

Inhoud

Voorwoord 7

1

De hollende kleurling 9
Over het zijn van verdachte en de gevolgen daarvan

2

Tappen, inkijken en dealen met criminelen 40
Over bijzondere opsporingsmethoden

3

De Hoornse taart 58
Over opzet en schuld

4

De Tielse boekverkoper, de Antilliaanse amokloper en Meta Hofman 70
Over afwezigheid van alle schuld, ontoerekeningsvatbaarheid en noodweer (exces); vrijuit gaan, deel I

5

De Huizer veearts en de opticien 93
Over het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid, noodtoestand en psychische overmacht; vrijuit gaan, deel II

6

De etalageruit 120
Over causaliteit

Inhoud

7

De Eindhovense brandstichting 131

Over de strafbare poging

8

De leunstoel 146

*Over medeplegen, medeplichtigheid en uitlokking, over
criminele ondernemers en over de overheid als crimineel*

9

De bedreigde getuige vs Kostovski 173

Over bewijs

10

De zaak Charles Z. 196

Over de consequenties van justitiële missers

De strafprocedure in het kort 238

Verklarende woordenlijst 242

Jurisprudentieregister 250

Trefwoordenregister 260

De hollende kleurling

Over het zijn van verdachte en de gevolgen daarvan

Twee met voet-surveillance belaste politiemannen lopen op 14 oktober 1976 om tien voor half vier 's nachts op de Sint Olofspoort in Amsterdam ter hoogte van de Warmoesstraat. Een hard lopende kleurling komt hun tegemoet uit de richting van het café Caribbean Nights, dat bekend staat als een verzamelaarsplaats van handelaren en gebruikers van verdovende middelen.

De agenten vermoeden dat de man drugs bij zich heeft en houden hem staande om hem te fouilleren. Hierbij valt op dat de kleurling zijn linkerhand voortdurend in zijn jaszak houdt, zodat bij de opsporingsambtenaren het vermoeden rijst, dat hij in die jaszak wel eens verdovende middelen zou kunnen hebben.

De verbalisanten houden de man aan als verdacht van het opzettelijk bezit van drugs en pakken hem vast om hem over te brengen naar politiebureau Warmoesstraat. De arrestant verzet zich hevig en bijt een van de agenten in de rechterpols. Bij de worsteling haalt de kleurling zijn linkerhand uit zijn jaszak en laat een zilverpapiertje vallen. Het blijkt een wikkeltje met heroïne te zijn. De kleurling wordt gedagvaard wegens het bezit van 840 milligram heroïne en wegens wederspanning.

Het Amsterdamse gerechtshof (Hof Amsterdam 3 juni 1977, NJ 1978, 601) vindt dat de agenten buiten hun boekje zijn gegaan. Volgens het hof is er nog geen sprake van een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit wanneer een

Afkortingen en begrippen worden achter in het boek verklaard. Op die plek vindt men ook een kort overzicht van de strafprocedure en een lijst van de arresten met hun respectieve roepnamen.

De hollende kleurling

kleurling hard komt aanlopen uit de richting van een als drugscafé bekend staande horecagelegenheid. De agenten hadden de man dus niet staande mogen houden en fouilleren.

Het hof concludeert dat de vondst van de heroïne onrechtmatig is geweest, omdat die nooit zou zijn gedaan als de agenten niet, zonder zich te kunnen beroepen op enige bevoegdheid, aan de man waren gaan trekken. Dat de kleurling zich tegen zijn arrestatie heeft verzet en daarbij een agent heeft gebeten, kan hem juridisch niet worden verweten. De agenten waren immers niet in de rechtmatige uitoefening van hun bediening en dus hoefde de man zich het sjorren in de richting van het bureau niet te laten welgevalen. De heroïnebezittende, agenten bijtende kleurling wordt van beide beschuldigen vrijgesproken.

De belangrijkste taak van politie en justitie is het bestrijden van de criminaliteit. In het Wetboek van Strafrecht en een groot aantal bijzondere wetten, zoals bijvoorbeeld de Opiumwet, staat welke gedragingen verboden zijn. Om die wetten te handhaven hebben politie en justitie de beschikking over een aantal bevoegdheden en dwangmiddelen. Om te voorkomen dat die naar willekeur worden gebruikt, geeft het Wetboek van Strafvordering aan wanneer welke middelen in stelling mogen worden gebracht.

Het uitgangspunt is dat opsporings- en vervolgingshandelingen alleen mogen worden verricht tegen iemand die ‘verdachte’ is. En een verdachte is volgens artikel 27 van het Wetboek van Strafvordering (Sv) ‘degene te wiens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit’.

Pure intuïtie van de politieman is onvoldoende. Dat de agent soms gelijk heeft en dat zijn gevoel dat er iets niet deugde wordt bevestigd door wat er daarna gebeurt – zoals ook bij de *Hollende kleurling* – doet er niet aan af dat hij niet in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening kan zijn toen hij dwangmiddelen als aanhouden en fouilleren toepaste. Het bewijsmateriaal dat hij op die manier boven water heeft gehaald, is

op een onrechtmatige manier verkregen en mag niet voor de bewijsvoering worden gebruikt.

De term 'redelijk' verschaft de opsporingsambtenaar overigens wel een zekere marge. De ervaring van de verbalisant die een verdenking koestert, kan mede een factor vormen op grond waarvan een vermoeden 'redelijk' wordt genoemd. Het *Damrak*-arrest (HR 6 december 1983, *NJ* 1984, 442) gaat over politiemannen die op het Damrak in Amsterdam een blanke in gesprek zien met twee negers. Als de agenten de van een Duits kenteken voorziene auto van de blanke naderen, rennen de negers hard weg. De blanke wordt aangehouden. Hij blijkt een 33-jarige Duitser te zijn en hij heeft 100 gram hasjiesj, 84 gram heroïne en een gasalarmrevolver op zak.

Wanneer een van de agenten aan de tand wordt gevoeld over hoe het zat met dat redelijke vermoeden van schuld dat volgens de wet uit feiten of omstandigheden moet blijken, verklaart hij voor het Amsterdamse hof: 'Ik werk als politiemann al jaren bij het bureau Warmoesstraat, daarom weet ik uit ervaring en door bekendheid ter plekke, dat er een grote kans is dat er drugs verhandeld worden als ik buitenlandse blanken en negers in de omgeving Zeedijk-Damrak met elkaar contact zie hebben.'

Het hof laat deze verklaring zwaar wegen en telt daarbij op de omstandigheid dat de negers toen de agenten naderden, hard wegreunden. Volgens het hof is er wel degelijk sprake van een redelijk vermoeden van schuld en kon de Duitser dus als verdachte worden beschouwd en behandeld.

De Hoge Raad kan zich in dit oordeel vinden. De stelling van de advocaat dat de verbalisant geen redelijk vermoeden had 'nu dit gebaseerd lijkt op vooroordelen jegens negers en/of buitenlanders', wordt verworpen. De Duitser krijgt een gevangenisstraf van twee jaar.

Het is niet altijd evident of er een redelijk vermoeden van schuld is. De kleurling die 's nachts komt aanhollen vanuit de richting van een drugscafé zou dan volgens de juridische regelen der kunst niet verdacht zijn, de buitenlandse toerist die in dezelfde buurt praat met bij het zien naderen van agenten

De hollende kleurling

wegrennende negers wel. Van de politieman die aan zijn water voelt dat iets niet goed zit, wordt nogal wat inzicht verwacht in wat volgens de rechters een redelijk vermoeden van schuld is.

Agenten zien een fietser door rood rijden en vragen hem of er in de tas die aan zijn stuur hangt misschien iets zou kunnen zitten waaruit zijn identiteit zou kunnen blijken. De fietser gunt de agenten geen blik in de tas en wordt vervolgens bestempeld tot verdachte. De verbalisanten storten zich nu zelf op de tas en treffen daarin een molotovcocktail aan.

De vondst van het wapen leidt wel tot een dagvaarding voor de fietser, maar niet tot een veroordeling. Het na betrapping van rijden door rood weigeren de naam op te geven en weigeren in de tas te laten kijken om naar een legitimatie te zoeken, levert volgens de rechtbank in Arnhem namelijk geen redelijk vermoeden van schuld op (Rb Arnhem 9 september 1980, *NJCM-Bulletin* 1980, p. 387). Omdat het bewijs onrechtmatig was verkregen, ging de bezitter van de molotovcocktail vrijuit.

Soms wordt buitengewoon creatief omgegaan met de vraag wanneer iemand tot verdachte wordt. Twee agenten zien vanuit hun surveillanceauto op 7 juli 1985 om kwart voor vijf 's nachts voor een discotheek op de Erasmusweg in Den Haag drie jongens lopen. Een van hen draagt een zwart linnen tasje.

De agenten stappen uit, lopen op de jongens toe, stellen de algemene vraag: 'Wat zijn de heren hier aan het doen?' en informeren naar de inhoud van het tasje. De jongens laten de inhoud van de tas (gereedschapset, kaartleeslamp, Car Battery Analyser) zien en kunnen er geen redelijke verklaring voor geven hoe die goederen in hun bezit zijn geraakt. Zij worden aangehouden op verdenking van diefstal en door de politierechter, en later ook door het hof, veroordeeld. De ten tijde van de arrestatie 18-jarige Rolf H., die twee weken gevangenisstraf voorwaardelijk en een geldboete van tweehonderdvijftig gulden heeft gekregen, gaat in cassatie.

Bij de Hoge Raad stelt Rolfs advocaat dat de agenten, toen zij uit hun auto waren gestapt, de drie jongens 'niet hebben staande gehouden om hun naar het weer te vragen of naar iets anders onbelangrijks'. Volgens de advocaat vonden de agenten de jongens en het tasje direct verdacht, maar konden zij op

het moment dat zij de fatale vragen (tasje openen, inhoud verklaren) stelden, nog niet verwijzen naar een redelijk vermoeden van schuld om de jongens officieel tot verdachten te maken.

De Hoge Raad (HR 18 oktober 1988, *NJ* 1989, 479) ziet het anders. Het college is het eens met de door het Haagse gerechtshof bedachte constructie dat de agenten, belast als zij zijn met het zorgdragen voor de orde en veiligheid op straat, best aan voorbijgangers mogen vragen wat zij aan het doen zijn en wat zij bij zich hebben, zonder dat de aangesprokenen per se verdacht hoeven te zijn. De verdenking zou pas zijn gerezen nadat de jongens geheel vrijwillig de tas hadden getoond en geen goed verhaal hadden voor het feit dat de voorwerpen in hun bezit waren. Toen ontstond het redelijk vermoeden van schuld dat het de agenten mogelijk maakte de jongens aan te houden en andere dwangmiddelen toe te passen zoals fouilleren.

Zwijgrecht

Wie verdachte is, wordt door het recht beschermd. De politie moet hem overeenkomstig artikel 29 Wetboek van Strafvordering erop wijzen dat hij een zwijgrecht heeft: 'U hoeft niet te antwoorden op de vragen die ik u stel' (de cautie). Soms komt dat er niet van. De meeste situaties waarin de cautie achterwege blijft, zijn die waarin het feit dat iemand 'het gedaan heeft' er duimendik bovenop ligt. In het arrest van de *Nalatige inspecteur* (HR 2 oktober 1979, *NJ* 1980, 243) ziet een Groningse inspecteur van politie op 10 november 1978 een Lada met zijn rechterwielen op het trottoir staan. Aan de man die op de auto afloopt vraagt hij, of deze man de eigenaar van de auto is en of hij hem zo heeft geparkeerd. Wanneer het antwoord bevestigend luidt, slingert de inspecteur de man op de bon. Vijf gulden boete levert de overtreding de Lada-bezitter bij de rechtbank op.

Het is niet de foutparkeerder maar de vertegenwoordiger van het Openbaar Ministerie die de zaak aan de Hoge Raad

De hollende kleurling

voorlegt om een principiële uitspraak te krijgen over de vraag of de inspecteur, toen hij de twee vragen stelde, nu wel of niet bezig was met een verhoor. In dat geval had hij de man van de Lada namelijk eerst de cautie moeten geven.

Volgens de Hoge Raad is de inspecteur inderdaad nalatig geweest. Het college wijst erop dat de strekking van artikel 29 Sv is, de verdachte te behoeden tegen ongewilde medewerking aan zijn eigen veroordeling. Daarom moet volgens de Hoge Raad 'als verhoor in de zin van dat artikel worden beschouwd alle vragen aan een door een opsporingsambtenaar als verdachte aangemerkt persoon betreffende diens betrokkenheid bij een geconstateerd strafbaar feit'.

Het niet naleven van het voorschrift de cautie te geven wordt beschouwd als een 'substantiële nietigheid' (dat wil zeggen dat daardoor het hele verhoor van nul en generlei waarde wordt), als de verdachte door het achterwege blijven van de cautie in zijn verdediging kan zijn geschaad. Dit is het geval als de verdachte tijdens de zitting geen advocaat had en zijn verklaring voor het bewijs is gebruikt. Heeft de verdachte wel een advocaat en maakt die geen bezwaar tegen het niet-waarschuwten van zijn cliënt, dan geldt de nietigheid als 'gedekt'.

Als de politie abusievelijk of met boze bedoelingen al enkele verhoorende vragen stelt zonder de cautie te geven, is het mogelijk dat het op die wijze verkregen bewijsmateriaal niet mee mag spelen bij een eventuele veroordeling, terwijl antwoorden die op een tijdstip na de officiële cautie zijn gegeven, wel meetellen voor het bewijs.

In de meeste gevallen valt er na die eerste, vaak spontaan bekende tekst echter weinig meer te ontkennen. Niet alleen de foutparkeerder kon na de erkenning dat het zijn auto was en dat hij die daar op de stoep had neergezet, geen kant meer uit. Dat lot trof ook de 28-jarige Amsterdammer Antonius T.

Op 31 augustus 1986 nemen surveillerende agenten waar dat een man om tien voor een 's nachts het dashboardkastje van een Duitse auto zit te doorzoeken. Zij lopen naar de auto toe, zien dat de radio eruit is gehaald en dat die zich bevindt in een plastic draagtas die de man bij zich heeft. Wanneer de

agenten een verklaring vragen, antwoordt T. volgens het proces-verbaal: 'Ik heb zojuist deze radiocassetterecorder uit deze Audi weggenomen. Ik was aan het kijken of er in de auto nog meer spullen voor mij lagen.'

T. wordt door het hof veroordeeld tot vijf weken, maar dan gaat zijn advocaat voor hem in cassatie en stelt, dat er geen cautie is gegeven. De Hoge Raad (HR 31 oktober 1989, *NJ* 1990, 258) vindt dat ook niet nodig. Er zou toen de agenten T. aanspraken immers nog geen echte verhoorsituatie zijn geweest.

Plastic boodschappentasjes en de belangstelling die opsporingsambtenaren daarvoor aan de dag leggen, spelen een grote rol in de jurisprudentie over dit onderwerp. Op 29 maart 1978 zien twee agenten de hun bekende junk Raymond P. (23) in de Spuistraat in Den Haag lopen. Ook deze man draagt een plastic tas.

De agenten gaan naar Raymond toe, vragen wat er in het tasje zit (vier delen van de Winkler Prins Encyclopedie) en informeren waar hij die heeft gekocht. De man antwoordt, dat hij de boeken zojuist bij twee boekwinkels heeft gestolen. Er is geen cautie gegeven, stelt later de raadsman. Dat hoefde ook niet, meent het hof, omdat het hier ging om een oriënterend gesprek. Pas na zijn spontane bekentenis werd Raymond P. verdachte.

De Hoge Raad deelt deze visie (HR 29 september 1981, *NJ* 1982, 258), daarin gesteund door advocaat-generaal mr. M.R. Mok. 'Men moet zich hoeden,' waarschuwt Mok, 'voor de toepassing van de zegswijze "wie eens steelt is altijd een dief".' Volgens de advocaat-generaal is het 'geenszins uitgesloten' dat de politieagenten benieuwd waren of Raymond P. zijn leven had gebeterd. Mok: 'Hun initiële vraagstelling waar de boeken gekocht waren wijst in die richting, al bestaat de mogelijkheid dat de politie vragen behoedzaam formuleert om aan de regel van art. 29 lid 2 Sv te ontkomen.'

Het is overigens opmerkelijk hoe agenten, die zich gewoonlijk zo graag laten voorstaan op hun bijzondere ervaring die hun een extra scherp oog geeft voor suspect gedrag, met dro-

De hollende kleurling

ge ogen een beroep durven doen op vermeende naïviteit. Op 12 november 1988 komt er op het politiebureau in Eindhoven even na middernacht een telefoontje binnen: op de Karel de Stoutelaan staat een auto stil met draaiende motor, er is een man uit de auto gestapt die de bezorgde beller ‘goed dronken’ lijkt.

Twee agenten spoeden zich erheen. Zij stellen vast dat er inderdaad een auto met draaiende motor midden op de rijbaan staat. Ook zien zij dat een man die ‘zeer onvast ter been’ is, in de naaste omgeving van de auto rondloopt. Hierop vragen zij de man, of deze soms de bestuurder van de auto is geweest. Als hij bevestigend antwoordt, rijst bij de agenten plotseling het vermoeden dat zij met een geval van dronken rijden van doen hebben. Zij bevelen de man mee te werken aan de ademanalyse en wanneer hij weigert, krijgt hij daarvoor een proces-verbaal.

Zowel de politierechter als het gerechtshof in Den Bosch veroordeelt de man tot twee weken gevangenisstraf en een jaar ontzegging van de rijbevoegdheid. Zijn protest, dat hem vóór de vraag of hij gereden had geen cautie was gegeven, wuift het hof weg. De vraag zou volgens het hof een ‘neutraal en informatief karakter’ dragen en ‘gewoonlijk het verzoek inleiden om de auto elders te parkeren’.

De advocaat-generaal bij de Hoge Raad, mr. J.C.M. Leijten, verwijt het hof, dat het bewust de zogenaamd neutrale vraag naar het besturen van de auto niet in de context van het geval (de verontruste beller, de zwalkend om de auto lopende man) heeft gezien. Het probleem is, weet ook Leijten, dat ‘wie een volledige, gedetailleerde én waarachtige bekentenis aflegt zonder cautie “het” natuurlijk in alle gevallen precies even zeker heeft gedaan als wie diezelfde bekentenis aflegt na het geven van een cautie. Je zou zo zeggen, dat de cautie hem alleen maar op slechte gedachten zou kunnen brengen. Dat wringt. Daarom zien we dan ook dat de rechtspraak – met handhaving van het beginsel – op allerlei manieren onder de praktische toepassing van het beginsel uit probeert te komen.’

De Hoge Raad laat zich ditmaal geen zand in de ogen strooien. Het oordeel van het hof, dat de vraag van de verbalisant

onder deze omstandigheden 'slechts een neutraal en informatief karakter droeg', noemt het college 'onbegrijpelijk' (HR 19 november 1991, *NJ* 1992, 554).

Niet alleen is de verdachte niet verplicht te antwoorden, maar hem mogen volgens artikel 29 Sv ook geen vragen worden gesteld 'die de strekking hebben van de verdachte een verklaring te verkrijgen waarvan niet gezegd kan worden dat zij in vrijheid is afgelegd'.

'Ik ben onder druk gezet door de politie' is een veel gehoord verweer in de rechtszaal. Zelden bedoelt degene die terechtstaat dan dat hij is mishandeld of dat hij in een kamertje met een kaal peertje tot in de vroege ochtend door een drietal brute rechercheurs met vragen is bestookt zonder zelfs maar een kop koffie te krijgen. Meestal zou de 'druk' erin hebben bestaan dat een verkorting van het verblijf in de cel in het vooruitzicht werd gesteld als de verdachte maar zou bekennen.

In de praktijk komt het zelden voor dat een rechter bereid is aan te nemen dat de pressie die van de politie is uitgegaan, zo groot was dat de verdachte niet meer in vrijheid heeft verklaard. In *Vriendin Gigliola* gaat het om enkele jonge mensen (vier jongens, twee meisjes) die het plan opvatten een gewapende overval te plegen op een veilingkantoor in Dordrecht.

Op 21 juli 1985 gaat Gigliola L. met het andere meisje en drie jongens naar Scheveningen om een motor te pikken. Terug in Dordrecht wordt het plan voor de overval uitgewerkt, waarbij de 23-jarige Arjan Z. tot taak krijgt de situatie in het veilingkantoor te verkennen.

Arjan meldt de volgende dag dat er slechts twee vrouwen en een oude man aanwezig zijn. Bert en Ernst rijden erheen, plegen de overval en maken f 45.000 buit. Arjan krijgt daarvan vijfhonderd gulden.

Arjan wordt vervolgd wegens medeplichtigheid aan de overval en wordt geconfronteerd met een voor hem belastende verklaring van Gigliola. Het meisje, stelt Arjan Z., is door de rechercheurs onder druk gezet. 'Als jij verklaart wat wij willen horen, dan wel naar waarheid, dan zit het er wel in dat je eerder vrij bent dan wanneer je niets zegt,' zou een van de ver-

De hollende kleurling

balisanten tegen Gigliola hebben gezegd. Hiermee zou, aldus Arjans advocaat, het bewijs onrechtmatig zijn verkregen.

Het Haagse gerechtshof denkt daar anders over en oordeelt 'dat niet van ongeoorloofde druk sprake is, als, zoals in dit geval, een verdachte op de mogelijkheid wordt gewezen dat hij/zij na het afleggen van een volledige verklaring naar huis zou mogen'. De Hoge Raad (HR 19 april 1988, *NJ* 1989, 15) kan zich hierin vinden.

Een wijze van verhoren die wel over de schreef gaat is volgens de Hoge Raad de Zaanse verhoormethode. Hierbij wordt gebruikgemaakt van een speciaal ingerichte verhoorruiimte waarbij vanuit een andere kamer wordt meegekeken door een gedragsdeskundige die de verhoorders aanwijzingen geeft. Meerdere rechercheurs onderwerpen de verdachte tegelijk aan een verhoor en schuiven op hem in. Ze laten hem het delict herbeleven met behulp van voorwerpen, foto's, geuren of geluiden.

In de *zaak-Harke J.* werden foto's van de vrouw en kinderen van de verdachte opgehangen rondom foto's van het slachtoffer – een negenjarig meisje dat met messteken van het leven was beroofd. In dit geheel zag de Hoge Raad wel degelijk een ontoelaatbare vorm van pressie (HR 13 mei 1997, *NJ* 1998, 152). En ook de Amsterdamse rechercheurs die Bayram S. confronteerden met een foto van het lijk van het slachtoffer op een papier waarop ook de namen van zijn kinderen stonden en die hem voorlogen dat zijn mededader had bekend, gingen te ver. Bij die mededader, Haydar K., hadden zij bovendien niet de steen waarmee het lijk was verzwaaard op schoot mogen leggen (HR 22 september 1998, *NJB* 1998, p. 1693, nr. 120).

Nemo tenetur

Als een verdachte niet mag worden verplicht een verklaring af te leggen, betekent dit dan dat hij op geen enkele wijze aan zijn eigen veroordeling hoeft mee te werken? Het Nederlandse recht kent het nemo tenetur-beginsel (nemo tenetur prode-

re se ipsum = niemand hoeft tegen zichzelf bewijs te leveren) niet. Het is niet terug te voeren op artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering en ook de Hoge Raad is zich niet van een dergelijk principe bewust: 'In het Nederlandse recht is nergens een onvoorwaardelijk recht of beginsel verankerd dat een verdachte op generlei wijze kan worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal' (HR 15 februari 1977, *NJ* 1977, 557).

Uit het arrest van het Europese Hof in de zaak Funke (EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993, 485) hebben verschillende strafrecht deskundigen afgeleid dat er wel degelijk een verbod van zelfincriminatie bestond. Het hof lokaliseerde dat verbod in artikel 6 van het EVRM ('fair trial').

De bewoordingen die het hof hanteert laten volgens de plaatsvervangend procureur-generaal bij het Amsterdamse gerechtshof mr. B.E.P. Myjer (*NJCM-Bulletin* 1993, p. 586) 'aan duidelijkheid niets te wensen over: een verdachte mag zwijgen en hoeft niet aan zijn eigen veroordeling mee te werken'. In dit geval dwong de Franse douane het echtpaar Funke door middel van een rechterlijke uitspraak bankafschriften over te leggen. Deze papieren hadden in een strafzaak tegen hen kunnen worden gebruikt.

De vraag was of dit arrest consequenties moest hebben voor de Nederlandse fiscale praktijk. De Hoge Raad loste het probleem op door de kwestie toe te spitsen op het stadium van het onderzoek. De op Curaçao wonende R.J. moest allerlei papieren aan de FIOD overleggen omdat deze opsporingsdienst vermoedde dat hij de belastingen ontdook. Het niet voldoen aan zo'n bevel is strafbaar.

Volgens de Hoge Raad (HR 29 oktober 1996, *NJ* 1997, 232) was hier geen sprake van strijd met het nemo tenetur-beginsel. Dat de FIOD-ambtenaren reeds ten tijde van hun vordering een verdenking koesterden, betekende nog niet dat er van een 'criminal charge' kon worden gesproken. Tegenover de verdachte was immers nog niet de indruk gewekt dat hij vervolgd zou worden. Daarom kon het in het kader van de FIOD-controlle in beslag genomen materiaal later wel degelijk voor het bewijs worden gebruikt.

De hollende kleurling

Wanneer het Europese Hof zich in de zaak Saunders opnieuw over het nemo tenetur-beginsel uitlaat (EHRM 17 december 1995, NJ 1997, 699), blijkt dat aan Funke misschien toch wat te vergaande conclusies zijn verbonden. Saunders was directeur van Guinness en zou betrokken zijn geweest bij gesjoemel met aandelen ten tijde van de overname van een ander bedrijf. Naar de mogelijke beursfraude stelde het Britse ministerie van handel en industrie een onderzoek in. Saunders was verplicht de vragen te beantwoorden. Die spreekplicht stond niet ter discussie. De vraag was alleen of de afgelegde verklaringen mochten worden gebruikt in de latere rechtszaak, waarin Saunders zich beriep op zijn zwijgrecht.

Het Europese Hof stelt voorop dat de overheid de burger mag verplichten inlichtingen te geven, ook als deze zich daarvoor zou incrimineren. Aan informatiegaring voor andere dan strafrechtelijke doeleinden worden geen beperkingen gesteld. Of een afgedwongen verklaring ook mag worden gebruikt in een strafzaak hangt af van een aantal omstandigheden. Bijvoorbeeld de wijze waarop de dwang is uitgeoefend, de belastende inhoud van de verklaringen en de manier waarop ze in de strafprocedure zijn gebruikt. Hier ging het om een juryproces, er werd dagenlang uit de verklaringen voorgelezen, ze werden gebruikt om de geloofwaardigheid van Saunders te ondermijnen en ze vormden een aanzienlijk deel van het bewijs. Daarom oordeelde het hof in dit geval het gebruik ervan in strijd met het fair-trial-beginsel.

Het grootste belang van het Saunders-arrest ligt echter ergens anders. Het Europese Hof zegt hier namelijk expliciet dat het recht jezelf niet te incrimineren wordt beperkt tot het recht om te zwijgen. Het recht strekt zich niet uit tot het gebruik van afgedwongen bewijsmateriaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat. Het hof noemt als voorbeelden in beslag genomen documenten, uitgedemde lucht (blaasproef), bloed- en urinemonsters en lichaamsweefsel voor DNA-onderzoek. Myjer vat het bij zijn noot onder Saunders (*NJCM-Bulletin* 1997, p. 312) aardig samen: 'De verdachte heeft een zwijgrecht, maar zijn lichaam en geschriften mogen wel worden gedwongen te "spreken".'

Prof. mr. T.M. Schalken wijst er in zijn noot onder het Hoge Raad-arrest tegen de Curaçaoënaar J. op dat het Europese Hof de ratio van het recht op non-zelf-incriminatie (mede) zoekt in het voorkomen van rechterlijke dwalingen. Schalken: ‘Onder die invalshoek wordt zichtbaar dat, naarmate de methode van waarheidsvinding minder betrouwbaar wordt, de betekenis van het nemo tenetur-beginsel toeneemt. (...) Het omgekeerde geldt dan ook: naarmate de onderzoeksmethode betrouwbaarder bewijs oplevert, neemt de kracht van het nemo tenetur-beginsel af.’

De Hoge Raad maakt intussen dankbaar gebruik van de uitspraak-Saunders telkens wanneer iemand met een beroep op artikel 6 van het Europees Verdrag (‘fair trial’) betoogt dat door het innemen van belastende papieren het nemo tenetur-beginsel is geschonden. Het gebruikt daar (o.a. HR 21 oktober 1997, *NJ* 1998, 173) de vaste formule voor dat artikel 6 ‘zich niet verzet tegen het gebruik voor bewijs in een strafzaak van onder dwang door de verdachte afgegeven materiaal, zoals documenten, hetwelk onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat’.

Loopt een zwijgende verdachte het risico dat zijn zwijgzaamheid door de rechter tegen hem wordt gebruikt? ‘Kennelijke leugenachtigheid’ mag van de Hoge Raad (HR 29 juni 1971, *NJ* 1971, 417) wel tot het bewijs meewerken. Die leugenachtigheid baseren op het zwijgen van de verdachte, mag echter niet.

Mevrouw S.B. belt op 8 januari 1992 de politie, geeft ongevraagd een sluitend alibi voor het tijdstip waarop ‘oma Quak’ om het leven is gebracht en laat haar familie eveneens in strijd met de waarheid verklaren dat zij op dat tijdstip niet in de buurt van het slachtoffer kon zijn geweest omdat zij was afgereisd naar Hoofddorp. Dit terwijl het tijdstip waarop de doodslag was gepleegd op dat moment officieel nog niet bekend was.

Voor het hof weigert mevrouw B. te antwoorden op vragen over dit zo handig geconstrueerde alibi. Uit dit zwijgen leidt het hof af dat de vrouw ‘kennelijk’ zit te liegen en gebruikt het