

HC 6A, 30-05-2017, Bevel uitlevering voorwerpen & Nemo tenetur beginsel

Opbouw

1. Inleiding
2. Bevel tot uitlevering
3. Nemo tenetur (inhoud/reikwijdte/standaardarresten en meer)
4. Zwijgrecht (nadere omlijning)

Inleiding

‘Nemo tenetur beginsel’: Het recht om niet te hoeven meewerken aan je eigen veroordeling. Een onderdeel daarvan is als het ware ‘niemand is gehouden bewijs tegen zichzelf te leveren’, dat is in de sfeer van dwangmiddelen natuurlijk interessant. Door het EHRM wordt het aangeduid als ‘the privilege against self-incrimination’.

De precieze reikwijdte is niet precies te omlijnen, het is steeds in ontwikkeling. Dat zit met name in die rechtspraak van het EHRM, daar moet je het vooral mee doen. Daar kun je wel lijnen uit afleiden maar deze is wel zeer casuïstisch van aard.

Een strafvorderlijk voorbeeld van een dwangmiddel dat de verdachte verplicht tot meewerken, ogenschijnlijk, betreft het zogenaamde bevel tot uitlevering. Dat dwangmiddel is op verschillende plaatsen in ons wetboek terug te vinden. Dit kan bijvoorbeeld ter inbeslagneming, dit zien we in het WvSv maar bijvoorbeeld ook in de Opiumwet.

Een voorbeeld: NJ 2001/510

Ze betreden een woning, de bewoner zou vanuit die woning drugs dealen; heroïne en cocaïne. Eenmaal binnen treffen de opsporingsambtenaren op de tafel een spiegeltje, een papieren zakje met wit poeder. Dan bevelen ze de uitlevering van de eventueel aanwezige andere drugs.

Even kort vooraf: mochten deze ambtenaren overgaan tot doorzoeking van de woning? Nee hooguit zoekend rondkijken (zit in de betredingsbevoegdheid), gegeven al dat ze binnen waren op grond van art. 9 Opiumwet of art. 96 WvSv, ervan uitgaande dat er geen r-c bij was. Dan is dat bevel tot uitlevering toch een mogelijkheid om iets verder te gaan, omdat ze niet mogen doorzoeken. Art. 9 lid 3 Opiumwet noemt dat uitleveringsbevel. De verdachte is verplicht daaraan mee te werken, anders negeer je een ambtelijk bevel. Het niet opvolgen van een ambtelijk bevel is strafbaar, art. 184 Sr en dan kun je de gevangenis ingaan. Zo kun je de verdachte toch verplichten mee te werken op grond van de Opiumwet. Dus dan heb je het nemo tenetur beginsel, maar kennelijk werkt dat in de praktijk anders. De vraag is natuurlijk: kan dat dan? Tot hoever reikt dat dan?

Dat bevel tot uitlevering is een interessant dwangmiddel en het dient de efficiency. Zo wordt de verdachte gedwongen voorwerpen uit te leveren, omdat hij ook wel het beste zal weten waar die liggen. Maar het belang van de verdachte wordt ook gediend, anders moet de situatie worden bevroren door de opsporingsambtenaar tot de r-c zal overgaan tot een dwangmiddel dat de privacy nogal schendt; echte doorzoeking. Dus als je kijkt naar de proportionaliteit en subsidiariteit is dit gunstiger; met een minder zwaar dwangmiddel wordt hetzelfde resultaat bereikt. En anders zou er vervolging kunnen volgen voor art. 184 Sr.

Een ander voorbeeld:

Een belastingambtenaar wil inlichtingen inwinnen bij een belastingplichtige. Hij verzoekt de belastingplichtige een vragenlijstje in te vullen; als hij niet meewerkt aan zo'n ‘verzoek’, dan pleegt hij een strafbaar feit; art. 68 AWR. Stel in dat lijstje staat de vraag; heeft u in de afgelopen jaren beschikking gehad over een buitenlandse bankrekening? Stel dat hij ‘ja’ zegt, maar zich dan bedenkt dat hij die buitenlandse rekening eerder nooit heeft opgegeven. Op basis van dat lijstje vordert de inspecteur inzicht in alle bescheiden van de buitenlandse rekening. Hij komt dan tot een gewijzigde aanslag; want er was dus te weinig belasting gevorderd.

Maar hij heeft ook de mogelijkheid een bestuurlijke boete op te leggen wegens onjuiste belastingopgave. Ook kan een strafvervolging beginnen wegens onjuiste aangifte. Mag nu op basis van die controlebevoegdheden dat verzamelde bewijsmateriaal ook gebruikt worden tegen deze persoon die nu verdachte is geworden? Dit bewijs is verkregen op grond van een verplichting mee te

werken aan het geven van inlichtingen, anders pleegt hij een strafbaar feit. Dan staat de reikwijdte van dit beginsel van nemo tenetur op scherp.

Hoe kijkt de Hoge Raad er tegenaan? NJ 1997/232: 'In het Nederlandse recht is niet verankerd een onvoorwaardelijk recht of beginsel dat een verdachte op generlei wijze kan worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal. Wel brengt het aan art. 29 Sv ten grondslag liggende beginsel mee dat een verdachte niet kan worden verplicht tot het afleggen van een *verklaring* waarvan niet kan worden gezegd dat zij in vrijheid is afgelegd.'

Hier kun je twee dingen uit afleiden:

-Het recht jezelf niet te incrimineren is *niet absoluut*; het is geen onvoorwaardelijk recht of beginsel

-De zwijgplicht is een zeer belangrijk onderdeel van het nemo tenetur beginsel.

Kijk ook nog eens naar het arrest Bevel uitlevering aan verdachte, dat arrest hebben we ook al gezien bij het college over de bijzondere wetgeving (bijvoorbeeld voor de vraag waarom er bij bijzondere wetgeving wel een bevel tot uitlevering aan de verdachte kan worden gegeven en in het commune WvSv niet).

Waar ligt de grens? Kun je zeggen: ik bevel de uitlevering van alles wat enigszins strafbaar zou kunnen zijn? Nu je weet dat het geen absoluut beginsel is, zou je kunnen zeggen dat het relatief is en dat het grenzen stelt, maar dat het uitgangspunt is dat je op zekere hoogte zeker wel verplicht kunt worden om mee te werken. Om die grenzen maar wat beter te leren verkennen moet je in die Europese rechtspraak duiken.

Rechtspraak EHRM

Invulling van dit beginsel ligt vooral bij het EHRM, dan zijn er wel een aantal arresten die je moet kennen; dat is de basis. Het EHRM heeft een belangrijke vinger in de pap bij het ontwikkelen van dit beginsel, maar het beginsel zelf vind je niet terug in het EVRM. Toch ligt het, volgens het EHRM, in het verdrag besloten en wel in art. 6 EVRM.

Funke tegen Frankrijk: Funke was een Duitse meneer die in Frankrijk was gaan wonen. Op een gegeven moment kreeg hij bezoek van 3 douaneambtenaren en een politieagent. Ze hoorden dat hij buitenlandse bankrekeningen had die hij nooit had opgegeven. Hij gaf dit toe, maar zei ook; ik heb daarover geen papieren in huis. Vervolgens was er doorzoeking van zijn woning. Funke zei: houd maar op, ik kom binnenkort wel langs met papieren over die bankrekening. Later bedacht hij zich en kwam alsnog niet met die papieren. De OvJ ging toen nog niet over tot het voor de rechter brengen, ze begonnen een bijzondere procedure waarin ze hem wilden veroordelen tot een geldboete wegens het niet overleggen van die bankafschriften. Doel van die procedure was; om die boete te voorkomen zal hij die bankafschriften wel overleggen. Later had hij ze wel overlegd. Toen was hij al wel formeel en materieel betrokken in een strafrechtelijke procedure. Hij is veroordeeld tot een boete van 1200 Franse franken en moest die papieren overleggen op straffe van een dwangsom. Hij ging in beroep en ging uiteindelijk naar het EHRM, vanwege het karakter van die procedure. Daar namen ze een schending van art. 6 EVRM aan. Het Hof stelt vast in zijn oordeel: Dat de Franse douane uit was op een veroordeling van Funke teneinde bankbescheiden te krijgen *waarvan ze dachten dat ze zouden bestaan, terwijl ze daar niet zeker van waren*. Op de één of andere manier wilde de douane de documenten niet zelf achterhalen, zo werd Funke gedwongen bewijs te leveren tegen zichzelf. De bijzondere kenmerken van het fiscale recht als zodanig rechtvaardigden niet een inbreuk op het recht van iemand die is 'charged with a criminal offence' om te zwijgen en geen bewijs tegen zichzelf te leveren. *Uit de uitspraak kon uiteindelijk worden afgeleid dat niet alleen het zwijgrecht door art. 6 wordt beschermd, maar het Hof ook een ruimer nemo tenetur beginsel erkende (het kan ook documenten omvatten) en dat koppelde aan het fair trial beginsel*. Maar waar ligt de grens? Wat is de rechtsgrondslag? Waarom dat nemo tenetur beginsel? Hoe absoluut is dit beginsel? Kun je nooit worden verplicht documenten te overleggen? Dat is wel heel onpraktisch, met name bij de bijzondere strafwetgeving. Die vragen waren nog niet beantwoord in dit arrest.

Saunders: Meneer Saunders was directeur van de bekende Guinness brouwerij, op een gegeven moment bestond het vermoeden dat hij betrokken was bij beursfraude en koersmanipulatie. Om te achterhalen hoe dat precies zat, was een onderzoek gestart en hij werd daar voorwerp van. Dat was een bijzonder onderzoek, het werd niet gedaan door de strafrechter maar door het ministerie van handel. Het was dus niet strafrechtelijk van aard, het was een soort administratiefrechtelijk onderzoek. In dat

onderzoek werd meneer Saunders aan diverse verhoren onderworpen. Hij moest ook meewerken aan die verhoren, hij had een spreekplicht. Als hij weigerde mee te werken aan die verhoren, dan kon hij volgens de Engelse wet een geldboete krijgen. Saunders verklaarde lustig en was daar eerlijk in, dat leidde tot diverse verklaringen. In dat onderzoek door die ambtenaren kwam op een gegeven moment naar voren dat er een redelijk vermoeden was dat Saunders strafbare feiten had gepleegd. Het ging dan om beursfraude en koersmanipulatie. Later werd een echt strafrechtelijk onderzoek gestart en Saunders werd in staat van beschuldiging gesteld. Die onderzoeken door het ministerie gingen gewoon door, dus het liep door elkaar. De Engelse strafrechter oordeelde uiteindelijk dat de verhoren die waren afgenomen ten tijde van dat onderzoek door het ministerie (toen het strafrechtelijk onderzoek nog niet was gestart), gewoon bruikbaar waren als bewijsmateriaal in de strafzaak tegen Saunders. Op twee verhoren na; die door het ministerie waren afgenomen nadat hij in staat van beschuldiging was gesteld. Die verhoren zijn dan niet bruikbaar als bewijsmateriaal, maar de verhoren voorafgaand aan die criminal charge, zijn zonder meer wel als bewijsmateriaal te gebruiken tegen meneer Saunders. Saunders werd uiteindelijk veroordeeld en bij het EHRM klaagde hij over het gebruik van die verklaringen die bij het ministerie onder dwang waren afgelegd; die hadden dus bijgedragen aan het bewijs in zijn zaak. Saunders zei dat er strijd was met het nemo tenetur beginsel. Het EHRM komt tot een aantal belangrijke algemene opmerkingen over zwijgrecht en het nemo tenetur beginsel, r.o. 68: Het zwijgrecht en het recht jezelf niet te incrimineren bevinden zich in de kern van het recht op een fair trial. Dan gaan ze nog een stapje verder: De achtergrond/ratio schuilt onder meer in bescherming van de beschuldigde tegen onbehoorlijke dwang en aldus beschermt dat beginsel ons uiteindelijk tegen rechterlijke dwalingen en het effecturen van de doelen van art. 6 (voorkomen van willekeur). Met betrekking tot het nemo tenetur beginsel overweegt het EHRM nog verder: Dat het OM de verplichting heeft de zaak te bewijzen, zonder dat het OM zijn vlucht mag nemen tot bewijsmiddelen die tegen de wil van de verdachte zijn verkregen onder dwang. Dit heeft ook weer te maken met de onschuldpresumptie; de verdachte moet voor onschuldig gehouden worden zolang hij niet veroordeeld is.

Zie ook r.o. 69 waarin staat dat voor het recht jezelf niet te incrimineren, het zwijgrecht heel belangrijk is. *Het nemo tenetur beginsel strekt zich niet uit tot het gebruik in strafzaken van materiaal dat van de verdachte kan worden verkregen door middel van dwangbepalen, terwijl het bestaan van dat materiaal niet afhankelijk is van de wil van de verdachte.* Zoals onder meer documenten verkregen na en bevel of vordering, adem- bloed- en urinemonsters en lichaamsmateriaal t.b.v. DNA onderzoek.

Vervolgens gaat het EHRM weer specifiek verder met de zaak van Saunders en beperkt zich tot het gebruik van de verhoren van het ministerie, onder dwang afgenomen voordat sprake was van die criminal charge. Het EHRM stelt twee vragen:

-Heeft hij onder dwang bewijsmateriaal moeten verschaffen?

-En is het gebruik dat van de verhoren is gemaakt in strijd met de in art. 6 lid 1 genoemde fundamentele

beginselen, waaronder het nemo tenetur beginsel?

Uiteindelijk zie je dat het EHRM tot een bevestigende beantwoording van die twee vragen komt; het niet meewerken kon leiden tot bestraffing, en de verhoren waren daadwerkelijk gebruikt in de strafzaak (ze waren gebruikt ter ondersteuning van de beschuldiging en het in twijfel trekken van Saunders betrouwbaarheid). Uiteindelijk neemt het Hof schending van het nemo tenetur beginsel aan; schending van art. 6 lid 1 EVRM.

Op dit arrest valt nog wat verder te reflecteren. Het geeft enige duidelijkheid over de rechtsgrondslag/ratio, ten aanzien van het effect (hoe het uiteindelijk uitwerkt); *verklaringen die zijn afgedwongen voor het bestaan van de criminal charge mogen niet worden gebruikt in een opvolgende strafzaak.* Denk aan het voorbeeld van de Belastingdienst, art. 47 AWR: op basis van dit arrest zeggen we: die informatie over die bankrekening mag je niet zomaar even gebruiken in een daaropvolgende strafzaak.

Marttinen vs. Finland: wat is de situatie als het recht de kans op gebruik van dergelijk materiaal op voorhand niet uitsluit? *Als het recht het gebruik van die verhoren voorafgaand aan de criminal charge, onder dwang, niet uitsluit, kan dat al leiden tot schending van het nemo tenetur beginsel.*

Saunders; reflectie/vervolg

Dus enerzijds gaf dit arrest van Saunders ons veel informatie; *verklaringen onder dwang gebruiken die afgelegd waren voor de criminal charge, mag dus niet*. Maar dit arrest leidt ook tot verwarring, want in Saunders kwam die bijzondere relativering: *het nemo tenetur beginsel geldt niet voor materiaal onafhankelijk van de wil van de verdachte*. Funke moest ook papieren bewijsmateriaal afleggen, maar dat ging het EHRM te ver, dat viel dus blijkbaar wél onder het nemo tenetur beginsel. Maar kijk naar Saunders; documenten bestaan onafhankelijk van de wil van de verdachte, dus daarvoor geldt het beginsel toch niet? Dat schept dus verwarring. Kunnen we dat nu in overeenstemming brengen? Ging het bij Funke wel om een bevel tot uitlevering van documenten, of om *Funke te dwingen te verklaren* dat hij documenten had etc.? Als je het zo bekijkt, raakt het het zwijgrecht en dat is natuurlijk hoe dan ook de kern van het nemo tenetur beginsel. Dat is lastig, daar kom je niet helemaal achter.

Hoe liep het af met Saunders? Hij was uiteindelijk door de Engelse strafrechter veroordeeld tot 5 jaar gevangenisstraf. Dat is gereduceerd naar 2,5 jaar. Hij was ook nog vervroegd vrijgelaten; hij kon aannemelijk maken dat hij aan Alzheimer leed. Dat is heel bijzonder, want hij is nog steeds heel druk bezig met zijn werk als bedrijfsadviseur.

J.B. tegen Zwitserland: meneer J.B. was een gepensioneerde skileraar en had een deel van zijn geld belegd. Dat had hij nooit opgegeven bij de belasting. Het was volstrekt onduidelijk waar dat inkomen dat hij had geïnvesteerd, vandaan kwam. Hij gaf wel toe dat hij één en ander niet had opgegeven, maar hij kwam niet met documenten waaruit bleek waar dat geïnvesteerde inkomen vandaan kwam. Er werd vervolgens een bestuurlijke procedure gestart wegens belastingontduiking. Die procedure kon uiteindelijk leiden tot een door de Zwitserse belastingdienst op te leggen boete, daarmee valt ook aan te geven dat hij ‘charged with a criminal offence’ was (dat is niet beperkt tot formele strafzaken). Binnen die bestuursrechtelijke procedure werd hij herhaaldelijk beboet omdat hij niet die documenten wilde overleggen. Uiteindelijk ging hij naar het EHRM en daar kwam de vraag naar voren: was in deze procedure strijd geweest met art. 6 EVRM, het nemo tenetur beginsel? J.B. had gesteld tegenover de Zwitserse autoriteiten: Ik kán die documenten ook helemaal niet overleggen, deels bestaan ze niet meer en deels liggen ze bij diverse bankinstellingen en die waren niet verplicht die documenten te overleggen i.v.m. het Zwitserse bankgeheim.

Het EHRM herhaalt eerste enkele algemeenheden uit Saunders, r.o. 25, en komt uiteindelijk tot een schending van het nemo tenetur beginsel. Hoe redeneerde het Hof?: Men probeerde J.B. te dwingen documenten te overleggen, waaruit de bron van het belegde inkomen zou *kunnen* blijken. Het Hof wil niet speculeren over de aard van de te verschaffen informatie, maar het is duidelijk dat J.B. niet kon uitsluiten dat elk aldus te bewijzen inkomen strafbare belastingontduiking mee zou brengen: Als hij die gegevens overlegt, is de kans erg groot dat hij wordt vervolgd voor belastingontduiking. De regering stelde: Er is geen strijd met nemo tenetur, het was immers allang duidelijk dat er ooit te weinig inkomen was opgegeven, en J.B. had de hoogte van het te weinig opgegeven inkomen erkend. Het Hof was niet overtuigd van deze redenering, mede gezien de vasthoudendheid van de belastingdienst om documenten van J.B. te vragen. Kennelijk was er meer bewijs nodig dan ze op dat moment al hadden, om de zaak rond te krijgen.

Het Hof gaat nog in op de argumentering van de Zwitserse rechter, die akkoord was gegaan met de gang van zaken. Die rechter stelde de gevraagde documenten op één lijn met ander materiaal, dat op grond van diverse wettelijke verplichtingen uitgeleverd moet worden (het geven van bloed of afstaan van urine), dat is een duidelijke verwijzing naar Saunders. Het Hof zegt dan: Nee, het gaat hier níet om materiaal van die aard, dus het gaat niet om materiaal dat onafhankelijk van de persoon in kwestie bestaat dat bovendien d.m.v. dwang, tegen de wil van die persoon in, verkregen kan worden. Het zou hier helemaal niet gaan om ‘materialen van die aard’. Dat leidde tot nog meer verwarring. Wat moet je nu met deze jurisprudentie? Bij Saunders werden documenten niet beschermd door het nemo tenetur beginsel, nu ineens weer wel? In Funke vielen de documenten wel onder nemo tenetur, bij Saunders waren ze uitgezonderd en bij J.B. vallen ze er wel weer onder. Hoe zou je dit kunnen rijmen?

Mogelijke ‘oplossing’

Voor het met elkaar rijmen van die drie ogenschijnlijk haaks op elkaar staande arrest, moeten we kijken naar de noot van Schalken. Hij stelt voorop: wettelijke verplichting tot medewerking in de *toezichtfase* is prima. Het EHRM lijkt ook inderdaad geen enkele moeite te hebben met wettelijke bepalingen die betrokkenen onder dwang verplichten tot het overleggen van documenten; bijv. art. 47 AWR. Dus ten behoeve van de juiste belastingheffing bijvoorbeeld, mag een burger zonder meer

verplicht worden, desnoods onder dwang, tot het overleggen van papieren zodat de schatkist kan krijgen wat hem toekomt. Dan is er ook nog geen criminal charge, het gaat bijvoorbeeld alleen om het vaststellen van de belastingsschuld.

Iets anders is het daadwerkelijk gebruik van onder dwang verkregen materiaal in de latere strafprocedure, terwijl het materiaal afhankelijk van de wil bestaat (bijv. verklaringen), zie Saunders. Als het materiaal ónafhankelijk van de verdachte bestaat (bijv. documenten en ander materiaal), valt het volgens het Saunders arrest níet onder het nemo tenetur beginsel, en zal de verdachte dus alsnog moeten meewerken. Documenten/ander materiaal dat onafhankelijk van de wil van betrokkene bestaat kan onder dwang verkregen worden én worden gebruikt (dit valt immers niet onder het nemo tenetur beginsel).

In Funke en J.B.: waren de overheden in deze zaken wel écht op de hoogte van het bestaan van de documenten? Of was er sprake van een *fishing expedition*? Dus het feit dat documenten en ander materiaal daadwerkelijk echt onafhankelijk van de wil bestaat, dat is het probleem niet; het bloed is aanwezig, bestaat onafhankelijk van de wil, bij Funke en J.B. ging het om documenten, *als je zeker weet dat die documenten er zijn is er ook geen probleem. Maar hier speelde misschien de vraag of de overheden wel écht op de hoogte waren van het bestaan van die documenten.*

Die uitleveringsbevelen in Funke en J.B. hadden in de ogen van Schalken een hoog *speculatief karakter*. Hij legt dan een koppeling met de Amerikaanse doctrine in relatie tot het nemo tenetur beginsel. Daar is het zo; als de justitiële autoriteiten niet weten van het bestaan van bepaalde documenten, dan zou je achter dat bestaan kunnen komen door de verdachte te dwingen documenten in zijn algemeenheid uit te leveren die interessant kunnen zijn voor de strafzaak. Maar als de verdachte dan door de dwang toch toegeeft en die documenten geeft, dan geeft hij dus onder druk bewijs tegen zichzelf. Dat zou je kunnen toepassen op Funke en J.B.; Zij werden geconfronteerd met speculatieve vorderingen, ze moesten zelf maar bepalen welke documenten van belang konden zijn. Daarmee leverden ze bewijs tegen zichzelf, terwijl ze charged waren with a criminal offence. Bij J.B. speelde bovendien dat hij misschien helemaal niets had; voor een deel waren de documenten vernietigd, hoe hij had ooit aan dat bevel van uitlevering kunnen voldoen als er niets is om uit te leveren? Hoe kan hij dan aan die dwang ontkomen?

Nu kun je dit vervolgens vertalen naar; *kennelijk zal er wel een zekere mate van zekerheid moeten bestaan over het bestaan van die documenten.* De vraag is dan; welke mate van zekerheid eis je dan vervolgens wil een bevel tot uitlevering niet meer speculatief geacht worden? Denk weer aan het voorbeeld: de politie ziet drugs op tafel liggen en zegt; ik beveel je tot uitlevering van de eventueel andere aanwezige drugs. Is dat ook te speculatief of niet? Moet je het bewijsbaar zeker weten? Met bijvoorbeeld getuigenverklaringen? Of is voldoende dat vaststaat dat betrokkene *redelijkerwijs vermoed kan worden* houder te zijn van de documenten; die norm legt onze Nederlandse wetgever aan, art. 96a lid 1. Zo heeft dus ook die nemo tenetur ook invloed op de reikwijdte van een bevel tot uitlevering. Die vragen behoeven nog een oplossing.

Dus als je als OM enige zekerheid hebt over het bestaan van die documenten; de verdachte wordt redelijkerwijs vermoed houder te zijn, dan valt het onder materiaal onafhankelijk van de wil van de verdachte, dan kan dat en mag een bevel tot uitlevering worden gegeven. Er moet dus enige mate van zekerheid zijn over het bestaan van die documenten.

Maar als het OM een fishing expedition doet, dan is het wel in strijd met het nemo tenetur beginsel.

Dus als we weer teruggaan naar die eerste casus: bij een drugsdealer thuis wordt drugs en een spiegelkje gevonden. In de context van die zaak, hij is alom bekende drugsdealer, is het niet zo gek te veronderstellen dat hij redelijkerwijs houder is van meer hoeveelheden drugs. De HR had geen moeite met het bevel tot uitlevering van 'alle andere hier aanwezige drugs'. Maar als je de verdachte die af en toe gebruikt, beveelt alle materiaal uit te leveren voor het kweken van wiet, dan kan dat niet door de beugel.

In het commune strafrecht (WvSv) kan dit bevel tot uitlevering niet aan de verdachte gericht worden. Hierin is de wetgever verder gegaan dan volgens het EHRM strikt genomen zou moeten. In theorie zou je je wetgever kunnen voorstellen die over een paar jaar zegt: dat bevel tot uitlevering mag nu ook in het WvSv aan de verdachte worden gegeven. Dat zal in beginsel bij het EHRM tot geen enkel probleem leiden.

We keren weer terug naar het Europese platform

Weh/Oostenrijk; Dit arrest geeft een zekere ordening daarna weer, daar komt het EHRM als het ware tot een soort samenvatting van zijn eigen case law met betrekking tot het nemo tenetur beginsel. Het onderscheid typen zaken waarin schendingen van het zwijgrecht/nemo tenetur heeft aangenomen:

1. Zaken die samenhangen met gebruik van dwang met als doel ‘informatie’ vergaren die belastend kan zijn voor een persoon die, op het moment van het gebruik van dwang, is ‘charged’; het gaat dan om reeds aanhangige of te verwachten strafprocedures (‘pending or anticipated criminal proceedings’). Het EHRM verwijst hierbij naar Funke en J.B.

2. Zaken die zich kenmerken door daadwerkelijk *gebruik* van belastend materiaal (onder dwang verkregen *buiten* sfeer strafvordering) in latere opvolgende strafzaak, zoals bij Saunders.

De achtergrond van deze zaak: Weh had een auto op zijn naam staan, als kentekenhouder. Daarmee was een verkeersovertreding begaan. Autoriteiten vroegen aan Weh; Wil jij bekendmaken wie bestuurder was op het moment van overtreding? Volgens de wetgeving van Oostenrijk betekende het als je die informatie niet of onvoldoende zou leveren dat dit kan leiden tot beboeting. Het hof nam in die zaak geen schending aan van art. 6 EVRM op basis van die categorisering, want meneer Weh was nooit op enig moment charged with criminal offence en volgens het hof viel dat op basis van de stukken en de informatie ook niet te verwachten; het viel dus niet in één van beide categorieën, en dus kon hij gedwongen worden de naam van de bestuurder bekend te maken. Maar ja dat brengt Weh wel in een lastig parket, als hij had gezegd; ja toen was ik de feitelijke bestuurder, dan had hem wel degelijk een strafzaak boven het hoofd gehangen. Dus als hij dan niets zou zeggen, kreeg hij een boete, maar zei hij dat hij het was, dan had hij een strafzaak gekregen. Het EHRM redeneert dan dus vrij strikt; op het moment van het stellen van de vraag, dat die dwang wordt uitgeoefend, was er geen criminal charge, het ging alleen om de wettelijke verplichting die op de kentekenhouder rust om te vertellen wie zijn auto op enig moment bestuurt.

Het is een interessante zaak, want hier zitten 3 dissenting opinions over. Zij vonden; door het stellen van die vraag ‘wie was de bestuurder toen’, was er wel sprake van een charge in wezen, want als hij had gezegd dat hij het was, zou hij zeker vervolgd worden. Hij moest dus kiezen tussen de waarheid spreken met kans op vervolging (als hij het was), en zwijgen met als gevolg een boete. Als hij bestuurder was, had hij ook helemaal geen verweer meer kunnen voeren, dan is de zaak ook in 1 klap rond.

Die situatie kennen we ook in ons recht; de plicht tot bekendmaking van de bestuurder bij misdrijven. Ook wij kennen de plicht voor de kentekenhouder op vordering de naam van de bestuurder te noemen, anders kun je worden bestraft. *Zolang die vordering wordt gedaan aan een kentekenhouder die op dat moment niet verdacht is, is er niets aan de hand*, dan kun je ook beboet worden als je zwijgt. *De vordering mag niet worden gedaan aan de kentekenhouder die zelf al als verdachte is aangemerkt*. Maar dan heb je nog steeds de situatie dat, ook als hij zelf geen verdachte is, als hij zegt dat hij bestuurder was, eigenlijk wel zeker is dat hij alsnog een strafzaak krijgt. Hoe los je dat op? Door te zeggen dat die verklaring bijvoorbeeld niet gebruikt mag worden in de zaak?

Je kunt hier ook een vergelijking maken met de zaak van het parfumflesje dat door onrechtmatige fouillering wordt ontdekt (paar colleges geleden); mag je die vondst gebruiken als bewijs? Hooguit als startinfo, je zult als politie dan zelf een opsporingsonderzoek moeten starten.

De zaak Weh geeft dus wel enige structuur, maar het gaf ook weer de nodige vragen.

Jalloh

De tijd heeft ook niet stilgestaan sinds deze zaken. Er is ook zeker sprake van ‘post Saunders jurisprudentie’, een belangrijke zaak daarin is de zaak ‘Jalloh’. Dan moeten we even terug naar Saunders, daarin is onderscheid gemaakt tussen typen materialen; dat onafhankelijk van de wil van verdachte bestaat, en materiaal dat afhankelijk van de wil bestaat, (zoals verklaringen). Toegestaan in beginsel is het gebruik als bewijs van materiaal dat onafhankelijk van wil bestaat. Voetnoot; als het gaat om speculatieve vorderingen is het heel anders, zie J.B. en Funk.

Maar diverse arresten ook na Saunders etc., laten zien dat er toch nog steeds wel schendingen van het nemo tenetur beginsel worden aangenomen bij materiaal dat buiten de wil van betrokkene bestaat. Dat materiaal bestaat absoluut onafhankelijk van de wil van verdachte en toch worden er schendingen aangenomen van nemo tenetur. Dat leidt tot een volgende stap over het denken over nemo tenetur, dat is de zaak Jalloh:

Bij deze persoon was op een gegeven moment duidelijk dat hij bolletjes drugs had ingeslikt. Dit is materiaal dat absoluut onafhankelijk van zijn wil een bestaan had. Uiteindelijk werd hij onderworpen aan een bepaalde procedure in het Duitse recht en werd een braakmiddel toegediend. Dit gebeurde op een bijzondere manier; hij werd vastgegrepen en dit werd met het nodige geweld toegediend. Uiteindelijk kwam dat spul dus ook boven; maar ook met de nodige effecten, hij had nog tijdenlang last van zijn gezondheid. *Dan zie je in elk geval al dat het bij nemo tenetur kan gaan om de relatie met andere verdragsrechten.* Want uiteindelijk werd hier schending aangenomen van art. 6, ook al betrof het hier onafhankelijk materiaal en het was niet speculatief, maar hier werd ook schending aangenomen van art. 3; het verbod op inhumane behandeling. Als je je bedient van praktijken die richting de tortuur gaan, kun je om die reden ook al heel snel in de klem komen met art. 6. De aard van het materiaal is dan niet van belang, maar de wijze waarop het verkregen is. Zo kun je dan uiteindelijk ook de zaak/ontwikkeling duiden.

Post-Saunders

Bij Saunders gaat het primair om de *aard van het materiaal*; Of het onafhankelijk van de wil van verdachte bestaat. In latere jurisprudentie (Jalloh) gaat het vooral om de *wijze van verkrijgen*. Van material based ga je naar 'means-based (middelen gebaseerd). De Hoge Raad heeft nog steeds die material based benadering en kijkt vooral naar het type materiaal. Maar naar ontwikkeling van Europees recht moet je vooral meer kijken naar die wijze van verkrijging.

Nogmaals Jalloh

Dan komt het Hof in het arrest Jalloh tot 3 vragen die van belang zijn voor de beslissing of er schending is van nemo tenetur in het licht van art. 6 EVRM.

1. Aard en mate van dwang gebruikt om bewijs te bemachtigen

Bij de aard kijk je naar het type dwang, is dat bijvoorbeeld dreiging met gevangenisstraf? Geldboete? Tortuur? Tortuur is verboden, alles wat daar in de buurt komt (denk Jalloh) komt snel in de buurt van schending van nemo tenetur. Bij de mate kijk je hoe lang en hoeveel dwang er is gebruikt.

Je zou wel mogen zeggen dat betrokkene dwingen d.m.v. gevangenisstraf sowieso uit den bozen is, ook bij materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat. Wat in een zaak eens niets is toegelaten, is een strafbedreiging van 6 maanden, dat is teveel geacht. Maar we weten niet zeker of 3 maanden bijvoorbeeld wel toegestaan zou zijn. Tortuur is ook ondenkbaar. Een geldboete zou wel als dwangmiddel mogen worden ingezet, maar de hoogte van het bedrag is van belang en ook zelfs ten aanzien van bepaald wilsafhankelijk materiaal; dat wordt beweerd in de literatuur

2. Waarborgen/safeguards

Stel dat Jalloh niet hard was aangepakt maar de procedure was gewoon gevolgd, als dan bepaalde stappen in die procedure niet gevolgd werden, dat zou dan al als schending van nemo tenetur kunnen worden opgevat (bijv. geen arts aanwezig).

Van Weerelt: De belastingdienst vordert o.g.v. art. 47 AWR informatie over buitenlandse rekeningen. De Hoge Raad zei altijd; oké in de toezichtfase mag je best de belastingplichtige dwingen tot afleveren van materiaal, maar het mag vervolgens niet worden gebruikt in een opvolgende strafzaak. Daar hadden ze ook in deze zaak rekening mee gehouden. Het EHRM zei toen; Dit is een prima waarborg om te voorkomen dat dergelijk materiaal ook gebruikt wordt in een opvolgende procedure. Safeguards kunnen dus ook in de jurisprudentie zitten.

3. Gebruik van het verkregen materiaal

Daar missen we de nodige jurisprudentie over, het is wat dat betreft wat onduidelijk. Dit is misschien een aardig voorbeeld: **Gäfgen**. Hier was sprake van dreiging met marteling, maar de verklaring was uiteindelijk niet door de rechter gebruikt in de bewijsvoering. Het leidde dus niet tot schending van art. 6, maar wel van art. 3; dreigen is wel inhumane treatment, grenzend aan tortuur misschien zelfs.

Het type materiaal (afhankelijk of onafhankelijk van de wil) is volgens het EHRM dus niet meer zo van belang, maar het gaat om de wijze waarop je het verkrijgt; je mag wel enige dwang uitoefenen, maar dat moet niet van zodanige mate/aard zijn dat je moet spreken van schending van nemo tenetur.

We zijn dus vooral bezig geweest met de afgrenzing van nemo tenetur. We hebben het nog niet gehad over het zwijgrecht zelf. Ook ten aanzien van het zwijgrecht is genoeg te zeggen: **Allen vs. UK**, daar komt een informatieve tekst over op Nestor. Dit is een hele interessante zaak; hoe ver kun je gaan met misleiding e.d.? Ook ten aanzien van het zwijgrecht zijn er nog wel wat mogelijkheden.