

RECHTSPRAAK

RAAD VAN EUROPA

BEWIJS VERKREGEN ALS GEVOLG VAN BEDREIGING MET FOLTERING: IS EEN 'GIFTIGE VRUCHT' WEL ALTIJD EEN VERBODEN VRUCHT?

· Europees Hof voor de Rechten van de Mens 30 juni 2008, Gäfgen t. Duitsland (appl. no. 22978/05) *

Met noot van Wim Muller **

In een zaak die in 2002 in en buiten Duitsland grote publieke belangstelling trok, buigt het Hof zich over een noodsituatie vergelijkbaar met het beruchte 'tikkende tijdbom'-scenario, alsmede het gebruik van bewijsmateriaal verkregen als gevolg van bedreiging met foltering, ook wel 'fruit of the poisonous tree' of Fernwirkung genoemd. Gäfgen ontvoert en doodt de elfjarige Frankfurtse bankierszoon J. en eist losgeld. Kort na inning daarvan wordt hij door de politie gearresteerd, maar geeft hij niet onmiddellijk de locatie van het kind prijs. Het plaatsvervangend hoofd van politie geeft een ondergeschikte opdracht Gäfgen met de toebrenging van aanzienlijke pijn te bedreigen, in de vergeefse hoop J.'s leven te redden. Als gevolg van deze bedreiging bekent Gäfgen schuld en leidt hij de politie naar het lijk en ander bewijsmateriaal. Volgens het Hof is Gäfgen niet langer slachtoffer van een aanvaardbare schending van artikel 3 en is er geen schending van artikel 6 EVRM.

FEITEN

Op 27 september 2002 lokte Magnus Gäfgen, een student in de rechten, de elfjarige J.,¹ telg van een vooraanstaand bankiersgezin in Frankfurt am Main, naar zijn appartement onder het voorwendsel dat diens zuster, met wie de klager bevriend was, daar een jas had laten liggen. Toen J. in zijn appartement was aangekomen, werd hij door de klager gewurgd. Vervolgens stuurde de klager een dreigbrief naar J.'s ouders waarin hij de suggestie wekte dat hun zoon door een groep mensen was ontvoerd en eiste hij een miljoen euro losgeld. Het lichaam van J. verstopte hij onder een schans nabij een plas.

- Samenstelling Hof: Peer Lorenzen (Pres.), Maruste, Butkevych, Jaeger, Berro-Lefèvre, Lazarova Trajkovska, Kalaydjieva. De zaak is op 1 december 2008 doorverwezen naar een Grote Kamer.
- Mr. drs. W.C.L. Muller is PhD-onderzoeker bij het Europees Universitair Instituut, Florence. Deze noot is grotendeels het resultaat van werkzaamheden als onderzoeker bij het Human Rights Centre van de Universiteit van Essex. De auteur dankt Graham Dossett voor nuttige opmerkingen.

1 Zowel de naam van het slachtoffer als die van de betrokken politie-officieren zijn in brede kring bekend geworden als gevolg van de publiciteit rond deze zaak. De strafzaak tegen de politie-officieren staat in Duitsland bekend als de zaak-*Daschner*. Het Hof heeft echter alle namen, behalve die van de klager, geanonimiseerd. In deze noot wordt de praktijk van het Hof gevolgd.

Drie dagen later, op 30 september, pikte de klager het losgeld op vanaf de afgesproken plek, waarna hij heimelijk door de politie gevolgd werd en in de kraag werd gevat op de luchthaven van Frankfurt. Tijdens zijn ondervraging door politie-officier M. beweerde hij dat het kind door andere ontvoerders werd vastgehouden. Voordat de ondervraging door diezelfde M. de volgende ochtend, op 1 oktober 2002, verder kon gaan, kreeg hij van een andere rechercheur, E., die handelde op instructies van D., het plaatsvervangend hoofd van politie van Frankfurt, te horen dat indien hij de locatie van het ontvoerde kind niet zou prijsgeven, hij aanzienlijke pijn zou lijden als gevolg van een speciaal voor zulke doeleinden opgeleid persoon. Uit angst voor deze maatregelen gaf hij na tien minuten ondervraging de locatie van het kind prijs. Onder begeleiding van officier M. en een groot aantal andere agenten, doch zonder E., werd de klager vervolgens naar de plaats gebracht waar J. was verstopt en werd diens lichaam gevonden, alsmede een grote hoeveelheid ander bewijsmateriaal. Op de weg terug naar het politiebureau legde Gäfgen een volledige bekentenis af aan M.

Plaatsvervangend politiehoofd D. legde dezelfde dag, op 1 oktober, in een memo vast dat hij E., teneinde het leven van de ontvoerde J. te redden, had geïnstrueerd om de klager te bedreigen met pijn die geen verwondingen zou veroorzaken. Indien J. nog in leven was geweest, zou hij de bewuste ochtend in levensgevaar hebben verkeerd door de kou en voedselgebrek. De beoogde maatregelen waarvoor D. voorbereidingen had laten treffen, zouden louter en alleen ten doel hebben gehad J.'s leven te redden. Aangezien Gäfgen al had bekend na alleen de bedreiging met pijn, waren geen van de beoogde maatregelen uiteindelijk uitgevoerd.

PROCESVERLOOP

Gäfgen bevestigde zijn bekentenis vijfmaal, tijdens ondervragingen door de politie, de openbare aanklager en de rechtbank, voordat zijn zaak op 9 april 2003 voor de rechtbank van Frankfurt kwam. Op de eerste dag van de zitting eiste hij dat de procedure tegen hem geschorst zou worden wegens de bedreiging met mishandeling waaraan hij onderworpen was geweest in strijd met artikel 136 van het Duitse Wetboek van Strafvordering en artikel 3 EVRM. Hij vorderde verder dat geen van de verdere verklaringen die hij voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting had afgelegd zouden kunnen worden gebruikt wegens de blijvende gevolgen (*Fortwirkung*) van de bedreiging met geweld waaraan hij was blootgesteld. Bovendien verzocht hij om een verklaring dat al het bewijsmateriaal dat dankzij de aan hem ontlokte verklaringen was vergaard, inclusief het lijk van het kind, als 'fruit of the poisonous tree' uitgesloten moest worden van zijn strafproces (*Fernwirkung*).

De rechtbank erkende dat Gäfgens rechten waren geschonden, maar verwierp de eis tot schorsing van het proces. Zij oordeelde dat de schending van Gäfgens grondrechten geen belemmering vormden voor strafvervolging als zodanig en de rechten van de verdediging niet zodanig waren geschaad dat strafvervolging niet langer mogelijk was. In deze en verdere uitspraken bepaalde de rechtbank dat geen van de verklaringen die Gäfgen sinds 1 oktober 2002 had afgelegd konden worden gebruikt in zijn strafproces. Zijn vordering tot uitsluiting van het overige bewijsmateriaal werd echter verworpen, onder de overweging dat het verbod op gebruik van illegaal verkregen verklaringen zich niet uitstrekte tot het bewijs dat op basis van die verklaringen was vergaard. De rechtbank overwoog daarbij dat ernst van de schending

van de grondrechten van de verdachte, *in casu* de bedreiging met geweld, moest worden afgewogen tegen de ernst van het feit dat hem ten laste werd gelegd, namelijk de voltooide moord op een kind. Uitsluiting van al het verkregen bewijsmateriaal, met name het lichaam van het kind en het daarmee verbonden autopsierapport dat aantoonde dat J. door wurging om het leven was gekomen, zou in deze context disproportioneel zijn.

Tijdens de rechtszitting bekende Gäfgen opnieuw J. opzettelijk te hebben vermoord en beschreef hij zijn bekentenis als de enige wijze waarop hij berouw kon tonen. Op 28 juli 2003 werd hij tot levenslang veroordeeld wegens moord en ontvoering met afpersing, resulterend in de dood van het slachtoffer. Hij werd tot levenslange gevangenisstraf veroordeeld, met verzwaarde schuld. De rechtbank aanvaardde zijn nieuwe bekentenis omdat de verdachte hernieuwd op zijn zwijgrecht was gewezen en hem duidelijk was gemaakt dat zijn eerdere bekentenissen niet als bewijs tegen hem konden worden gebruikt. De verklaringen van Gäfgen vormden de basis voor de feitelijke bevindingen van de rechtbank, maar deze werden bevestigd door andere bewijsstukken, die deels wel en deels niet verworven waren als gevolg van de uitgesloten verklaringen. De rechtbank merkte tevens op dat de verdachte ook zonder zijn bekentenis schuldig zou zijn bevonden en dat het mogelijk illegale gedrag van de politie-officieren waaraan hij onderworpen was geweest, zijn eigen schuld niet verminderde.

Gäfgen stelde beroep in tegen de weigering tot schorsing van zijn strafzaak en uitsluiting van de 'giftige vruchten' bij het Federaal Gerechtshof. Dit beroep werd op 21 mei 2004 verworpen. Vervolgens richtte hij zich tot het Federaal Constitutioneel Hof. Op 14 december 2004 werd zijn beroep aldaar niet ontvankelijk verklaard. Het Hof overwoog onder meer dat de schending van Gäfgens grondrechten reeds was hersteld door de strafrechter en achtte diens beroep daartegen onvoldoende gemotiveerd.

Op 20 december 2004 werd politie-officier E. door de rechtbank van Frankfurt schuldig bevonden aan het uitoefenen van dwang tijdens het vervullen van zijn officiële taak. Hij werd tot een voorwaardelijke geldboete veroordeeld. Plaatsvervangend hoofd van politie D. werd wegens het aansporen van een ondergeschikte tot het uitoefenen van dwang in de vervulling van zijn officiële taak eveneens tot een voorwaardelijke geldboete veroordeeld. Gäfgen was in deze zaak als getuige gehoord. De rechter overwoog dat de gebruikte verboden onder-vragingsmethode niet gerechtvaardigd kon worden door een beroep op noodzakelijkheid, aangezien zij een schending van de menselijke waardigheid inhield die ten grondslag lag aan artikelen 1 en 104, eerste lid, van de Duitse grondwet alsmede artikel 3 EVRM. De bescherming hiervan was absoluut en uitzonderingen hierop of belangenafwegingen waren taboe. Bij het vaststellen van de strafmaat nam de rechtbank wel in overweging dat D. en E. louter hadden gehandeld uit zorg over J.'s leven, onder grote druk stonden wegens hun verantwoordelijkheden jegens hun superieuren en het publiek, en volledig uitgeput waren in een uiterst gespannen en hectische situatie. Bovendien had D. door zijn memo volledige verantwoordelijkheid genomen voor zijn daden, was de publieke- en media-aandacht voor hun strafzaak groot geweest en hadden hun daden verstrekkende gevolgen gehad voor hun carrières. D. was overgeplaatst naar het ministerie van Binnenlandse Zaken van de deelstaat Hessen en E. was de bevoegdheid ontnomen op te treden in strafzaken.

Op 28 december 2005 stelde Gäfgen een beroep tot schadevergoeding wegens officiële aansprakelijkheid in bij de rechtbank van Frankfurt, onder meer met een beroep op geleden psychologische schade. Zowel de rechtbank als het Hof van Beroep verwierpen zijn beroep,

RAAD VAN EUROPA

onder meer overwegend dat de door Gäfgen geleden schade voldoende was hersteld in de andere procedures. Op 19 januari 2008 vernietigde het Federaal Constitutioneel Hof de laatste uitspraak en verwees de zaak terug naar het Hof van Beroep, waar de procedure nog steeds aanhangig is.

UITSpraak

(...)

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 3 OF THE CONVENTION

60. The applicant claimed that he had been subjected to torture when questioned by the police on 1 October 2002. He relied on Article 3 of the Convention, which provides: (...)

A. Treatment contrary to Article 3

1. The parties' submissions

(a) The applicant

(...)

(b) The Government

62. The Government conceded with regret that Article 3 of the Convention had been violated during the applicant's questioning by detective officer E. on 1 October 2002. They stressed that the applicant had been threatened only with severe pain if he did not inform the police about J.'s whereabouts. The threats had been uttered on the morning of 1 October 2002, at a time when the policemen involved had believed that J. could still be alive, but that his life would be at great risk.

2. The Court's assessment

(a) General principles

63. Article 3 of the Convention enshrines one of the most fundamental values of democratic societies. 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 (see *Labita v. Italy* [GC], no. 26772/95, § 119, ECHR 2000-IV, and *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 95, ECHR 1999-V). The Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the conduct of the person concerned (see *Chahal v. the United Kingdom*, judgment of 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, p. 1855, § 79; *V. v. the United Kingdom* [GC], no. 24888/94, § 69, ECHR 1999-IX; and *Ramirez Sanchez v. France* [GC], no. 59450/00, § 116, ECHR 2006-IX).

64. In assessing the evidence on which to base the decision whether there has been a violation of Article 3, the Court adopts the standard of proof 'beyond reasonable doubt'. However, such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact (see *Ramirez Sanchez*, cited above, § 117).

65. Ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim (see *Ireland v. the United Kingdom*, judgment of 18 January 1978, Series A no. 25, p. 65, § 162, and *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, § 67, ECHR 2006-IX).

66. The Court has considered treatment to be 'degrading' when it was such as to arouse in its victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them and possibly breaking their physical or moral resistance, or when it was such as to drive the victim to act against his will or conscience (see, *inter alia*, *Keenan v. the United Kingdom*, no. 27229/95, § 110, ECHR 2001-III, and *Jalloh*,

cited above, § 68). Treatment has been held to be ‘inhuman’ because, *inter alia*, it was premeditated, was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical and mental suffering (see *Labita*, cited above, § 120, and *Ramirez Sanchez*, cited above, § 118). It was the intention that the Convention should, by means of the distinction between torture and inhuman treatment, attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering (see *Ireland v. the United Kingdom*, cited above, pp. 66-67, § 167, and *Selmouni*, cited above, § 96). Moreover, a mere threat of conduct prohibited by Article 3, provided it is sufficiently real and immediate, may be in conflict with that provision. Thus, to threaten an individual with torture may constitute at least inhuman treatment (see *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, judgment of 25 February 1982, Series A no. 48, p. 12, § 26).

(b) Application of those principles to the present case

67. In order to determine the treatment to which the applicant must be taken to have been subjected on 1 October 2002, the Court notes that, according to the findings of the criminal courts, the applicant was threatened by detective officer E. on the instructions of the deputy chief of the Frankfurt am Main police, D., with physical violence causing considerable pain in order to make him disclose J.’s whereabouts. According to the applicant, E. also threatened him with sexual abuse, hit him once on the chest and shook him so that his head hit the wall on one occasion, injuring him. These submissions – which, in the circumstances of the instant case, would in any event be aspects of and would aggravate the police officer’s uncontested threat of physical violence – are contested by the Government. They have not been found to be established by the Frankfurt am Main Regional Court either in the criminal proceedings against the applicant (see paragraph 22 above) or in the criminal proceedings against the police officers E. and D. (see paragraph 44 above). In view of the fact that the domestic courts have taken and evaluated the evidence before them on this issue, and having regard to all the material before it, the Court finds that the applicant’s further submissions on his treatment when questioned by E. on 1 October 2002 have not been proved beyond reasonable doubt. Furthermore, the Court, having regard to the findings of the domestic courts and the material before it, is persuaded that the police officers resorted to the method of interrogation in question in order to save the life of J., which they considered to be at great risk.

68. As to the applicant’s submission that he had also directly been forced actively to disclose items of real evidence, the Court observes that according to the findings of the domestic authorities and the material before it, the applicant had agreed to drive to the pond where he had hidden J. in the presence of detective officer M., which they did, whereas detective officer E., who had threatened him, was not present any longer (see paragraph 15 above). There is nothing to indicate that the applicant was again threatened by any of the police officers present in order to make him disclose items of real evidence.

69. As to the qualification of the treatment the applicant was subjected to, the Court, having regard to all the circumstances of the applicant’s interrogation by E., observes that he was subjected to sufficiently real and immediate threats of deliberate ill-treatment. It is further clear that the threats of violence against the applicant were uttered by detective officer E., instructed by D., in the performance of their duties and were made for the purpose of extracting a statement from him, which must be regarded as an aggravating element (compare *Aksoy v. Turkey*, judgment of 18 December 1996, *Reports* 1996-VI, p. 2279, § 64; and contrast *Egmez v. Cyprus*, no. 30873/96, § 78, ECHR 2000-XII). The Court would like to underline in this connection that in view of the absolute prohibition of treatment contrary to Article 3 irrespective of the conduct of the person concerned and even in the event of a public emergency threatening the life of the nation – or, *a fortiori*, of an individual – the prohibition on ill-treatment of a person in order to extract information from him applies irrespective of the reasons for which the authorities wish to extract a statement, be it to save a person’s life or to further criminal investigations. Moreover, the applicant’s treatment must be considered to have caused him considerable mental suffering, which is also illustrated by the fact that, having persistently refused to make correct statements until then, he confessed under the influence of such treatment where he had hidden J. Thus, the Court finds that the treatment the applicant was threatened with would, if carried out, amount to torture. However, the questioning lasted for some ten minutes only and, as was established in the criminal proceedings against the police officers (see paragraph 46 above), took place in an atmosphere of heightened tension and emotions owing to

the fact that the police officers, who were completely exhausted and under extreme pressure, believed that they had only a few hours to save J.'s life, elements which can be regarded as mitigating factors (compare *Egmez*, cited above, § 78, and *Krastanov v. Bulgaria*, no. 50222/99, § 53, 30 September 2004). Furthermore, the threats of ill-treatment were not put into practice and have not been shown to have had any serious long-term consequences for the applicant's health.

70. In the light of the above, the Court considers that in the course of the questioning by E. on 1 October 2002 the applicant was subjected to inhuman treatment prohibited by Article 3 of the Convention.

B. Loss of victim status

1. The parties' submissions

(...)

2. The Court's assessment

(a) General principles

75. The Court reiterates that it falls first to the national authorities to redress any violation of the Convention. In this regard, the question whether an applicant can claim to be the victim of the violation alleged is relevant at all stages of the proceedings under the Convention (see, *inter alia*, *Siliadin v. France*, no. 73316/01, § 61, ECHR 2005-VII). A decision or measure favourable to the applicant is not in principle sufficient to deprive him of his status as a 'victim' for the purposes of Article 34 of the Convention unless the national authorities have acknowledged, either expressly or in substance, and then afforded redress for, the breach of the Convention (see, *inter alia*, *Eckle v. Germany*, judgment of 15 July 1982, Series A no. 51, p. 30, § 66; *Dalban v. Romania* [GC], no. 28114/95, § 44, ECHR 1999-VI; and *Siliadin*, cited above, § 62).

76. As to the redress which has to be afforded to an applicant in order to remedy a breach of a Convention right at national level, the Court has generally considered this to be dependent on all the circumstances of the case, having regard, in particular, to the nature of the Convention violation found. In cases involving a violation of Article 3, the Court has considered it essential for the State to have enacted criminal-law provisions penalising practices contrary to Article 3 and to have applied them in practice by identifying and prosecuting those responsible (compare *Egmez*, cited above, § 65; *M.C. v. Bulgaria*, no. 39272/98, §§ 150, 153, 166, ECHR 2003-XII; and *Krastanov*, cited above, § 48). Moreover, the Court has found that an applicant did not lose his status as a victim of a violation of his Convention rights merely as a result of a statement by a court that an illegally obtained item of evidence should not have been admitted in criminal proceedings, without any consequences having been drawn in terms of the defendant's Convention rights (compare *Heglas v. the Czech Republic*, no. 5935/02, § 52, 1 March 2007 in respect of alleged violations of Articles 8 and 6 of the Convention). In cases in which the Convention violation has caused substantive pecuniary or non-pecuniary damage to the applicant, the Court has further found it decisive for an applicant's loss of victim status that the latter has received the payment of compensation which was reasonable as to quantum (compare *Busa v. Hungary*, no. 28453/95, Commission decision of 15 January 1997, in respect of a complaint under Article 3 against excessive use of force by the police; *Murillo Saldias and Others v. Spain* (dec.), no. 76973/01, 28 November 2006, concerning a breach of the administrative authorities' positive obligations under Article 2; and *Dalban*, cited above, § 44, in respect of a conviction in breach of Article 10).

(b) Application of those principles to the present case

77. The Court thus has to examine, firstly, whether the national authorities have acknowledged, either expressly or in substance, the breach of the Convention. It notes in this connection that in the criminal proceedings against the applicant, the Frankfurt am Main Regional Court, in its decision dated 9 April 2003, expressly stated that the threat to cause the applicant pain in order to extract a statement from him had not only constituted a prohibited method of interrogation under Article 136a of the Code of Criminal Procedure. The threat had also disregarded Article 3 of the Convention, which underlay that provision of the Code of Criminal Procedure (see paragraph 22 above). Likewise, the Federal Constitutional Court, referring to the Regional Court's finding of a violation of Article 3, confirmed that the applicant's human dignity and the prohibition on subjecting prisoners to ill-treatment (Article 1 and Article 104 § 1, second sentence, of the Basic Law) had been disregarded (see paragraph 38 above). In addition to that, in its

judgment of 20 December 2004 convicting the police officers responsible for the methods of interrogation in question of incitement to coercion and of coercion, the Frankfurt am Main Regional Court found that such methods had not been justified as an act of necessity because they had violated the absolute protection of human dignity under Article 1 of the Basic Law, which also lay at the heart of Article 3 of the Convention (see paragraph 45 above). In view of this, the Court is satisfied that the domestic courts which were called upon to rule on this issue acknowledged expressly and in an unequivocal manner that the applicant's treatment when questioned by E. on 1 October 2002 had violated Article 3 of the Convention.

78. In determining, secondly, whether the applicant has been afforded sufficient redress for this breach of Article 3 at national level, the Court observes in the first place that the two police officers involved in threatening the applicant were convicted of coercion and incitement to coercion and were punished in a final judgment of the Frankfurt am Main Regional Court (see paragraph 43 above). Having regard to all the factors relevant for determining the sentence as taken into consideration by the Regional Court (see paragraph 46 above), the Court is not convinced that the – comparatively lenient – sentence imposed on the police officers calls into question the fact that substantive redress has been granted to the applicant as a result of the officers' criminal conviction. Moreover, the police officers suffered prejudice in their professional careers in that they were transferred to posts which no longer comprised a direct involvement in the investigation of criminal offences.

79. Furthermore, the Court notes that in the criminal proceedings against the applicant, the use of methods of investigation in breach of Article 3 gave rise to sanctions. The Regional Court decided at the outset of the trial hearing that, on account of the threats against him, all confessions and statements made by the applicant in the entire investigation proceedings could not be used as evidence at trial. The court argued that the applicant had not been previously instructed by the prosecution authorities that the use as evidence of the statements he had made as a result of the threats against him was excluded (see paragraphs 24-26 above). The Court considers that this exclusion of statements made under threat or in view of incriminating statements extracted previously is an effective method of redressing disadvantages the defendant suffered on that account in the criminal proceedings against him. By restoring him to the *status quo ante* in this respect, it serves to discourage the extraction of statements by methods prohibited by Article 3.

80. It is true that the applicant has not to date obtained payment of any compensation in the official liability proceedings he instituted against the *Land* of Hesse; these proceedings are currently still pending. Having regard to all the circumstances of the case, the Court finds, however, that in a case such as the present one, in which the breach of Article 3 lies in a threat of ill-treatment (as opposed to actual physical ill-treatment attaining the threshold for Article 3 to apply), redress for this breach is essentially granted by the effective prosecution and conviction of the persons responsible. The Court finds that, not least in view of the wide public approval of the treatment to which the applicant was subjected, the criminal conviction of the police officers responsible, which acknowledged in an unequivocal manner that the applicant had been the victim of prohibited ill-treatment, was essential in affording him redress in a manner other than by the payment of a sum of money.

81. In view of the foregoing and having regard to all the circumstances of the case, the Court is satisfied that the domestic courts afforded the applicant sufficient redress for his treatment in breach of Article 3 when questioned by E. on 1 October 2002. It finds in this connection that the more far-reaching redress sought by the applicant, in particular the exclusion at the trial of items of evidence obtained as a result of the confession extracted from him by threats or the imposition of a more lenient sentence, concern the question whether the trial against him was fair and thus fall to be examined under Article 6.

82. Therefore, the applicant can no longer claim to be the victim of a violation of Article 3.

II. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 OF THE CONVENTION

83. The applicant further submitted that his right to a fair trial had been violated notably by the use at his trial of items of evidence obtained only as a result of the confession extracted from him by threats. Article 6, in so far as relevant, provides: (...)

B. Compliance with Article 6 of the Convention

(...)

2. The Court's assessment

(a) General principles

94. As regards the use of evidence obtained in breach of the right to silence and the privilege against self-incrimination, the Court reiterates that these 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 fulfilment 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 (see, *inter alia*, *Saunders v. the United Kingdom*, judgment of 17 December 1996, *Reports* 1996-VI, p. 2064, § 68, and *Heaney and McGuinness v. Ireland*, no. 34720/97, § 40, ECHR 2000-XII).

95. In determining whether the proceedings as a whole were fair, regard must also be had to whether the rights of the defence have been respected. It must be examined in particular whether the applicant was given the opportunity of challenging the authenticity of the evidence and of opposing its use. In addition, the quality of the evidence must be taken into consideration, including whether the circumstances in which it was obtained cast doubts on its reliability or accuracy (see, *inter alia*, *Khan v. the United Kingdom*, no. 35394/97, §§ 35 and 37, ECHR 2000-V; *Allan v. the United Kingdom*, no. 48539/99, § 43, ECHR 2002-IX; and *Heglas*, cited above, § 86).

96. The Court further reiterates that 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 guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is primarily a matter for regulation under national law (see *Schenk v. Switzerland*, judgment of 12 July 1988, Series A no. 140, p. 29, §§ 45-46; *Teixeira de Castro v. Portugal*, judgment of 9 June 1998, *Reports* 1998-IV, p. 1462, § 34; and *Heglas*, cited above, § 84).

97. It is therefore not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, evidence obtained unlawfully in terms of domestic law – may be admissible. 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 the violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found (see, *inter alia*, *Khan*, cited above, no. 35394/97, § 34; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, no. 44787/98, § 76, ECHR 2001-IX; and *Allan*, cited above, § 42).

98. As to the examination of the nature of the Convention violation found, the Court reiterates that particular considerations apply in respect of the use in criminal proceedings of evidence recovered by a measure found to be in breach of Article 3. The use of such evidence, obtained as a result of a violation of one of the core rights guaranteed by the Convention, always raises serious issues as to the fairness of the proceedings (see *Yçöz v. Turkey* (dec.), no. 54919/00, 9 January 2003; *Jalloh*, cited above, §§ 99, 104; *Göçmen v. Turkey*, no. 72000/01, § 73, 17 October 2006; and *Harutyunyan v. Armenia*, no. 36549/03, § 63, ECHR 2007-...).

99. Accordingly, the Court has found in respect of confessions as such that the use as part of the evidence in the criminal proceedings of statements obtained as a result of torture (*Harutyunyan*, cited above, §§ 63, 66) or other ill-treatment in breach of Article 3 (*Göçmen*, cited above, §§ 74-75) rendered the proceedings as a whole unfair, irrespective of whether the admission of the evidence was decisive in securing the applicant's conviction. As to the use during the trial of real evidence recovered as a direct result of ill-treatment in breach of Article 3, the Court has considered that incriminating real evidence obtained as a result of acts of violence, at least if those acts had to be characterised as torture, should never be relied on as proof of the victim's guilt, irrespective of its probative value. Any other conclusion would only serve to legitimate indirectly the sort of morally reprehensible conduct which the authors of Article 3

of the Convention sought to proscribe or, in other words, to 'afford brutality the cloak of law' (see *Jalloh*, cited above, §§ 105-107).

(b) Application of those principles to the present case

100. As the requirements of Article 6 § 3 concerning the rights of the defence and the principle against self-incrimination are to be seen as particular aspects of the right to a fair trial guaranteed by Article 6 § 1, the Court will examine the complaints under those two provisions taken together (compare, among many other authorities, *Windisch v. Austria*, judgment of 27 September 1990, Series A no. 186, p. 9, § 23, and *Lüdi v. Switzerland*, judgment of 15 June 1992, Series A no. 238, p. 20, § 43).

101. In examining whether the criminal proceedings against the applicant can be considered to have been fair as a whole, the Court refers to its above finding that the confession made by the applicant in the investigation proceedings when questioned by E. on 1 October 2002 was extracted from him by means of inhuman treatment in breach of Article 3 (see paragraph 70 above). However, on the first day of the trial hearing, the Frankfurt am Main Regional Court, granting the applicant's application to that effect, decided that not only that confession, but also all subsequent confessions made by the applicant until then were to be excluded from use at the trial pursuant to Article 136a § 3 of the Code of Criminal Procedure. That court found that owing to the continuous effects of the use of the prohibited methods of interrogation, all statements made by the applicant to the investigation authorities were barred from use at the trial, as he had not been given the necessary 'qualified instruction' that his earlier statements could not be relied on in the proceedings against him (see paragraphs 24-26 above).

102. In view of this, the Court observes that – contrary to its findings in the cases of *Hulki Güneş (v. Turkey)*, no. 28490/95, § 91, ECHR 2003-VII) and *Göçmen* (cited above, § 73) – domestic legislation and practice did attach consequences to confessions obtained by means of prohibited ill-treatment, restoring the applicant to the *status quo ante* in this respect and thus serving to both condemn and prevent the future use of investigation methods in breach of Article 3.

103. The Court notes that, on the contrary, the domestic courts, rejecting the applicant's application at the outset of the trial to that effect, refused to bar the use of items of evidence which had become known to the investigation authorities as a result of the statements extracted from the applicant (the so-called 'fruit of the poisonous tree' – see paragraph 27 above). It appears from the reasoning of the Regional Court's judgment that at least some of these items of evidence, in particular the tyre tracks left by the applicant's car near the pond where the child's corpse had been found and the results of the autopsy on the cause of the child's death, were used in order to prove the veracity of the confession made by the applicant at the trial (see paragraph 30 above).

104. As regards the manner in which this real evidence was obtained by the investigation authorities, the Court observes that in the applicant's submission, he was directly forced to actively disclose this evidence. However, as it has found (see paragraph 68 above), there is nothing to indicate that the applicant 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. In any event, the investigation authorities had at their disposal items of evidence such as the blackmail letter and a note concerning the planning of the offence of the fact that they had been secretly observing the applicant since he had collected the ransom. The Court is convinced that the investigation authorities were able to secure the impugned items of evidence only as an indirect result of – or as the 'fruit' of – statements which were made as a result of the continuous effect of the use of methods of interrogation in breach of Article 3. The case must therefore be distinguished from that of *Jalloh v. Germany* (cited above), which concerned the use at the applicant's trial of real evidence obtained as a direct result of ill-treatment found to have violated Article 3 (namely the administration of emetics in order to force the applicant to regurgitate the evidence (drugs) he had swallowed).

105. In view of the foregoing, the Court finds that the use during the applicant's trial of the items of evidence in question does not fall within the category of cases in which such use rendered the trial automatically unfair under all circumstances. The Court finds, though, that there is a strong presumption that the use of items of evidence obtained as the fruit of a confession extracted by means contrary to Article

3 renders a trial as a whole unfair in the same way as the use of the extracted confession itself. It is thus necessary for the Court to determine the fairness of the proceedings against the applicant in the light of all the circumstances of the case, having regard, in particular, to the circumstances established by untainted evidence, to the weight attached to the impugned items of evidence and to whether the applicant's defence rights were respected, notably the opportunity for him to challenge the admission and use of such evidence at his trial.

106. As to the importance attached by the domestic courts to the impugned items of evidence as well as to the untainted items, the Court notes that in its judgment the Regional Court considered it to have been proved that the applicant had carried out the offence on the sole basis of the new and complete confession he had made, after being given qualified instruction, at the trial, in particular in his final statement (see paragraph 30 above). The Court observes in this connection that the Regional Court, as confirmed by the Federal Court of Justice, expressly considered the applicant's statements at the trial to have been the essential, if not the only, basis for its findings of facts as regards the planning of the offence. These findings were supported by the testimony of J.'s sister, the wording of the blackmail letter and the note found in the applicant's flat concerning the planning of the crime. In view of the fact that the applicant had been secretly observed by the police since he had collected the ransom, this additional evidence cannot be considered to have been secured as a result of the first confession extracted from the applicant. Moreover, as regards the carrying out of the offence, the Regional Court expressly found that its findings of fact on this issue were exclusively based on the applicant's confession at the trial. Further items of evidence were used by that court only to test the veracity of this confession. These included some impugned items of evidence, namely the results of the autopsy as to the cause of J.'s death and the tyre tracks left by the applicant's car near the pond where the child's corpse had been found, as well as items of evidence which could have been secured independently of the first confession extracted from the applicant, namely the money from the ransom which had been found in his flat or paid into his accounts. In view of the foregoing, the Court finds that it was the applicant's new confession at the trial which was the essential basis for the Regional Court's judgment, whereas all other items of evidence, including the impugned real evidence, were of an accessory nature and were only used to test the veracity of this confession. As the applicant had fully confessed and incriminated himself by his statements, the accessory evidence could even be said not to have been used to his detriment. The Court observes in this connection that according to the evidence before the Regional Court, even without his confession on the last day of the trial, there had been ample evidence to prove the applicant guilty at least of kidnapping with extortion.

107. As to the applicant's fresh confession at the trial, the Court further notes that in the proceedings before it, the applicant claimed that he had made this confession only because the impugned items of evidence would be, and indeed had been, used as evidence against him. It observes, however, that 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. In any event, having regard to the Regional Court's reasoning stressing the crucial importance of the applicant's confession for its findings concerning the execution of his offence (see paragraphs 30-31 above), which might otherwise have led to only a less serious offence being proved, and the fact that the applicant was assisted by his defence counsel, it is not persuaded that 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. His confession cannot, therefore, be regarded as the result of measures that extinguished the essence of his defence rights at his trial.

108. As to the opportunities for the applicant to challenge the impugned evidence, the Court observes that he successfully challenged the use of the statements he had made before the trial. The Regional Court excluded not only the extracted statements as such, but also all other statements that might have been made as a result of the continuous effect of the treatment in breach of Article 3. The applicant further could and did object to the use of the – reliable – items of real evidence at his trial. The Regional Court, which had discretion to exclude this evidence, declared in a thoroughly reasoned decision weighing up

all the interests involved that the evidence was admissible. In view of this, the Court finds that the applicant's defence rights cannot be considered to have been disregarded in this respect either.

109. The Court concludes that in the particular circumstances of the present case, including the police observation of the applicant after he collected the ransom and the available untainted evidence, the impugned items of evidence were only accessory in securing the applicant's conviction, and that the applicant's defence rights were not compromised as a result of their admission. Therefore, their use did not render the applicant's trial as a whole unfair. Accordingly, there has been no violation of Article 6 §§ 1 and 3 of the Convention.

(...)

NOOT

1. Om meer dan één reden heeft de zaak-Gäfgen in en buiten Duitsland grote publieke aandacht gekregen. Enerzijds door de verwerpelijkheid van het handelen van de klager – het met voorbedachten rade om het leven brengen van een kind, schijnbaar alleen om zichzelf een luxueuze levensstijl met het imago van een succesvolle advocaat te kunnen aanmeten –, anderzijds door de schending van één van de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat door diegenen die geacht worden deze te beschermen. Want dat is wat politie-officieren D. en E., hoe zuiver hun motieven ook geweest mogen zijn, uiteindelijk hebben gedaan. Hoewel Magnus Gäfgen de autoriteiten beschuldigde van het voeren van een 'mediacampagne' tegen hem, was hij ook na zijn veroordeling de publieke belangstelling nog niet moe, getuige zijn publicatie, in samenwerking met zijn advocaat, van een boek over de zaak² ter ondersteuning van de gang naar Straatsburg. Ook met deze uitspraak van het Hof is het laatste woord over de zaak nog niet gesproken. Niet alleen moet er nog een definitieve uitspraak in de schadevergoedingszaak worden gedaan, ook ligt de zaak nu bij de Grote Kamer.

2. De Grote Kamer zal de gelegenheid hebben een aantal tekortkomingen van de uitspraak van afgelopen juni recht te zetten. Het is niet verrassend dat het Hof daarin grotendeels meegaat met de Duitse rechter, die voor een lastige taak stond. Wat wellicht wel verrassend is, is dat het vrijwel zijn volledige goedkeuring geeft aan de Duitse rechtsgang. Bij een aantal aspecten van de zaak kunnen serieuze vraagtekens worden gezet en de Bulgaarse rechter Kalaydjieva,³ verrassend genoeg de enige tegenstemmer, roept in haar *dissenting opinion* enkele pertinente vragen op. In deze noot worden de volgende vier aspecten van de zaak besproken:

- de noodsituatie waarin plaatsvervangend hoofd van politie D. zich gesteld zag voor een moreel dilemma dat grote overeenkomsten vertoont met het 'tikkende tijdbom'-scenario;
- de kwalificatie van het aan Gäfgen toegebrachte leed binnen de jurisprudentie met betrekking tot de definitie van foltering;
- Gäfgens verlies van slachtofferstatus door rechtsherstel op nationaal niveau;

2 Magnus Gäfgen, *Allein mit Gott. Der Weg Zurück*, Bendorf: Atlantic Millennium Press 2005. Destijds werd het boek vergezeld van een promotionele website op www.magnus-gaefgen.de, maar deze is inmiddels verwijderd.

3 Hierboven niet weergegeven (red.).

- de omgang met indirect door middel van de bedreiging met foltering verkregen bewijs, het zogenaamde ‘fruit of the poisonous tree’.

3. Bij discussies over het absolute karakter van het folterverbod is het doorgaans een kwestie van tijd voordat iemand het ‘tikkende tijdbom’-scenario te berde brengt. De strijd tegen het terrorisme heeft, vooral dankzij de inspanningen van Harvard-professor Alan Dershowitz en de televisieserie *24*, het scenario van een relatief obscuur moreel-ethisch dilemma voor academici getransformeerd in een potentiële rechtvaardiging voor het creëren van uitzonderingen op het absolute verbod op foltering.⁴ In het scenario is er doorgaans een tijdbom of zelfs een massavernietigingswapen geplant op een drukke locatie, zoals een treinstation of een marktplaats, die niet (meer) geëvacueerd kan worden. De politie of veiligheidsdienst heeft echter een terrorist in handen die de locatie van de tijdbom kent. Is het dan toegestaan om deze terrorist te martelen teneinde de locatie te achterhalen en zodoende duizenden mensenlevens te redden? Het scenario is verraderlijk wegens het grote aantal voorwaarden waaraan voldaan moet worden en het hellende morele vlak waarop de hoofdpersoon zich bevindt: hoeveel levens moeten er op het spel staan? Mag ik bij een tegen marteling gewapende terrorist ook zijn kind martelen in plaats van hemzelf? Zal hij wel de waarheid vertellen? Dat dit hellende vlak niet louter theoretisch is, blijkt uit de praktijk in Israël, waar daadwerkelijk geëxperimenteerd is met het aanvaarden van martelachtige ondervragingsmethoden in ‘tikkende tijdbom’-scenario’s en bleek dat het nauw omschreven noodscenario steeds verder werd opgerekt.⁵

Het morele dilemma waarvoor politie-officieren D. en E. zich in de zaak-*Gäfgen* gesteld zagen, vertoont grote overeenkomsten met het ‘tikkende tijdbom’-scenario.⁶ Hier stonden weliswaar niet duizenden levens op het spel, maar wel het leven van een onschuldig kind, dat moest worden afgewogen tegen de lichamelijke integriteit en menselijke waardigheid van de vermoedelijke ontvoerder. Ongetwijfeld zouden velen als zij in D.’s schoenen hadden gestaan, dezelfde keuze gemaakt hebben of in elk geval in de verleiding zijn geweest. Nu deze verkeerde keuze is gemaakt maar de bedreiging wel heeft gewerkt, blijft de vraag: wat was het alternatief? Wat als J. nog geleefd had en zijn leven inderdaad dankzij de bedreiging was gered?

4 Zie voor het argument van Dershowitz zijn *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, New Haven: Yale University Press 2002. Op zijn argumenten voor ‘foltervergunningen’ wordt ingegaan in S. Levinson (red.), *Torture. A Collection*, Oxford: Oxford University Press 2004. Met het ‘tikkende tijdbom’-scenario wordt definitief afgerekend in *Defusing the Ticking Bomb Scenario. Why we must say No to torture, always*, Association for the Prevention of Torture, Genève 2007. http://www.apt.ch/component/option,com_docman/task,doc_download/gid,297/Itemid,59/lang,en/ en Y. Ginbar, *Why not torture terrorists? Moral, Practical, and Legal Aspects of the ‘Ticking Bomb’ Justification for Torture*, Oxford: Oxford University Press 2008. Voor het betoog van een ervaren ondervrager tegen foltering in de Amerikaanse strijd tegen het terrorisme: M. Alexander en J.R. Bruning, *How to Break a Terrorist. The U.S. Interrogators Who Used Brains, Not Brutality, to Take Down the Deadliest Man in Iraq*, New York: The Free Press 2008.

5 Zie voor meer informatie E. Felner, ‘Torture and Terrorism: Painful Lessons from Israel’, in: K. Roth en M. Worden (red.), *Torture: Does it Make Us Safer? Is It Ever OK?*, New York: The New Press 2005, p. 28-43. Zie ook het rapport van het VN-Comité tegen foltering over Israël: VN-Doc. A/52/44, 10 september 1997, par. 254-258.

6 Het wordt soms zelfs als alternatief scenario naar voren gebracht in discussies, getuige de ervaring van deze auteur in China, waar een soortgelijke zaak een aantal jaar geleden gespeeld schijnt te hebben.

Niettemin had een professioneel getrainde politie-officier ook in deze situatie de verleiding moeten weerstaan. Ook wanneer iedere seconde telt, zijn er binnen de grenzen van de wet methoden om de gewenste informatie te krijgen en een verdachte onder geoorloofde druk te zetten. In de zaak-*Gäfgen* stonden D.'s superieuren een andere benadering voor, bestaande uit verdere ondervraging en confrontatie met derde personen (paragraaf 44 van de uitspraak). In een geval waarin het kind nog in leven was geweest (de situatie waarvan D. uitging), was een potentieel effectieve methode geweest om de verdachte erop te wijzen dat gebrek aan medewerking een strafverzwarende omstandigheid zou zijn, zeker als dit zou leiden tot de dood van het kind. Gäfgen zelf zou relatief ongevoelig zijn geweest voor dit argument omdat hij wist dat J. al dood was; voor de politie-officieren zou zijn reactie dan mogelijk een aanwijzing hiervoor zijn geweest. Ook het rouleren van ondervragers zou de druk kunnen vergroten. Het inzetten van specialisten van andere eenheden of confrontatie met derde partijen met invloed op de verdachte (zoals D.'s superieuren voorstonden) zou ook tot de mogelijkheden hebben behoord. In casu werd geen van deze methoden beproefd, niet alleen gezien de tijdsdruk maar ook omdat Gäfgen zelf de politie al naar een aantal dwaalsporen had geleid. Een interessante vraag zou zijn geweest of de Duitse rechter het eerst verder proberen van andere methoden als een verdere strafverminderende omstandigheid zou hebben gezien. Uiteindelijk blijft dit alles natuurlijk speculatie. Het is echter belangrijk te benadrukken dat politie-ondervragers over alternatieve ondervragingsmiddelen beschikken en ook vanuit het oogpunt van effectiviteit de beslissing van D. om over te gaan op bedreiging met foltering en daar daadwerkelijk enkele voorbereidingen voor te treffen, een fundamentele beoordelingsfout behelst.

4. De discussie over de vraag of extreme noodsituaties zoals een 'tikkende tijdbom' of een ontvoerd kind in levensgevaar een uitzondering op het folterverbod rechtvaardigen,⁷ wordt door het Hof vrijwel genegeerd, afgezien van de standaardformule waarin het in paragraaf 63 het absolute karakter van het verbod bevestigt, ongeacht het handelen van de persoon in kwestie en in de toepassing van deze formule in paragraaf 69, waarin het Hof stelt dat het gezien het absolute karakter van het verbod niet uitmaakt welk doel er met de verboden handelingen wordt gediend, of het nu het redden van iemands leven is of het bevorderen van een strafproces. Dit is niet echt verrassend. Al in *Ierland t. Verenigd Koninkrijk* verwierp de toenmalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens de mogelijkheid van rechtvaardiging van foltering in een dergelijk scenario.⁸ Het Hof heeft vanaf zijn eigen uitspraak in die zaak en in onder meer *Tomasi* en *Aksoy* bevestigd dat ook tijdens een publieke noodsituatie die het voortbestaan van de natie bedreigt, het verbod van artikel 3 absoluut blijft.⁹ Pogingen van lidstaten om een belangenafweging en daarmee relativering van het verbod aan te brengen in deportatiezaken werden afgewezen in *Chahal* en recentelijk nogmaals in *Saadi*.¹⁰

7 Zie bijvoorbeeld P. Gaeta, 'May Necessity Be Available as a Defence for Torture in the Interrogation of Suspected Terrorists?', *Journal of International Criminal Justice* 2004-2, p. 785-794.

8 ECieRM, *Ierland t. Verenigd Koninkrijk*, 19 Yearbook 512, 750 (1976).

9 EHRM 18 januari 1978, *Ierland t. Verenigd Koninkrijk*, appl. no. 5310/71, par. 163. EHRM 27 augustus 1992, *Tomasi t. Frankrijk*, appl. no. 12850/87, par. 114-115. EHRM 18 november 1996, *Aksoy t. Turkije*, appl. no. 21987/93, par. 62.

10 EHRM 28 februari 2008, *Saadi t. Italië*, appl. no. 37201/06, *NJCM-Bulletin* 2008, p. 1005-1017 (m.nt. Spijkerboer).

5. Een routinematige bevestiging van het absolute verbod op foltering, onmenselijke en vernederende behandeling dus. Of toch niet? Net als in eerdere uitspraken over artikel 3, zien we ook in deze uitspraak dat in bepaalde opzichten het Hof wel degelijk de mogelijkheid van proportionaliteitsafwegingen in artikel 3-zaken openlaat en daarmee afbreuk doet aan het absolute karakter van het verbod.¹¹ In deze uitspraak gebeurt dit in twee opzichten: met betrekking tot de kwalificatie van de schending van artikel 3 en vooral de beoordeling van de consequenties van de schending voor Gäfgen verdediging en de aanvaardbaarheid van 'vergiftigd' bewijsmateriaal.

Om met de kwalificatie te beginnen: ook in deze uitspraak houdt het Hof vast aan zijn 'piramidemodel', waarin de relatieve ernst van de mishandeling bepalend is voor het onderscheid tussen foltering, onmenselijke en vernederende behandeling. De behandeling waarmee Gäfgen was bedreigd zou, indien uitgevoerd, als foltering zijn gekwalificeerd, stelt het Hof in paragraaf 69 vast. Nu hij echter niet daadwerkelijk is mishandeld en uiteindelijk tien minuten lang met foltering is bedreigd, is hij 'slechts' het slachtoffer geworden van onmenselijke behandeling. In het licht van het door het Hof gehanteerde model, is dit begrijpelijk. Minder begrijpelijk is dat vervolgens de gespannen sfeer en de extreme druk, veroorzaakt door bezorgdheid over het leven van J., en de uitputting van de politie-officieren als 'verzachtende omstandigheden' worden aangemerkt. Dat deze factoren een verzachtende omstandigheid zijn bij het bepalen van hun schuld en de toepasselijke straf van de agenten, is begrijpelijk, maar dat zij worden meegenomen in de *kwalificatie* van hun handelen is dat minder. Ten slotte gaat het Hof bij het bepalen of een bepaalde vorm van mishandeling het 'bijzondere stigma' van foltering verdient meestal uit van het effect op het slachtoffer (zie paragraaf 65), niet van de omstandigheden waarin de dader tot zijn handelen is gekomen. Het meewegen van deze factoren heeft ook wel iets weg van een proportionaliteitsafweging – het Hof lijkt te suggereren dat in een situatie van grote spanning en druk de toevlucht tot door artikel 3 verboden handelen minder ernstig is dan wanneer de druk minder groot is. Dit zou lijnrecht ingaan tegen de ratio achter de absolute aard van het verbod: juist in een situatie van spanning en druk is de kans op verboden handelingen het grootst en juist om die reden is het verbod absoluut.

6. Vanuit dit perspectief is het ook wenselijk geen te groot verschil tussen de bedreiging met foltering en foltering zelf te hanteren: ook al heeft de dader niet de intentie zijn dreigement door te zetten, de bedreiging zelf kan al vergaande psychologische gevolgen hebben. In casu duurde de bedreiging slechts tien minuten, maar transformeerde deze Gäfgen wel, zoals het Hof ook erkent, van iemand die hardnekkig weigerde aan het onderzoek mee te werken in iemand die volledig bekende. Het Hof verwerpt de argumenten van Gäfgen over de lange termijn-effecten van de bedreiging; rechter Kalaydjieva is er gevoeliger voor.

In de context van het EVRM is de discussie over de verschillende gradaties van mishandeling en de precieze kwalificatie daarvan grotendeels academisch, aangezien er geen verschillen zijn tussen de juridische consequenties van foltering of andere onmenselijke of vernederende behandeling – alle worden absoluut verboden door artikel 3. Het 'bijzondere stigma' van een

11 Zie de annotaties van Spijkerboer bij *Saadi*, *ibid.* en Terlouw bij EHRM 27 mei 2008, *N. t. Verenigd Koninkrijk*, appl. no. 26565/05, *NJCM-Bulletin* 2008, p. 1034-1051.

veroordeling wegens foltering weegt politiek echter wel zwaar, wat de terughoudendheid van het Hof bij het toekennen van die kwalificatie tot op zekere hoogte verklaart. Gezien de invloed van de rechtspraak van het EHRM buiten de EVRM-context, waar de consequenties van het onderscheid groter zijn, zou een helderder benadering van het verschil tussen foltering en andere vormen van wrede, onmenselijke of vernederende behandeling wenselijk zijn. Zo verklaart het VN-Folterverdrag in artikel 16 slechts een deel van zijn bepalingen van overeenkomstige toepassing op vormen van wrede, onmenselijke of vernederende behandeling die geen foltering inhouden.¹² De bescherming tegen vormen van mishandeling die geen foltering inhouden, is hier dus aanzienlijk minder.

De definitie van foltering die gehanteerd wordt in artikel 1, eerste lid, van het VN-Folterverdrag biedt een helder criterium om foltering van andere vormen van mishandeling te onderscheiden, namelijk dat deze behandeling met een doel of oogmerk (*purpose*) wordt toegebracht, zoals het verkrijgen van informatie of een bekentenis, of bestraffing. Tegenover de ‘verticale’ benadering van het EHRM biedt het verdrag dus een ‘horizontale’ benadering van verboden behandeling. Het EHRM heeft tot op zekere hoogte de definitie van het VN-verdrag geïncorporeerd. In *Selmouni* verwees het zelfs expliciet naar het verdrag.¹³ Het Hof hield echter tegelijk vast aan het piramidemodel, maar het lijkt erop dat het beide benaderingen probeert te verenigen door het oogmerk van de mishandeling een steeds prominenter plaats te geven als een ‘verzwarende’ factor om de drempel van foltering te halen.¹⁴ In deze uitspraak is dit te zien in paragraaf 69, waar het feit dat Gäfgen werd bedreigd met foltering met het doel een verklaring aan hem te ontlokken, gezien wordt als een verzwarende omstandigheid.

Uitgaande van de definitie van het VN-Folterverdrag, zijn er goede argumenten om ook louter de bedreiging met foltering, uitgevoerd door overheidsfunctionarissen met het oogmerk informatie te verkrijgen, als foltering in de zin van artikel 1, eerste lid, te beschouwen. Dit zou geen onterechte kwalificatie zijn geweest voor het optreden van politie-officieren D. en E., gezien hun primaire verantwoordelijkheid als beschermers van de rechtsstaat. Zoals hierboven betoogd, doet de korte duur van de bedreiging daar niet zonder meer aan af.

Meer in het algemeen is er wat voor te zeggen om in bepaalde zaken het oogmerk als zelfstandig onderscheidend criterium te gebruiken. De huidige benadering van het Hof lijkt op een nogal krampachtige manier aan de factor van de relatieve ernst van de behandeling vast te houden. Daarbij lijkt het soms alsof het oogmerk een hulpmiddel is bij het bepalen van de ernst van de behandeling in plaats van rechtstreeks bij het bepalen van de juiste kwalificatie van de mishandeling. Het gebruik van woorden als ‘verzwarend’ (*aggravated*) werkt deze perceptie in de hand. In de literatuur zijn er aanhangers van het model van het Hof, maar daartegenover ook auteurs die voorstaan dat alleen het criterium van het oogmerk

12 Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke en onterende behandeling of bestraffing, AV Resolutie 39/46, 10 december 1984. Conform de dominante praktijk gebruik ik in deze tekst ‘vernederend’ als vertaling van ‘degrading’ in plaats van ‘onterend’.

13 EHRM 28 juli 1999, *Selmouni t. Frankrijk*, appl. no. 25803/94, par. 97.

14 Als negatieve voorbeelden: in EHRM 21 december 2000, *Egmez t. Cyprus*, appl. no. 30873/96, par. 78 en EHRM 23 mei 2001, *Denizci en anderen t. Cyprus*, appl.no. 25316-25321/94 & 27207/95, par. 384-386, werd de drempel van foltering *niet* gehaald omdat een oogmerk ontbrak.

doorslaggevend zou moeten zijn.¹⁵ Beide benaderingen miskennen dat *zowel* de ernst van de mishandeling als het oogmerk factoren kunnen zijn bij het bepalen van het onderscheid tussen foltering, wrede en onmenselijke en vernederende behandeling.¹⁶ Het is goed denkbaar dat soms een niet al te ernstige mishandeling door het onderliggende oogmerk toch de kwalificatie foltering verdient. Omgekeerd kan dat ook het geval zijn met een buitengewoon ernstige mishandeling die niet met een specifiek oogmerk is toegebracht. Een betere omgang met beide criteria, waarin het piramidemodel deels wordt losgelaten, zou leiden tot helderder jurisprudentie met betrekking tot de definitie van foltering. Bovendien zou de schijn van de aanvaardbaarheid van belangenafwegingen in het beoordelen van schendingen van artikel 3 dan makkelijker naar het verleden kunnen worden verwezen, omdat niet iedere kwalificatie van een handeling in strijd met artikel 3 met alle geweld in dat model geplaatst hoeft te worden.

7. De Duitse regering erkent dat Gäfgen slachtoffer is geworden van een schending van artikel 3, maar meent dat deze schending op nationaal niveau adequaat is afgehandeld. Het Hof is het hiermee eens. Het constateert dat de schending van artikel 3 van het begin af aan is erkend. De eisen voor redres of rechtsherstel zijn volgens het Hof ook vervuld: de schuldige politie-officieren zijn bestraft, verklaringen en bewijsmateriaal verkregen door de bedreiging zijn zodanig uitgesloten dat de *status quo ante* is hersteld. Het Hof acht schadevergoeding *in casu* minder belangrijk dan het bestraffen van de daders (par. 77-80).

Op de omgang met verklaringen en ander bewijsmateriaal wordt hieronder ingegaan. Bij de rest van de redenering van het Hof kunnen twee opmerkingen gemaakt worden. In de eerste plaats aanvaardt het Hof dat politie-officieren D. en E. er met een relatief lichte straf van af gekomen zijn. Dit standpunt is goed te begrijpen. Gezien hun handelen is er weinig reden om te twijfelen aan de zuiverheid van hun motieven en beiden zijn strafrechtelijk schuldig bevonden en hebben een aanzienlijke professionele en persoonlijke prijs betaald.

Het vraagstuk van de juiste strafmaat bij schendingen van artikel 3 is nog niet eerder in de jurisprudentie van het Hof ter sprake gekomen. In andere zaken waarin een schending van artikel 3 werd gevonden, was dat doorgaans omdat er iets mis was met het onderzoek naar beschuldigingen van mishandeling,¹⁷ de procedure te lang duurde of andere tekortkomingen vertoonde¹⁸ of schuldigen uiteindelijk onbestraft bleven.¹⁹ Dit laatste was bijvoorbeeld het geval in een zaak waarin de verantwoordelijke politie-officieren wel veroordeeld werden, maar deze veroordeling vervolgens van ieder effect werd beroofd door strafvermindering, omzetting van een vrijheidsstraf in een geldboete, opschorting van de uitvoering en uiteindelijk zelfs

15 Zie M.D. Evans, 'Getting to Grips with Torture', *International and Comparative Law Quarterly* 2002, p. 365-383, m.n. p. 374-378; N.S. Rodley, 'The Definition(s) of Torture in International Law', *Current Legal Problems* 2002, p. 467-493, m.n. p. 470-477; M. Nowak, 'What Practices Constitute Torture?: US and UN Standards', *Human Rights Quarterly* 2006, p. 809-841, m.n. p. 819-820. Rodley is een pleitbezorger van de 'oogmerk-benadering', Nowak benadrukt de relatieve ernst.

16 In die zin ook VN-Mensenrechtencomité, *General Comment No. 20*, 10 maart 1992, VN-Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, par. 4. Helaas is de daadwerkelijke jurisprudentie van het Comité op dit gebied erg troebel.

17 Bijvoorbeeld EHRM 4 december 1995, *Ribitsch t. Oostenrijk*, appl. no. 18896/91.

18 Bijvoorbeeld *Selmouni t. Frankrijk* (supra noot 12), EHRM 26 januari 2006, *Mikheyev t. Rusland*, appl. no. 77617/01.

19 Bijvoorbeeld EHRM 13 december 2005, *Bekos en Koutropoulos t. Griekenland*, appl. no. 15250/02.

een pardon.²⁰ Hierdoor kwam het Hof niet aan bespreking van de strafmaat zelf toe. Wel heeft het Hof vastgesteld dat bij artikel 3-schendingen een amnestie- of pardonverlening uit den boze is en politie-beambten die in staat van beschuldiging zijn gesteld hangende het onderzoek geschorst dienen te worden en bij veroordeling ontslagen.²¹ Aan deze vereisten is in de zaak-*Gäfgen* voldaan. Uit de jurisprudentie kan voorts afgeleid worden dat wanneer een straf zo mild uitvalt dat deze gezien kan worden als impliciete goedkeuring van het handelen van de folterende beambten of de afschrikkende werking aan het folterverbod ontnemt, de staat niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen. Waar de grens tussen een aanvaardbare en een te lichte straf ligt, wordt uit deze uitspraak niet veel duidelijker. Het feit dat het Hof stelt dat de straf van D. en E. 'comparatively lenient' is, duidt erop dat de zaak-*Gäfgen* op de grens ligt tussen een acceptabele en een te lichte straf. Er is sprake van een groot aantal verzachtende omstandigheden: de geloofwaardige claim van D. en E. dat de bedreiging met foltering bedoeld was om een leven te redden en niet om afhandeling van de strafzaak te bespoedigen in combinatie met het onmiddellijk afleggen van verantwoording door D. over zijn handelen. Niettemin blijft de straf wel erg laag. Bij een schending van artikel 3 zou men normaal gesproken minstens vrijheidsstraffen verwachten en niet alleen een voorwaardelijke geldboete.²²

8. In paragraaf 80 constateert het Hof dat *Gäfgen* weliswaar nog geen schadevergoeding heeft ontvangen, maar dit vormt geen beletsel om te concluderen dat er voldoende rechtsherstel is geweest en hij dus de status van slachtoffer reeds op nationaal niveau heeft verloren. In de specifieke omstandigheden van deze zaak acht het Hof namelijk de vervolging van de politie-officieren een belangrijker vorm van redres dan financiële genoegdoening. Opmerkelijk is dat het Hof hierbij verwijst naar de 'brede publieke goedkeuring' van de behandeling waaraan *Gäfgen* is onderworpen. Dit is een merkwaardige passage omdat het Hof hiermee expliciet erkent dat er publieke steun bestond voor een bedreiging met foltering, maar daar verder weinig woorden aan vuil maakt. Het Hof meent terecht dat de vervolging van de politie-officieren een belangrijk tegenwicht bood aan het publieke begrip voor wat uiteindelijk een ernstige schending van de beginselen van de rechtsstaat is. Magnus *Gäfgen* kon uiteraard op weinig sympathie van het publiek rekenen en de strafrechtelijke veroordeling van D. en E. is een belangrijk middel om aan datzelfde publiek duidelijk te maken dat ook hij nog steeds grondrechten geniet. Het Hof maakt hier een belangrijk punt op een summiere, bijna nonchalante wijze. Vanuit rechtspolitiek oogpunt, gezien de grote publieke belangstelling voor de zaak, was het gepast geweest hier wat meer woorden aan te besteden.

20 EHRM 17 oktober 2006, *Okkalý t. Turkije*, appl. no. 52067/99, m.n. par. 71-78. Zie voor een soortgelijk geval bij het VN-Comité tegen Foltering 24 mei 2005, *Urra Guridi t. Spanje*, VN-Doc. CAT/C/34/D/212/2002.

21 EHRM 2 november 2004, *Abdülsamet Yaman t. Turkije*, appl. no. 32446/96, par. 55. Zie ook *Okkalý t. Turkije* (*supra* noot 19); VN-Mensenrechtencomité, General Comment No. 46, par. 15; en VN-Comité tegen Foltering, *Urra Guridi t. Spanje* (*supra* noot 19).

22 Zie ook P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, m.n. p. 51-56.

9. De meest opmerkelijke dimensie van de uitspraak heeft echter betrekking op het laatste aspect van Gäfgens rechtsherstel: het gebruik van bewijsmateriaal dat direct en indirect verkregen is door bedreiging met foltering en de verhouding met zijn recht op een eerlijk proces, met name het beginsel dat men niet kan worden gedwongen zichzelf te beschuldigen, onder artikel 6, eerste en derde lid, van het EVRM. Dit is tevens het tweede punt waarop het Hof de mogelijkheid van belangenafwegingen bij schendingen van artikel 3 openlaat en het aspect van de uitspraak waarop rechter Kalaydjieva de grootste kritiek heeft.

Hoewel het vanuit preventief oogpunt wenselijk is het gebruik van al het bewijsmateriaal dat, zowel direct als indirect, is verkregen door foltering te verbieden, is dit naar huidig internationaal recht vooralsnog niet vereist. Artikel 15 van het VN-Folterverdrag verbiedt alleen het gebruik van verklaringen die in strijd met het folterverbod zijn verkregen. Het VN-Mensenrechtencomité heeft daarnaast verklaard dat verklaringen en bekentenissen verkregen in strijd met artikel 7 IVBPR niet gebruikt mogen worden in juridische procedures.²³ Met betrekking tot Gäfgens verklaringen meent het Hof dat aan deze eis is voldaan en de *status quo ante* is hersteld (par. 79); men kan zich hier overigens afvragen of dit buiten de juridische fictie überhaupt nog mogelijk is. Ook al is het bewijsmateriaal formeel uitgesloten van de bewijsvoering, het is moeilijk voorstelbaar dat de rechter er in werkelijkheid geen kennis van genomen heeft en de beslissing in het geheel niet door het uitgesloten bewijsmateriaal is beïnvloed. De status van ander bewijsmateriaal zoals het 'fruit of the poisonous tree' in het internationaal recht is minder duidelijk, maar een algemeen verbod is er vooralsnog niet.

Het EHRM heeft zich nog het krachtigst uitgelaten over in de Grote Kamer-uitspraak in *Jalloh*.²⁴ In deze zaak stelde het Hof dat bezwarend bewijs, zowel in de vorm van een bekentenis als echt bewijsmateriaal, dat verkregen is als gevolg van foltering, nooit gebruikt zou mogen worden om de schuld van het slachtoffer te bewijzen, ongeacht de bewijswaarde. Had het Hof dus geconcludeerd dat Gäfgen het slachtoffer was geweest van foltering, dan hadden alle 'vruchten van de giftige boom' moeten worden uitgesloten. Ander bewijs vergaard in strijd met artikel 3 roept 'serieuze vraagstukken' op met betrekking tot artikel 6 eerste lid, ongeacht of dit bewijsmateriaal doorslaggevend is. Het Hof herhaalt deze overwegingen in paragraaf 98-99. Vervolgens constateert het dat *in casu* gebruik is gemaakt van bewijsmateriaal dat alleen verkregen kon worden dankzij de uitlatingen die Gäfgen als gevolg van de bedreigingen had gedaan. Dit creëert het vermoeden dat het hele strafproces oneerlijk is geweest. Een nadere analyse van het proces leidt het Hof vervolgens tot de conclusie dat Gäfgen niet zodanig in zijn verdedigingsrechten is geschaad dat zijn strafproces oneerlijk is geweest, waarmee het voor de eerste keer het – weliswaar subsidiaire – gebruik van indirect door middel van een schending van artikel 3 verkregen bewijs sanctioneert.

Het Hof besteedt speciale aandacht aan de omstandigheden die konden worden vastgesteld op basis van onaangetast bewijs, de waarde die aan aangetast bewijs wordt toegekend en de mate waarin aan Gäfgen de gelegenheid werd geboden de ontvankelijkheid en het gebruik van het aangetaste bewijs tijdens het proces aan te vechten. (par. 105-109) Uit de afweging

23 CCPR, General Comment No. 20, par. 12.

24 EHRM 11 juli 2006, *Jalloh t. Duitsland*, appl. no. 54810/00, par. 99 en 106. Zie ook EHRM 29 november 1996, *Saunders t. Verenigd Koninkrijk*, appl. no. 19187/91 en EHRM 28 juni 2007, *Harutyunyan t. Armenië*, appl. no. 36549/03, par. 63.

blijkt dat Gäfgen zijn eigen zaak heeft gecompliceerd door een nieuwe bekentenis af te leggen voor de rechtbank. Had hij dat niet gedaan, dan hadden zowel de Duitse als de Straatsburgse rechter waarschijnlijk meer moeite gehad te bepalen in hoeverre het aangetaste bewijs ontvanke-lijk was. Nu diende het echter slechts ter bevestiging van de feiten uit zijn bekentenis. De wijze waarop Gäfgen probeert ook zijn nieuwe bekentenis als een onvermijdelijk resultaat van de bedreiging met foltering te presenteren, wordt door het Hof verworpen met het argument dat zijn raadsman hem op zijn zwijgrecht had kunnen wijzen.

Het Hof keurt in par. 108 de wijze goed waarop de Frankfurtse rechtbank door middel van een afweging van alle belangen – de ernst van de feiten tegenover de ernst van de schending van Gäfgens grondrechten – besloten heeft bepaalde vormen van aangetast bewijsmateriaal ontvanke-lijk te verklaren. Dit lijkt toch de deur weer op een kier te zetten naar de toelaatbaar-heid van het afwegen van belangen bij schendingen van artikel 3 EVRM, zoals terecht ook wordt opgemerkt door rechter Kalaydjieva in haar *dissenting opinion*. Zij stelt dat het Hof een belangenafweging maakt zoals die in de context van artikel 8 gebruikelijk is, maar daarbij voorbijgaat aan het absolute karakter van het verbod van artikel 3. Volgens haar had de constatering dat bewijsmateriaal dat in strijd met artikel 3 is verkregen is gebruikt, voor het Hof het eindpunt moeten zijn en moeten leiden tot de conclusie van een schending van artikel 6 alsmede een nog voortdurende schending van artikel 3.

Het Hof gaat echter wel verder. Zijn redenering dat Gäfgen ook zonder het aangetaste bewijsmateriaal zou zijn veroordeeld is waarschijnlijk correct, maar in essentie blijft deze speculatief en gaat hij voorbij aan de principiële vraag of gebruik van dit bewijsmateriaal niet beter te allen tijde verboden zou kunnen zijn. Bovendien, waarom dit aangetaste bewijsmateriaal gebruiken als het eigenlijk niet nodig is? Vanuit praktisch oogpunt is het begrijpelijk dat het Hof ervoor kiest om op deze wijze te concluderen dat van een schending van artikel 6 in dit geval geen sprake is geweest. De onaantrekkelijke oplossing van rechter Kalaydjieva – een *re-trial*, vermoedelijk gevolgd door een nieuwe veroordeling – blijft Duitsland op deze wijze bespaard. Aan de andere kant zou het Hof dan weer wel een aantal beginselen hebben kunnen formuleren op basis waarvan sommige aangetaste bewijzen wel gebruikt kunnen worden en andere niet, bijvoorbeeld geïnspireerd door de oorspronkelijke ‘fruit of the poisonous tree’-doctrines, die voortvloeit uit de uitspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof in *Silverthorne Lumber Co. t. Verenigde Staten*.²⁵

10. De manier waarop in de Nederlandse strafprocesrechtelijke praktijk met onrechtmatig verkregen bewijs en ‘verboden vruchten’ wordt omgegaan, vertoont grote overeenkomsten met de werkwijze van de Duitse rechter. In de afgelopen decennia is eerst in de jurisprudentie en vervolgens ook door de wetgever de bewijsuitsluitingsregel ontwikkeld, waarbij ook de leer van de ‘fruit of the poisonous tree’ of *Fernwirkung* in de jurisprudentie regelmatig is toegepast. Uitsluiting van bewijs is in het algemeen niet de enige manier waarop met onrecht-

25 251 U.S. 385.: ‘The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court but that it shall not be used at all. Of course this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government’s own wrong cannot be used by it in the way proposed.’

matig vergaard bewijs wordt omgegaan – soms kan een defect ‘gerepareerd’ worden – en de rechter heeft in dezen een zekere beoordelingsvrijheid. Corstens pleit voor een genuanceerde toepassing van de bewijsuitsluitingsregel, waarbij in de omgang met onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal de ernst van het delict, het belang van de waarheidsvinding en de mate van schending van de grondrechten van de verdachte worden betrokken.²⁶ Zoals hierboven blijkt, is dit precies de wijze waarop de Frankfurtse rechter te werk is gegaan en welke door het EHRM is goedgekeurd. De bevindingen van het Hof en het komende oordeel van de Grote Kamer zullen dus ook voor de Nederlandse rechter relevant zijn bij het EVRM-conform toepassen van de bewijsuitsluitingsregel.

11. Hoewel het Hof in deze uitspraak voor wat betreft tikkende tijdbommen en kinderen in levensgevaar bijna voor een anticlimax zorgt door zonder meer het absolute verbod van artikel 3 te bevestigen, past *Gäfgen* helaas tegelijkertijd in de lijn van uitspraken die enige ruimte voor belangenafwegingen in de context van artikel 3 lijken te creëren. Wegens de principiële vragen die de uitspraak toch niet volledig bevredigend beantwoordt, is het te hopen dat de Grote Kamer een grondiger en principiëler antwoord zal bieden op de vraag of giftige vruchten ook altijd verboden moeten zijn.

26 G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, 3e herziene druk, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 654-662.