

Zwijgrecht: een absoluut en relatief element

Inleiding

'U hoeft niks te zeggen, tenzij u dat wenst, maar ik moet u waarschuwen dat als u nalaat een feit te vermelden waar later bij de verdediging ter terechtzitting een beroep op wordt gedaan, dit nalaten kan worden behandeld als een ondersteuning van bewijsmateriaal tegen u' luidt een parafrase uit het bekende John Murray arrest uit 1996.

Vroeger werden verdachten aan de pijnbank vastgebonden om een bekentenis te verkrijgen, tegenwoordig is er het zwijgrecht ex artikel 29 Sv. Als verdachte heb je de procesautonomie: de vrijheid dat je niet verplicht bent te antwoorden. Naast het zwijgrecht, dragen zowel de onschuldpresumptie als het recht om niet mee te werken aan je eigen veroordeling bij aan de positie van de verdachte als autonome; een eigen positie in vrijheid kiezende procespartij. Maar wanneer mag het zwijgrecht tegen je gebruikt worden?

In dit stuk zetten we het baanbrekende arrest van het EHRM John Murray uiteen. Daarnaast zal, aan de hand van twee (Nederlandse) arresten, stilgestaan worden bij de toepassing van het criterium dat het Europees Hof opstelt ten aanzien van het tegenwerpen van een beroep op het zwijgrecht aan verdachte.

Bestaande debat

Professor mr. Piet Hein van Kempen beschrijft het zwijgrecht als een absoluut recht; het is niet toegestaan het recht vanwege strafvorderlijke of andere belangen te ontnemen. Het is volgens Van Kempen nog maar de vraag of de Nederlandse praktijk de cautieplicht op de juiste manier teweegbrengt. Bij langdurige en intensieve verhoren zal de cautie volgens hem herhaaldelijk en nadrukkelijk moeten worden gegeven om afstand van het absolute recht te doen. Het beginsel van 'equality of arms', waarbij de verdachte een redelijke kans moet krijgen om zijn kant van het verhaal naar voren te brengen en er sprake moet zijn van evenwicht in rechten, sluit ook bij het zwijgrecht aan. Juist omdat de kwaliteit van de verklaringen van de verdachte afhangt van hoe men iets naar voren brengt, kan het daarbij relevant zijn dat de verdachte niets hoeft te zeggen.

Aan de andere kant staat de guideline van art 6 EVRM. De absolute bepaling is dat je recht hebt op een eerlijk proces, maar toch zijn er veel relatieve onderdelen van dat recht. Uit het John Murray arrest blijkt namelijk dat het zwijgrecht wel degelijk tegen je gebruikt mag en kan worden en dat er zelfs conclusies uit getrokken mogen worden. Aan de ene kant mag een overtuiging niet alleen gebaseerd zijn op het zwijgen van de verdachte. Aan de andere kant, indien er bewijs is van de Officier

van Justitie en de situatie om een uitleg roept, mag wel verwacht worden dat de verdachte die verklaring ook geeft. Het zwijgen wordt niet als bewijs gebruikt, maar het geeft dan invulling aan ander bewijs dat het OM al heeft geleverd.

Grondslag

Het zwijgrecht vloeit voort uit het nemo teneturbeginsel en houdt in dat niemand verplicht is om belastend over zichzelf te verklaren. Het nemo-teneturbeginsel vloeit op zijn beurt voort uit het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM. Volgens Crijns hangt het toekennen van het zwijgrecht samen met de notie van eerlijkheid en bestaat er zonder zwijgrecht geen recht op een eerlijk proces. Het belang van betrouwbare waarheidsvinding is de tweede grondslag van het zwijgrecht. Het dwingen van verdachten tot het afleggen van een verklaring, brengt een groot risico op foutieve verklaringen met zich mee.

John Murray

In het arrest John Murray van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens werd uit het zwijgen van verdachte een conclusie getrokken. Het recht om te zwijgen dat iedere verdachte toekomt werd dus kort gezegd tegen de betreffende verdachte gebruikt. In de volgende alinea's zal uiteen worden gezet wanneer een dergelijke conclusie genomen mag worden.

Proces

John Murray werd gearresteerd op basis van de Prevention of Terrorism Act en koos ervoor om, na het ontvangen van de cautie, te zwijgen. De cautie ontving hij ingevolge art. 3 Criminal Evidence Order (Northern Ireland). In deze Order worden scenario's aangegeven waarbij het zwijgen van verdachte tegen hem gebruikt mogen worden.

Op het politiebureau werd het verzoek van Murray om te overleggen met een advocaat afgewezen. Het contact met een advocaat werd bovendien uitgesteld voor een periode van 48 uur, doordat dit het verzamelen van informatie over de terroristische daden mogelijk zou belemmeren, of het moeilijker zou maken om zo'n daad te voorkomen. Bij ondervraging werd om een verklaring gevraagd voor aanwezigheid in het huis waarin hij gearresteerd was. Hierbij werd hij er ook op gewezen dat bij het niet geven van een verklaring, de rechter daar mogelijk een conclusie aan zou kunnen verbinden. Murray bleef zwijgen, ook nadat in contact kwam met zijn advocaat.

Murray werd het volgende tenlastegelegd: samenspanning tot moord, medeplegen van wederrechtelijke vrijheidsberoving, alsmede lidmaatschap van een verboden organisatie. De rechter

gaf iedere verdachte de mogelijkheid om ontlastend materiaal aan te leveren en vermeldde daarbij dat bij een weigering tot afleggen van een bekentenis of bij een weigering tot het beantwoorden van een vraag zonder goede grond, de rechter bij beantwoording van de schuldvraag met dergelijke weigering rekening mag houden. Murray bleef opnieuw zwijgen.

De rechter veroordeelde Murray wegens wederrechtelijke vrijheidsberoving en trok conclusies uit het niet geven van een verklaring. De verdediging ging in appel en beriep zich naast een schending van het zwijgrecht en het nemo-teneturbeginsel ingevolge art. 6 lid 1 jo lid 2 EVRM ook op een schending van het recht op toegang tot een advocaat ingevolge art. 6 lid 1 jo lid 3 EVRM.

De rechter overweegt het volgende betreffende de eerste grond:

“In the present case, the evidence presented against the applicant by the prosecution was considered by the Court of Appeal to constitute a ‘formidable’ case against him. (...) In the Court’s view, having regard to the weight of the evidence against the applicant (...) the drawing of inferences from his refusal, at arrest, during police questioning and at trial, to provide an explanation for his presence in the house was a matter of commonsense and cannot be regarded as unfair or unreasonable in the circumstances.”

De verdediging voerde tevens aan dat het trekken van conclusies ‘unfair’ was doordat hem op voor 48 uur de toegang tot juridisch advies werd ontnomen. Deze ontneming was volgens Murray ‘inextricably entwined’ met de getrokken conclusie over zijn zwijgen. De rechter overweegt de verdachte bewust ervoor koos om te blijven zwijgen en op de hoogte was van de aard van de waarschuwing, namelijk dat aan zijn zwijgen conclusies verbonden konden worden. Bovendien stelt de rechter dat het feit dat verdachte gedurende de eerste 48 uur van gevangenneming geen toegang had tot een advocaat, niks afdoet aan de conclusie dat het verbinden van conclusies aan het zwijgen niet onredelijk of oneerlijk is.

Echter, het Hof oordeelt dat wel sprake was van een schending van het recht op toegang tot een advocaat tijdens de eerste 48 uur van zijn arrestatie. Dit zal verder niet behandeld worden in dit artikel, aangezien dit ziet op een ander aspect van art. 6 EVRM.

Wanneer mogen er conclusies verbonden worden aan het zwijgen van verdachte?

Of conclusies verbonden mogen worden aan het zwijgen, hangt af van de omstandigheden van het geval en met name de situatie waarin deze conclusies worden getrokken. Daarnaast speelt het gewicht

dat door de rechter, bij beoordeling van het bewijs, aan het zwijgen gehecht wordt een belangrijke rol en ook de mate van druk in de bepaalde situatie besloten ligt.

In de *Criminal Evidence Order* (Noord-Ierse strafprocesrecht) staat, zoals genoemd, precies beschreven wanneer de rechter conclusies mag verbinden aan het zwijgen van de verdachte. In de John Murray zaak toetst het Hof toetst deze regeling niet, maar beperkt zij zich tot de toepassing die aan de regeling is gegeven.

Geert Knigge stelt in zijn noot onder het arrest dat het zwijgen van een verdachte tegen hem kan werken indien een verweer uitblijft. Immers, indien verdachte met een aannemelijke verklaring komt, mag geconcludeerd worden dat het feit niet door hem is gepleegd, onder voorwaarde dat deze verklaring niet wordt weerlegd door het bewijsmateriaal. Mocht dergelijke verklaring uitblijven, dan mag daar een conclusie aan verbonden worden, zo stelt Knigge.

Bij de beoordeling moet ten eerste gekeken worden of een schending van het nemo tenetur-beginsel aanwezig is: welke mate van dwang was aanwezig? Het Hof oordeelt dat 'a certain level of indirect compulsion' niet voldoende is om van een schending van betreffende beginsel te kunnen spreken. Ook moet de vraag beantwoord worden of het 'unfair' was om aan het zwijgen een conclusie te verbinden. Hierbij legt het Hof grote nadruk op het gewicht van het bewijsmateriaal tegen verdachte. In de onderhavige zaak was er sprake van een 'formidable case against' verdachte, waarbij het bewijsmateriaal om een antwoord van verdachte vroeg. Dat de weigering om een antwoord te geven tegen Murray gebruikt werd, was onder de omstandigheden 'a matter of common sense'.

Concluderend moeten twee vragen worden beantwoord om te bepalen of rechtsgeldig een conclusie verbonden kan worden aan een beroep op het zwijgrecht. Knigge stelt echter dat het zwijgen van verdachte in Nederland zelden uitdrukkelijk als argument gehanteerd zal worden. Hij baseert dit op het onderscheid dat in de Nederlandse procescultuur wordt gemaakt tussen wettig en overtuigend bewijs, en tussen redengevende feiten en feiten die betrekking hebben op de betrouwbaarheid van het bewijs. De laatste feiten zullen volgens Knigge onder tafel blijven, doordat de rechter kan volstaan met een opsomming van de redengevende feiten. Het zwijgen van verdachte zal dan slechts als argument gehanteerd worden indien het bewijsmateriaal niet toereikend is.

Toepassing van het criterium

In een arrest van het Gerechtshof Amsterdam wordt verwezen naar het hierboven uiteengezette arrest John Murray. De verdachte in deze zaak beroept zich ook op zijn zwijgrecht. Hij blijft bij de politie zwijgen over de omstandigheden waaronder hij is aangehouden. De vraag die dit deed rijzen in deze

zaak is of het zwijgen van deze verdachte tegen hem geworpen mag worden, 'in die zin dat van hem een verklaring mag worden verlangd voor zijn aanwezigheid ter plaatse'. De raadsman van verdachte betoogt dat indien zijn zwijgen aan verdachte wordt tegengeworpen dit een inbreuk maakt op zijn zwijgrecht. Het hof overweegt het volgende:

"Het EHRM spreekt over een "prima facie case against the accused". Indien in zo'n zaak bij de rechter toch enige twijfel bestaat over de betrokkenheid van een verdachte bij het feit, kan het zwijgen van de verdachte een niet langer houdbare positie worden, (...). Uit het arrest-John Murray volgt echter niet dat het zwijgen van de verdachte op enig moment een zelfstandig bewijsmiddel kan worden waarmee een lacune in een, wat de bewijsvoering betreft, overigens zwakke zaak kan worden opgevuld."

Dit citaat illustreert het gebruik van het criterium dat voortvloeit uit Europese rechtspraak. In de deze zaak van het gerechtshof oordeelt het hof dat niet is voldaan aan de ondergrens die het EVRM stelt om het zwijgen van verdachte aan hem tegen te werpen. Er is geen direct bewijs dat verdachte in verband brengt met het ten laste gelegde feit. Verdachte kan een beroep op zijn zwijgrecht doen en er volgt vrijspraak.

Een tweede voorbeeld van toepassing van het criterium van het EHRM volgt uit een arrest van de Hoge Raad. De rechter overweegt in deze zaak dat uit het Murray-arrest 'moet worden afgeleid dat het Hof zich op het standpunt stelt dat de zaak bewijsbaar moet zijn zonder rekening te houden met het stilzwijgen van de verdachte; pas dan mogen eventuele conclusies uit het stilzwijgen van verdachte worden getrokken omtrent een punt waar juist die verdachte een specifieke toelichting kan geven.'

Conclusie

In principe ben je als verdachte niet verplicht om een verklaring te geven. Dit zogenoemde zwijgrecht vindt zijn grondslag in het EVRM en is nauw verbonden met het recht op een eerlijk proces. Het recht heeft een absolute strekking aangezien het niet ingeperkt mag worden wegens strafvorderlijke of andere belangen. Tevens heeft het een relatieve strekking, zoals het Murray arrest illustreert. Uit dit arrest volgt dat het recht in uitzonderlijke gevallen wel degelijk tegen een verdachte gebruikt mag worden. Namelijk, indien er dermate veel bewijs tegen de verdachte is en dit bewijs om een verklaring schreeuwt, mag het wegblijven van een verklaring van verdachte als bewijs tegen hem gebruikt worden. De twee elementen van het zwijgrecht staan recht tegenover elkaar en kunnen botsen. Welk element prevaleert op basis van de omstandigheden van het geval is uiteraard aan de rechter om te bepalen.

