



Zwijg en gij zult boeten

Openingscollege facultair jaar 2019-2020*

Jan Crijns – Leiden, 4 september 2019

Mevrouw de decaan, beste dames en heren,

Inleiding

‘You have the right to remain silent. Anything you say, can and will be used against you in a court of law.’ Overbekende woorden voor iedereen die net even te vaak naar Amerikaanse politiefilms kijkt. Wat met deze zin tot uitdrukking wordt gebracht is natuurlijk het zwijgrecht, een recht waarop verdachten direct na hun aanhouding worden gewezen. Deze waarschuwing maakt in de Verenigde Staten onderdeel uit van de zogenoemde *Miranda Warning*, vernoemd naar de beroemde zaak *Miranda versus Arizona* uit 1966 waarin het Supreme Court oordeelde dat het gebruik van een verklaring van een verdachte die niet op zijn zwijgrecht is gewezen onrechtmatig is.

Ook in Nederland wordt het zwijgrecht erkend en wel in artikel 29 Sv. In feite treffen we in deze bepaling drie met elkaar samenhangende normen aan. Ten eerste in lid 1 het pressieverbod: verdachten mogen tijdens een verhoor niet onder druk worden gezet, althans niet zodanig dat niet langer kan worden gezegd dat zij in vrijheid hebben kunnen verklaren. En in lid 2 het zwijgrecht en de cautieplicht: verdachten zijn niet tot antwoorden verplicht en moeten voorafgaand aan hun verhoor ook op dit recht om te zwijgen worden gewezen. Gezamenlijk moeten deze normen ervoor zorgen dat een verdachte in vrijheid kan kiezen of hij verklaart en wat hij verklaart. Aldus wordt beoogd de verdachte de nodige procesautonomie te bieden. Middeleeuwse toestanden waarin verdachten zo nodig tot aan de pijnbank toe worden gedwongen te bekennen liggen daarmee gelukkig ver achter ons.

Probleemstelling

* Aan de basis van dit openingscollege ligt een paper dat Jan Crijns (Universiteit Leiden) en Marieke Dubelaar (Radboud Universiteit Nijmegen) presenteerden tijdens de rechtsvergelijkende conferentie *Interrogation, Confession and Truth* op 22 mei 2019 in Bielefeld.



Tot zover de theorie. Zoals u misschien al aanvoelt, is de praktijk weerbarstiger. Want verdachten mogen dan wel het zwijgrecht hebben, dat neemt niet weg dat politie en justitie graag zien dat ze wél verklaren en liefst ook nog naar waarheid. In veel gevallen vormt de verdachte immers een belangrijke bron van informatie bij het achterhalen wat er precies is gebeurd en wie daarvoor verantwoordelijk is. Er is politie en justitie dan ook veel aan gelegen om ook deze informatiebron te kunnen aanboren. Niet voor niets is verhoren een vak en kundige verhoorders kunnen verdachten soms meer laten zeggen dan hen zelf lief is. Maar zolang dit binnen de grenzen van het betamelijke blijft, wordt het hanteren van slimme verhoortactieken niet gezien als strijdig met het genoemde pressieverbod.

Ondanks dergelijke verhoortactieken blijven sommige verdachten niettemin zwijgen. Gezien het zwijgrecht van artikel 29 Sv is dat hun goed recht. Toch betekent dit niet dat de kous daarmee af is. Het zwijgrecht kent zijn grenzen en ook daar waar het zwijgrecht wel kan worden ingeroepen, betekent dit niet dat een beroep op het zwijgrecht zonder negatieve gevolgen voor de verdachte blijft. En daarmee kom ik op het punt waar ik het met u over wil hebben: de druk zoals die langs verschillende wegen op het zwijgrecht wordt uitgeoefend en de vraag wat dit betekent voor de zwijgende verdachte en de aard van dit recht. Deze druk is misschien van alle tijden, maar diverse ontwikkelingen in de opsporingspraktijk en de jurisprudentie lijken er op te duiden dat deze druk de laatste tijd eerder toe- dan afneemt.

Ratio van het zwijgrecht

Voordat ik hier verder op inga, moeten we nog één stap terug doen. Want wat is eigenlijk de achterliggende ratio van het zwijgrecht? Waarom gunnen we uitgerekend verdachten van een strafbaar feit het recht om te zwijgen? Afgaande op de literatuur zijn voor het zwijgrecht *grosso modo* twee grondslagen aan te wijzen.

Ten eerste: het zwijgrecht als meest duidelijke verschijningsvorm van het onderliggende *nemo tenetur*-beginsel, dat inhoudt dat niemand verplicht kan worden mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Dit beginsel wordt op zijn beurt weer ingelezen in het recht op een eerlijk proces zoals dat is verankerd in art. 6 EVRM. Het toekennen van het zwijgrecht hangt dus samen met de notie van eerlijkheid; zonder zwijgrecht geen recht op een eerlijk proces. Dat klinkt als een solide grondslag. Toch weten strafrechtjuristen dat deze basis wankeler is dan zij lijkt. Het onderliggende beginsel dat niemand verplicht kan worden mee te werken aan zijn eigen veroordeling blijkt namelijk op drijfzand te berusten. Waar het zwijgrecht nog als een tamelijk absoluut recht wordt opgevat, geldt dit niet voor het *nemo tenetur* beginsel. Verdachten worden in de praktijk namelijk geregeld



verplicht mee te werken aan hun eigen veroordeling zonder dat dit in strijd wordt geacht met het *nemo tenetur* beginsel. Denk bijvoorbeeld aan de verplichting bepaalde onderzoekshandelingen te dulden, zoals het afnemen van lichaamsmateriaal voor DNA-onderzoek of het gedwongen ontgrendelen van een smartphone met behulp van de vingerafdruk van verdachte (al staat de rechtmatigheid van deze laatste handeling op het moment nog ter discussie). De hoofdregel die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hanteert is dat het *nemo tenetur* beginsel alleen bescherming biedt tegen onderzoek naar informatie waarvan het bestaan afhankelijk is van de wil van de verdachte. Verklaringen van de verdachte dus. Materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat – zoals lichaamsmateriaal en schriftelijke stukken – kunnen daarentegen wel degelijk tegen de wil van de verdachte worden vergaard. U voelt al aan dat dit criterium in de praktijk tot de nodige discussie leidt. Maar daar gaat het mij nu niet om. Wat voor nu veel belangrijker is, is dat we moeten vaststellen dat het fundament van het zwijgrecht zwakker is dan het lijkt, althans voor zover dat is gelegen in het recht op een eerlijk proces. Het onderliggende beginsel dat niemand verplicht kan worden mee te werken aan zijn eigen veroordeling blijkt namelijk voor de nodige relativering vatbaar. Zo bezien, komt het zwijgrecht tot op heden nog aardig goed weg, nu dit recht – ondanks zijn moerassige fundament – wel degelijk in tamelijk absolute termen wordt erkend. Als reden hiervoor wordt doorgaans gewezen op de wens de verdachte de nodige procesautonomie te gunnen.

Gelukkig voor het zwijgrecht kent het nog een tweede grondslag, dat mogelijk meer vaste grond onder de voeten biedt, namelijk het belang van waarheidsvinding. De toepassing van het strafrecht staat of valt met betrouwbare waarheidsvinding. Voordat we het strafrecht kunnen toepassen en – zo we daar aan toe komen – een straf op te leggen, moeten we eerst weten wat er precies is gebeurd. Nu wordt het zwijgrecht in de praktijk eerst en vooral als een hinderpaal voor het proces van waarheidsvinding beschouwd. Dat is ten onrechte. Natuurlijk, een verdachte die zich op zijn zwijgrecht beroept, maakt het niet gemakkelijker voor zijn verhoorders, maar het alternatief waarin verdachten worden verplicht verklaringen af te leggen, is vanuit het perspectief van betrouwbare waarheidsvinding bepaald niet aantrekkelijker. Het dwingen van verdachten te verklaren roept immers het grote risico op onware verklaringen in het leven. Dat kunnen onwaarheden zijn waardoor verdachten ten onrechte vrijuit gaan, maar dat kunnen ook valse bekentenissen zijn waardoor onschuldigen worden veroordeeld. En dat laatste wordt terecht nog steeds als onacceptabel beschouwd. Ook vanuit het perspectief van betrouwbare waarheidsvinding is er daarom veel voor te zeggen verdachten in vrijheid te laten kiezen of en wat zij verklaren.



Reikwijdte van het zwijgrecht

Nu we de achterliggende ratio in beeld hebben, kunnen we terug naar het zwijgrecht zelf. Eerst een enkel woord over de reikwijdte van dat zwijgrecht. Wie art. 29 Sv goed tot zich laat doordringen ziet een tweetal voorwaarden opdoemen voordat het zwijgrecht van kracht wordt: 1) er moet sprake zijn van een verdachte; 2) en er moet sprake zijn van een verhoor. De studenten in de zaal weten maar al te goed dat het zwijgrecht aldus sterk samenhangt met het verdachtenbegrip. Zolang iemand geen verdachte is kan hij – behoudens uitzonderingen in het bestuursrecht – ook geen beroep doen op dit recht.

Daarnaast moet er als gezegd sprake zijn van een verhoor, of op zijn minst een situatie die als zodanig heeft te gelden. Ook de plicht tot het geven van de cautie geldt dus alleen voorafgaand aan een verhoor. Dit betekent bijvoorbeeld dat een naïeve arrestant die – al dan niet in kennelijke staat – spontaan begint te kletsen over wat er is voorgevallen, geen bescherming van het zwijgrecht en de bijbehorende cautieplicht toekomt. Pas wanneer de politie zelf vragen aan de verdachte gaat stellen, zijn zwijgrecht en cautieplicht van kracht.

Omzeiling van het zwijgrecht

Nu we de contouren van het zwijgrecht in beeld hebben, kunnen we de volgende stap zetten. Hoe om te gaan met verdachten die tijdens hun verhoor in alle toonaarden blijven zwijgen? In zulke gevallen kan de politie proberen alsnog een verklaring van de verdachte los te krijgen, maar dan buiten de context van het verhoor om, bijvoorbeeld door middel van een telefoontap of andere af luister technieken. Hierbij laat de Hoge Raad zelfs toe dat gebruik wordt gemaakt van de zogenoemde ruisstrategie, wat inhoudt dat de politie de verdachte doelbewust fictieve informatie verstrekt om vervolgens te kijken of hij op basis daarvan gaat praten. Zo confronteerde de politie in een zaak uit 2018 de verdachten van een overval met het feit dat naast de werkelijk weggenomen buit ook een envelop met 1200 euro zou zijn weggenomen, wat in werkelijkheid helemaal niet was gebeurd. De bedoeling was natuurlijk dat zich na afloop van het verhoor een discussie tussen de twee verdachten zou ontpinnen wie de envelop voor zichzelf had gehouden. Om die discussie te kunnen registreren, werd de verdachten na afloop van het verhoor een taxi naar huis aangeboden en – u raadt het al – het ging hier om een taxi volgehangen met af luister apparatuur. De methode had succes: in de taxi begonnen de verdachten al snel te praten over de overval. Bezien vanuit opsporingstactiek natuurlijk een slimme zet, maar vanuit het perspectief van procesautonomie kunnen hier natuurlijk wel vraagtekens bij worden geplaatst.



Maar het kan nog veel gewiekster. Vergeleken bij de omstrede Mr. Big methode is een eenvoudige ruisstrategie nog kinderspel. De Mr. Big methode is een uit Canada overgewaarde undercovermethode waarin de politie probeert de zwijgende of ontkennende verdachte in een zodanige situatie te brengen dat hij alsnog bekent. Door middel van een lang, ingewikkeld en kostbaar undercovertraject wordt de verdachte langzaam maar zeker een fictief crimineel netwerk ingeloodst. Ergens in dit traject confronteren zijn nieuwe criminele vrienden – in werkelijkheid undercoveragenten – de verdachte met de zaak waarvan hij nog steeds wordt verdacht. Voordat hij definitief tot de criminele organisatie mag toetreden en toegang krijgt tot de gouden bergen die hem zijn beloofd, moet hij eerst schoon schip maken ten overstaan van de leider van de criminele organisatie – Mr. Big –, zodat deze later niet voor vervelende verrassingen kan komen te staan. En u begrijpt het al: zodra deze bekennende verklaring is opgetekend, wordt de zeepbel doorgeprikt en belandt de verdachte in de harde realiteit waarin hij opeens een ernstig strafbaar feit heeft bekend. Dat respect voor de verklaringsvrijheid van de verdachte hier ver te zoeken is, moge duidelijk zijn. Maar ook los daarvan plaatsen met name rechtspsychologen grote vraagtekens bij deze methode, omdat het risico op valse bekentenissen levensgroot is.

Gevolgen van een beroep op het zwijgrecht

Tot nu toe sprak ik over de vraag wanneer het zwijgrecht van toepassing is en hoe door middel van misleiding zwijgende verdachten wellicht toch aan de praat kunnen worden gebracht. Er is nog een andere belangrijke categorie van gevallen waarin men zich kan afvragen in hoeverre het zwijgrecht wordt gerespecteerd: de zogenoemde bewijsvermoedens en de zogenoemde *adverse inferences*. In beide gevallen worden negatieve gevolgen verbonden aan het uitblijven van een (geloofwaardige) verklaring voor een bepaalde belastende omstandigheid. Als het gaat om bewijsvermoedens vormt witwassen een gemakkelijk voorbeeld. Het voorhanden hebben van geld waarvan u weet dat het van misdrijf afkomstig is, is strafbaar. Wanneer u met 10.000 euro aan contanten wordt aangetroffen bij de douane heeft u dus iets uit te leggen. Het kan natuurlijk zijn dat uw geld een legale herkomst heeft, maar dat moet u dan maar toelichten. Zolang een redelijke verklaring achterwege blijft, loopt u het risico dat de rechter het ervoor zal houden dat het geld van misdrijf afkomstig is, met een veroordeling voor witwassen tot gevolg. In een dergelijk geval is een beroep op het zwijgrecht dus bepaald niet zonder risico's. En ook in andere gevallen laten zowel het Europees Hof als de Hoge Raad het toe dat het uitblijven van een redelijke verklaring voor een belastende omstandigheid in het bewijsoordeel wordt betrokken en wel in voor de verdachte negatieve zin. Sommige situaties schreeuwen eenvoudigweg om een verklaring en wanneer deze uitblijft, kan en mag dit de rechter sterken in zijn oordeel dat de



verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit. Een zelfstandig bewijsmiddel vormt het zwijgen in dergelijke gevallen niet – het zwijgen zelf bewijst immers niets – maar bij de interpretatie die de rechter aan het overige bewijsmateriaal geeft kan het zwijgen van de verdachte wel een rol spelen. Dit is op zichzelf zeker niet onlogisch. Wanneer wij onze kinderen confronteren met een lege koektrommel zullen wij immers ook al snel geneigd zijn onze conclusies te verbinden aan hun stilzwijgen. Maar ook hier rijst de vraag in hoeverre een dergelijke redenering getuigt van respect voor de procesautonomie van de verdachte.

Afnemende tolerantie voor het zwijgrecht

En daarmee kom ik op mijn laatste punt: gechargeerd gezegd lijken niet alleen politie, justitie en rechter steeds minder geneigd te berusten in het feit dat verdachten zich op hun zwijgrecht beroepen, ook de samenleving lijkt het wel gehad te hebben met de zwijgende verdachte. Waar het recht op privacy vaak de strijd moet aangaan met de gedachte dat wie niets te verbergen heeft ook geen recht op privacy nodig heeft, moet het zwijgrecht het opnemen tegen de gedachte dat wie zwijgt blijkbaar iets te verbergen heeft. En het beroep op het zwijgrecht wekt niet alleen wantrouwen over de integriteit van de verdachte, het wekt vaak ook de nodige verontwaardiging: het beroep op het zwijgrecht als een *slap in the face* van rechter, slachtoffer en samenleving. Hoe haalt de verdachte het in zijn hoofd om eerst strafbare feiten te plegen en dan ook nog eens te weigeren publieke verantwoording af te leggen? Dat dit vanuit juridisch perspectief een onzuivere redenering is, moge duidelijk zijn, maar dat doet niet af aan het sentiment dat kennelijk binnen de samenleving leeft. Nu zal dit zeker niet iets van vandaag of gisteren zijn, maar het is mijn voorzichtige indruk dat de irritatie over zwijgende verdachten de laatste jaren eerder toe- dan afneemt en in ieder geval duidelijker wordt verkondigd.

Gevolgen voor de aard van het zwijgrecht

Waar toe brengt ons dit alles? Het zou goed kunnen dat u gaande mijn betoog bij u zichzelf heeft gedacht: keuzes hebben consequenties, alles heeft zijn prijs. En daar heeft u natuurlijk een punt. Niemand heeft ooit gezegd dat het inroepen van een recht vrijblijvend is. Zwijgende verdachten hebben er maar mee te dealen dat politie en justitie op andere manieren zullen proberen om aan hun informatie te komen, desnoods door middel van misleiding. En dat een beroep op het zwijgrecht ook door de rechter negatief kan worden uitgelegd bij het nemen van zijn bewijsbeslissing, komt nu eenmaal voor risico van de verdachte. Niet voor niets is



het beroep op het zwijgrecht veelal onderdeel van een processtrategie en strategieën hebben nu eenmaal de vervelende eigenschap dat zij ook verkeerd kunnen uitpakken.

Maar toch: het verbinden van al te forse negatieve consequenties aan het inroepen van een recht kan dat recht ook zodanig onder druk zetten dat het denkbeeldig wordt. Wat blijft er over van een recht als het inroepen daarvan al snel in het gezicht van de verdachte explodeert? En wat betekent dit voor de achterliggende ratio van dit recht? Wat gebeurt er met de procesautonomie van de verdachte en de kwaliteit van de waarheidsvinding wanneer het zwijgrecht al te zeer onder druk wordt gezet? Getuigt de wijze waarop wij met het zwijgrecht omgaan misschien van het anders waarden van deze belangen? Als het gaat om de kwaliteit van de waarheidsvinding, ben ik niet geneigd dat te geloven. We mogen dan misschien in een feitenvrij tijdperk leven, de tolerantie voor gerechtelijke dwalingen is nog steeds gering, en terecht. Wel vrees ik dat de achterliggende ratio van procesautonomie in de verdrukking kan komen. Natuurlijk, de wet biedt de verdachte nog steeds het zwijgrecht, maar het lijkt hem nog maar nauwelijks te worden *ge Gund*. In een tijd waarin de voortschrijdende techniek steeds meer bronnen van informatie kan ontsluiten is dit een tamelijk paradoxale vaststelling. Waarom toch die *drive* om verdachten aan de praat te krijgen als er zoveel mogelijkheden zijn om de waarheid anderszins te achterhalen?

Daarmee kan uiteindelijk ook de vraag opdoemen hoe lang het bastion van de verklaringsvrijheid nog stand houdt. Staan wij misschien aan het begin van een ontwikkeling waarin het zwijgrecht en de cautiëplicht langzaam maar zeker naar de achtergrond verdwijnen en slechts het pressieverbod nog overeind blijft? Eén ding is zeker, zo ver zijn we nog lang niet. Er zijn immers zeker ook tekenen dat het zwijgrecht nog wel even mee zal gaan. Zo leidt het verwaarlozen van de cautiëplicht nog steeds categorisch tot bewijsuitsluiting van de afgelegde verklaring, terwijl een dergelijke stevige sanctie al lang geen gemeengoed meer is in het land der vormverzuimen. Dat neemt niet weg dat het geen kwaad kan ons zo nu en dan af te vragen of het zwijgrecht niet al teveel in de verdrukking is gekomen en – als dat zo is – waarom dat eigenlijk het geval is en wat we daarvan moeten vinden.

Tot slot

Ik kom tot een afronding. Ik hoop u met het voorgaande een inkijkje te hebben geboden in een van de vele vragen waarmee wij ons binnen de Leidse rechtenfaculteit bezighouden. Het is mij en mijn collega's elke dag weer een groot plezier jullie – studenten – daarbij te betrekken, zowel in onderwijs als onderzoek. Met het behalen van jullie propedeuse hebben jullie laten zien uit het juiste hout



Blad 8/8

gesneden te zijn om ons hierbij terzijde te staan. Zeker in tijden waarin de maatschappelijke waarde van juridisch en criminologisch onderzoek kennelijk voortdurend moet worden bewezen, is het fantastisch om te zien dat de volgende generatie talentvolle studenten zich opmaakt hier zijn steentje aan bij te dragen.

Voor nu feliciteer ik jullie en jullie naasten van harte met het behalen van deze prachtige mijlpaal! Veel succes en geluk gewenst in de prachtige jaren die voor jullie liggen!