaring of als fysiek bewijs. Daaruit volgt dat het materiaal op de smartphone binnen de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel valt en toetsing aan de Jalloh-criteria dient plaats te vinden.

87 Zie bijvoorbeeld Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk (Commissie-Koops 2018), *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, nr. 459, p. 105-106 en Reijntjes 2021 (*supra* noot 4), p. 2165-2166, Van Toor is eerder wel stellig dat dit is toegestaan, zie Van Toor 2017 (*supra* noot 83), p. 7.

88 Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, r.o. 3.4.1.3.2.

89 Van Toor 2019 (*supra* noot 4), p. 406-407, D.A.G. van Toor, annotatie bij Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, *Computerrecht* 2019/94, p. 209, Ligthart 2019 (*supra* noot 82), p. 232, Nan 2019 (*supra* noot 4), p. 117. Anders: Bood 2018 (*supra* noot 4), p. 2745-2746.

90 Bood 2018 (*supra* noot 4), p. 2745-2746: 'bekennende verklaringen', Van Toor 2019 (*supra* noot 4), p. 406-407: 'vastgelegde verklaringen', Nan 2019 (*supra* noot 4), p. 117.

91 Zie ook Bood 2018 (*supra* noot 4), p. 2747.

3.2 De Hoge Raad

In de beginperiode concludeert de Hoge Raad uit het *Saunders*-arrest terecht dat het recht van een verdachte om niet aan zijn eigen veroordeling te hoeven meewerken geen absoluut recht is⁹² en dat een onder dwang afgelegde verklaring niet mag worden gebruikt voor een boeteoplegging.⁹³ Daarentegen valt het vorderen van registratiebladen tijdens de verdenkingsfase en het gebruik van (eerder verkregen) belastingdocumenten voor een boeteoplegging volgens de Hoge Raad niet onder de bescherming van artikel 6 lid 1 EVRM.⁹⁴ Dat laatste klopt wel, maar een vordering van fysiek bewijsmateriaal, anders dan specifieke reeds bestaande belastingdocumenten, tijdens de vervolgingsfase valt wel onder de bescherming en een dergelijke casus dient volgens het toetsingskader getoetst te worden aan de Jalloh-criteria.

Aanvankelijk is de Hoge Raad terughoudend ten aanzien van de wils(on)afhankelijkheid. In het *Tripod*-arrest oordeelt de Hoge Raad dat in een strafzaak niet de wilsafhankelijkheid van een document centraal dient te staan, maar 'het gebruik tot het bewijs van een al dan niet in een document vervatte verklaring van de verdachte'.⁹⁵ Maar in het arrest *Van Weerelt*, komt hij hier op terug door een vrij duidelijke instructie te geven over het gebruik van wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal voor de belastingheffing en voor fiscale beboeting of strafvervolgging.⁹⁶ In het arrest *KB-Lux* bepaalt de Hoge Raad bovendien dat de vraag of sprake is van wilsafhankelijk of wilsonafhankelijk materiaal afhangt van de aard van het materiaal, namelijk 'of het in fysieke zin 'bestaat' onafhankelijk van de wil van de betrokkene'.⁹⁷

Opvallend is dat de Hoge Raad in geen van de in de vorige alinea genoemde arresten refereert aan de zaak *Jalloh*, terwijl dat ten tijde van het *KB-Lux*-arrest toch al negen jaar oud is. En in die tussenliggende tijd zijn de criteria uit *Jalloh* in de literatuur veelvuldig aangehaald. Waar het Hof in *Jalloh* het volledige toetsingskader schetst en zowel de inhoudelijk toetsing als de Saunders-uitzondering benoemt, duikt de Hoge Raad juist dieper in het Saunders-criterium van de wils(on)afhankelijkheid. Verschillende auteurs betwijfelen of deze invulling van de Hoge Raad wel in lijn is met die van het Hof.⁹⁸ Ik sluit me daarbij aan.

In de Nederlandse zaak met de ontgrendelde smartphone oordelen zowel de rechtbank als de Hoge Raad dat de gedwongen ontgrendeling rechtmatig was, omdat het ging om 'gegevens die al in de smartphone waren vastgelegd' en om 'slechts een geringe inbreuk op de lichamelijke integriteit van de verdachte'.⁹⁹ Nan en Van Toor kunnen zich hier in vinden en Nan loopt daarbij de Jalloh-criteria langs.¹⁰⁰ Annotator Reijntjes is van mening dat de Advocaat-Generaal te weinig argumenten verzameld heeft die pleiten tegen het oordeel van de rechtbank.¹⁰¹ Wel

92 HR 21 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0834, NJ 1998/173, r.o. 5.2.

93 HR 27 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2314, BNB 2002/27, m.nt. M.W.C. Feteris, r.o. 3.4.

94 HR 21 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0834, NJ 1998/173, r.o. 5.3, HR 27 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2314, BNB 2002/27, m.nt. M.W.C. Feteris, r.o. 3.5.

95 HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, NJ 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 4.3.

96 HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, NJ 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer (*X/De Staat*), r.o. 3.9.

97 HR 24 april 2015 ECLI:NL:HR:2015:1130, NJ 2015/265, m.nt. J.W. Zwemmer (*KB-Lux*), r.o. 4.4.2.

98 De Haas & Vissers 2014 (*supra* noot 82), p. 113, Van Toor 2016 (*supra* noot 2), p. 41. Nadien ook Nan 2019 (*supra* noot 4), p. 116-117 en Nan 2021 (*supra* noot 4), p. 127.

99 Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, r.o. 3.4.1.3.2., HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 7.3, NJ 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes.

100 Nan 2019 (*supra* noot 4) p. 117; Van Toor 2019 (*supra* noot 89), p. 209; Nan 2021 (*supra* noot 4), p. 121.

101 Reijntjes 2021 (*supra* noot 4), p. 2165.

heeft de Hoge Raad gehoor gegeven aan de oproep om meer aandacht te besteden aan het *Jalloh*-arrest,¹⁰² al roept de manier waarop hij dit doet ook kritiek op.¹⁰³

Dat ruim vijftien jaar na dato eindelijk het *Jalloh*-arrest een plek krijgt in de Nederlandse jurisprudentie is winst. De door de Hoge Raad geciteerde passage uit het *Jalloh*-arrest omvat echter vrijwel het gehele toetsingskader,¹⁰⁴ zonder dat daar enige verdere concrete toepassing op de casus op volgt in het arrest. Hij loopt niet de *Jalloh*-criteria langs, terwijl de noodzaak daartoe is gebleken uit mijn eerdere analyse van deze casus en zoals Nan dat wel doet. Geconcludeerd kan worden dat het toetsingskader zoals het Hof dat voor ogen heeft nog niet volledig is geland in de jurisprudentie van de Hoge Raad.

4 Conclusie

Al sinds het EHRM in 1993 uitspraak deed in het *Funke*-arrest roept zijn rechtspraak over het nemo-teneturbeginsel, zoals dat wordt gewaarborgd door artikel 6 lid 1 EVRM, in de Nederlandse rechtsliteratuur vragen op. Tot op de dag van vandaag worden verschillende invalshoeken en interpretaties gegeven. Dit artikel beschrijft op een eenduidige wijze het toetsingskader van het Hof, gebaseerd op een grammaticale en systematische interpretatie van de rechtspraak van het Hof. Vervolgens is een aantal bestaande invalshoeken en interpretaties in de Nederlandse rechtsliteratuur en de rechtsontwikkeling door de Hoge Raad beschreven en becommentarieerd vanuit het afgeleide toetsingskader van het Hof.

De jurisprudentie van het Hof over het verbod op gedwongen zelfincriminatie blijkt goed in een overkoepelend toetsingskader samen te vatten, zie figuur 1, waar het is weergegeven als beslisboom. Per casus beperkt het Hof zich tot de relevante aspecten uit het toetsingskader. Het Hof loopt als het ware de beslisboom af. Voorwaarden voor de toepasbaarheid van het nemo-teneturbeginsel zijn dat sprake is van feitelijke vervolging en van dwang binnen of buiten de strafrechtelijke context, gericht op het verkrijgen van bewijs. Specifieke aandacht besteedt het Hof aan gevallen waarin de dwang een schending oplevert van het verbod op foltering (artikel 3 EVRM).

Het soort bewijsmateriaal en het moment waarop dit onder dwang is verkregen, voorafgaand of tijdens de feitelijke vervolging, bepalen of het materiaal wilsonafhankelijk dan wel wilsafhankelijk is. De Saunders-uitzondering op de bescherming geldt voor wilsonafhankelijk bewijsmateriaal en is van toepassing op onder dwang verkregen lichaamsmateriaal ten behoeve van nader forensisch onderzoek, op documenten die voorafgaand aan de feitelijke vervolging zijn verkregen door de vervolgende autoriteit en op specifieke reeds bestaande belastingdocumenten. Wat niet onder de Saunders-uitzondering valt, zijn afgedwongen verklaringen en fysiek bewijsmateriaal dat onder dwang wordt gevorderd op het moment dat al van feitelijke vervolging sprake is. Zulk materiaal is wilsafhankelijk. In die gevallen vindt toetsing aan het nemo-teneturbeginsel plaats aan de hand van de drie *Jalloh*-factoren: de aard en mate van dwang, de waarborgen in het proces en het gebruik van het verkregen bewijs in het strafproces. Wanneer hieruit volgt

102 Reijntjes 2021 (*supra* noot 4), p. 2166.

103 Reijntjes 2021 (*supra* noot 4), p. 2166 spreekt van ‘plakken en knippen’ en Nan 2021 (*supra* noot 4), p. 121 van ‘een beetje een lui arrest’.

104 Alleen het De Legé-criterium ontbreekt.

dat de essentie van het verbod op gedwongen zelfincriminatie teniet werd gedaan, dan is sprake van een schending.

Een belangrijk verschil tussen de rechtspraak van het Hof en de Nederlandse rechtsliteratuur en jurisprudentie is dat in Nederland de nadruk steeds meer is komen te liggen op de wils(on)afhankelijkheid, die gekoppeld is aan de Saunders-uitzondering, terwijl het Hof dit aspect sinds het *Jalloh*-arrest plaatst in de bredere context van het toetsingskader. Bovendien wordt de wilsonafhankelijkheid verondersteld van materiaal, waarvan het Hof zelf zegt dat het wilsafhankelijk materiaal betreft (respectievelijk de tijdens de feitelijke vervolging gevorderde (belasting)documenten in de zaak *J.B.* en het drugsbolletje in de zaak *Jalloh*). Dit als gevolg van een onvolledige of onjuiste lezing van de overwegingen van het Hof.

In de recente discussie over de gedwongen ontgrendeling van de smartphone wordt door auteurs zelfs gesteld dat verklaringen (op de smartphone) wilsonafhankelijk zijn. Wanneer auteurs met het begrip ‘verklaringen’ iets anders bedoelen dan het Hof voor ogen heeft, verdient het aanbeveling een andere term te hanteren, om begripsverwarring te voorkomen. Verder ligt de nadruk op de wilsonafhankelijkheid van de vingerafdruk, terwijl het materiaal op de smartphone uiteindelijk als bewijs kan dienen en de vingerafdruk slechts toegang geeft tot dat materiaal. Dat het *Jalloh*-arrest via de zaak met de ontgrendelde smartphone nu zijn intrede heeft gemaakt in de jurisprudentie van de Hoge Raad, maakt nog niet dat het toetsingskader van het Hof volledig is geland.

Wat mede een verklaring is voor de vragen die de jurisprudentie van het Hof in de Nederland rechtsliteratuur oproept, is de lezing door Nederlandse auteurs van de Saunders-passage. Zeeman wijst in dit verband op een onvolledige lezing, waarbij auteurs voor de uitzondering op de toepasbaarheid van het nemo-teneturbeginsel uitgaan van documenten in het algemeen, in plaats van specifiek die documenten, die eerder (voorafgaand aan de feitelijke vervolging) door de autoriteiten zijn verkregen. De interpretatie van Zeeman sluit goed aan bij het toetsingskader, dat uitgaat van een inhoudelijke toetsing voor fysiek bewijsmateriaal dat tijdens de feitelijke vervolging is afgedwongen. Dit geldt niet alleen voor documenten maar ook voor ander fysiek bewijsmateriaal, zoals het drugsbolletje in de zaak *Jalloh*.

De verklaring van de in de Nederlandse rechtsliteratuur benoemde onduidelijkheid in de jurisprudentie van het Hof heeft mijns inziens vier oorzaken, die met elkaar samenhangen. De eerste is de sterke focus in Nederland op de wils(on)afhankelijkheid van onder dwang verkregen bewijsmateriaal. Het tweede punt betreft de onvolledige lezing van de Saunders-passage voor documenten. Daarmee samen hangt, ten derde, de onderwaardering van het belang van de fase waarin bewijsmateriaal door de vervolgende autoriteit is verkregen. De vierde en laatste oorzaak is de onjuiste interpretatie van (met name) de arresten *J.B.* en *Jalloh*, waarvan in de Nederlandse rechtsliteratuur volgens auteurs sprake is van wilsonafhankelijk materiaal terwijl het Hof dit anders ziet en vervolgens een schending constateert.

Het toetsingskader voor het nemo-teneturbeginsel in strafzaken, zoals ook samengevat in figuur 1, geeft duidelijk de consistente lijn in de jurisprudentie van het Hof weer. Samen met de reflectie die daarop voortbouwt, werpt dit een nieuw licht op de jurisprudentie van het Hof en de discussie daarover in Nederland.