

ANNOTATIE

Annotatie bij Hoge Raad 10 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1928.

mr. D.G.J. Grimmelikhuijzen

Annotatie bij Hoge Raad, 10-12-2019, ECLI:NL:HR:2019:1928 (SR-2019-0423)

Dat de Hoge Raad het bestreden arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch in stand laat is gezien zijn eerdere jurisprudentie misschien niet heel verrassend. In het licht van de achterliggende thema's is een nadere bespreking echter de moeite waard, met name omdat de feiten en omstandigheden die aanleiding gaven tot de strafvervolging inzicht geven in de wat tegenstrijdige wijze waarop binnen het Nederlandse strafrecht omgegaan wordt met (het verbod op) gedwongen zelfincriminatie.

Die feiten en omstandigheden komen er, kort gezegd, op neer dat twee opsporingsambtenaren een auto met daarin twee personen een stopteken geven. Uit het proces-verbaal volgt niet wat de directe aanleiding voor dit stopteken was. Op de achterbank zien zij vervolgens twee met tape dichtgeplakte dozen. Aangezien zij tevens een lichte 'henneplucht' ruiken, vordert een van de opsporingsambtenaren op grond van artikel 9 lid 3 Opiumwet de uitlevering van verdovende middelen en stelt hiertoe: 'Ik vorder de uitlevering van eventuele aanwezige verdovende middelen. Hebben jullie verdovende middelen bij jullie of zijn er verdovende middelen in het voertuig aanwezig?' De verdachte antwoordt bevestigend, en verklaart dat op de achterbank dozen met hennepstekjes staan. Deze worden vervolgens in beslag genomen, waarna de auto verder doorzocht wordt, en in de achterbak nog enkele dozen met hennepstekjes aangetroffen worden. Er volgt veroordeling in eerste aanleg en in hoger beroep ter zake overtreding van artikel 3B Opiumwet. Door de advocaat van de verdachte wordt in cassatie aangevoerd dat aan de opmerking van de verbalisant de cautie vooraf had moeten gaan nu die vraag *de facto* neerkomt op de vraag: 'Maakt u zich op dit moment schuldig aan het vervoer van verdovende middelen?' Het nalaten hiervan zou blijkens het cassatiemiddel

een overtreding van artikel 29 Sv en artikel 6 EVRM opleveren dat tot bewijsuitsluiting moet leiden.

De Hoge Raad gaat niet mee in die redenering. Hij verwijst naar eerdere rechtspraak waaruit volgt dat een vordering tot uitlevering niet heeft te gelden als een vraag naar de betrokkenheid bij een strafbaar feit. Voor daaraan verbonden vragen die als toelichting op een dergelijk bevel gezien kunnen worden, geldt dat evenmin. Achter deze betrekkelijk korte afwijzing van het middel gaat echter een gecompliceerd geheel aan belangen schuil, waarbij gekeken dient te worden naar de verhouding tussen: het bijzondere en het commune strafrecht, de Nederlandse strafwetgeving en het EVRM, en de verhouding tussen achterliggende beginselen en de concrete uitwerking daarvan in wettelijke bepalingen. Daarbij speelt één overkoepelend thema: het verbod op gedwongen zelfincriminatie, oftewel *nemo tenetur*.

Over dit thema is (in algemene) zin reeds veel geschreven dat hier niet allemaal herhaald kan en hoeft te worden (zie recent nog zeer uitgebreid: A. Zeeman, *Dulden of meewerken. Een onderzoek naar de toepassing van het nemo tenetur-beginsel bij de sfeerovergang van controle naar opsporing*, Oud Turnhout: Gompel & Svacina 2019). Voor nu is in elk geval van belang dat als uitgangspunt voor het Nederlandse strafrecht geldt dat hierbinnen geen onverkort beginsel van *nemo tenetur* wordt erkend. Of, zoals de Hoge Raad dit eerder uitdrukte, dat: 'in het Nederlandse recht, [...] niet is 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' (HR 15 februari 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC3994, NJ 1977/557, m.nt. Mulder). Het recht van de verdachte zichzelf niet te incrimineren komt echter tot uitdrukking in enkele specifieke wettelijke bepalingen. Het meest concreet is het beginsel te herkennen in artikel 29 Sv dat het zwijgrecht en het pressieverbod omvat. Daarnaast ziet men de gedachte van *nemo tenetur* sterk terug in artikel 96a lid 2 Sv waarin gesteld wordt dat een bevel tot uitlevering van voor inbeslagneming vatbare voorwerpen niet tot de verdachte kan worden gericht. Hierbij gaat deze laatste bepaling zelfs nog verder dan artikel 29 lid 2 Sv, nu het bij het zwijgrecht steeds gaat om een recht voor de verdachte om te zwijgen (er mogen dus wel vragen gesteld worden), terwijl het bij artikel 96a lid 2 Sv om een categorisch verbod gaat tot het vorderen van uitlevering. Bij de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 96a lid 2 Sv wordt overigens nergens expliciet gerefereerd aan het *nemo tenetur*-beginsel. Uit de memorie van toelichting bij de voorloper van artikel 96a lid 2 Sv (art. 107 Sv oud) wordt echter wel in niet mis te verstane woorden gesteld dat een bevel tot uitlevering gericht aan een verdachte '*met alle humaniteit in strijd [zou] zijn*' (*Kamerstukken II 1913/14*, 286, nr. 3, p. 93). Die vrees voor een inhumane strafrecht lijkt zich niet uit te strekken tot de bijzondere strafwetgeving waarin meer verdergaande medewerkingsverplichtingen zijn opgenomen. De meest in het oog springende voorbeelden

daarvan zijn: artikel 52 lid 1 WWM, artikel 9 lid 3 Opiumwet, artikel 18 lid 1 WED en artikel 81 AWR, die alle een bevoegdheid tot het geven van een bevel tot uitlevering van voor inbeslagneming vatbare voorwerpen bevatten, maar niet de beperking kennen dat dit bevel niet tot de verdachte gericht kan worden. Dit opvallende verschil wordt in de wetsgeschiedenis opvallend spaarzaam besproken. Aangezien het verbod uit artikel 107 Sv (oud) van latere aard is dan de voorgenoemde medewerkingsverplichtingen uit de bijzondere wetgeving bleef lange tijd de vraag open of dit verbod, gezien de daaraan ten grondslag liggende beginselen niet ook zou (moeten) gelden in de bijzondere strafwetgeving (zoals betoogd door F. Vellinga-Schootstra, *Inbeslagneming en huiszoeking* (diss. Groningen), Alphen aan de Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1982, p. 100-102). Dit is in feite een strafvorderlijk legaliteitsvraagstuk. Deze vraag werd pas in 1984 definitief beantwoord door de Hoge Raad in de volgende bewoordingen: 'De wetsgeschiedenis bevat geen aanwijzing, dat de wetgever de in artikel 107 eerste lid Sv [...] gestelde beperking ook heeft willen doen gelden voor de met betrekking tot bepaalde delicten aan opsporingsambtenaren gegeven bevoegdheid, uitlevering te vorderen' (HR 20 maart 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8344, NJ 1984/547, m.nt. Van Veen, r.o. 5.2). Dit verschil zou daarbij te verklaren zijn door 'bij de handhaving van de desbetreffende strafbepalingen betrokken belangen en de specifieke eisen en problemen van de waarheidsvinding in zodanige zaken' (HR 29 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZDo562, NJ 1997/232, m.nt. Schalken, r.o. 6.8). In het geval van de WWM en de Opiumwet zal daarbij de in de regel (vermeend) gemeengevaarlijke aard van de bij die delicten betrokken voorwerpen van betekenis zijn. Het feit dat het in de casus ging om inbeslagneming van hennepstekjes op grond van de Opiumwet maakt dan ook dat de verdachte geen aanspraak kan maken op de aanzienlijk verderstreckende bescherming die hem onder het Wetboek van Strafvordering wel ten deel zou vallen.

In de context van *nemo tenetur*-vraagstukken kan niet voorbijgegaan worden aan de interpretatie van het beginsel als onderdeel van het in artikel 6 EVRM vervatte recht op een eerlijk proces, welke volgens het EHRM: 'primarily [is] concerned [...] with respecting the will of an accused person to remain silent' (EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, r.o. 69, NJ 1997/699, m.nt. Knigge (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*)). Wederom het zwijgrecht als kern van *nemo tenetur*. Aan die vaststelling wordt vervolgens door het Straatsburgse hof de consequentie verbonden dat wilsonafhankelijk materiaal (bloed, speeksel, documenten, etc.) wel onder dwang verkregen mag worden. De nadruk op het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal ziet men ook sterk terug in de jurisprudentie van de Hoge Raad, terwijl in de rechtspraak van het EHRM daarentegen de laatste jaren een meer genuanceerde lijn ontstaan lijkt te zijn. In de literatuur wordt hierdoor wel beweerd dat de interpretatie van artikel 6 EVRM door de Hoge Raad en het EHRM (te ver) uiteen zijn gaan lopen (o.a. door Zeeman a.w.; S.L.T.J. Ligthart,

‘Het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM’, *DD* 2019/16; en D.A.G. van Toor, ‘Het nemo-teneturbeginsel: rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de Hoge Raad vergeleken’, *TBS&H* 2016/1). Dat het bij een bevel tot uitlevering steeds om voor inbeslagneming vatbare *voorwerpen* gaat, verklaart dat het feit dat zo’n bevel in de bijzondere wetgeving ook tot de verdachte gericht kan worden volgens de Hoge Raad geen automatische schending van artikel 6 EVRM oplevert.

Wat betreft het zwijgrecht ligt de situatie anders. Zoals gezegd beschouwt het EHRM het zwijgrecht als de kern van *nemo tenetur* onder artikel 6 EVRM. In beginsel kan een verdachte dan ook niet gedwongen worden een belastende verklaring tegen zichzelf af te leggen. Dit recht volgt naar Nederlands recht, zoals gezegd, uit artikel 29 lid 2 Sv. Hetzelfde geldt voor de in die bepaling vervatte cautieplicht voor verhorende ambtenaren of rechters. De consequenties die in de rechtspraak worden verbonden aan het niet naleven van artikel 29 Sv zijn streng. Zo zal bewijs dat voortvloeit uit een verhoor waarbij de verdachte niet op zijn zwijgrecht is gewezen in de regel niet mee mogen werken tot het bewijs (HR 20 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:247, r.o. 3.2.2). Ook het EHRM erkent een cautieplicht onder artikel 6 EVRM (EHRM 18 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0218JUD003966002 (*Zaichenko t. Rusland*)). Onder artikel 6 EVRM geldt de cautieverplichting in geval van een ‘criminal charge’ tegen de verdachte. Dit criterium laat op het oog wat meer ruimte voor interpretatie dan het Nederlandse ‘verhoor’. Toch is ook onder het Wetboek van Strafvordering niet direct duidelijk wanneer daarvan sprake is. Volgens de Hoge Raad is sprake van een verhoor indien vragen worden gesteld die ‘betrekking hebben op diens betrokkenheid bij een strafbaar feit ten aanzien waarvan hij als verdachte is aangemerkt’ (HR 6 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2056, r.o. 2.3.2, *NJ* 2019/309, m.nt. Kooijmans). Voor de aanvang van een verhoor, en de daarmee verbonden cautieplicht, is dus het ontstaan van een verdenking doorslaggevend.

Gezien het grote belang dat in de rechtspraak aan de cautie wordt gehecht, en het feit dat een verweer dat toegesneden is op de gedachte dat een bevel tot uitlevering ook onder bijzondere strafwetgeving niet tot de verdachte gericht mag worden kansloos leek, is het niet verwonderlijk dat advocaten het over een andere boeg gooiden. Zij probeerden in 2001, in een tweetal zaken, het bevel tot uitlevering te definiëren als een (indirecte) vraag naar de betrokkenheid bij een strafbaar feit. Waaraan dan ook de cautie vooraf zou moeten gaan. De Hoge Raad ging hier niet in mee, en concludeerde dat een ‘dergelijke vordering niet heeft te gelden als een vraag naar de betrokkenheid bij een strafbaar feit’ (HR 12 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2066, r.o. 3.3, *NJ* 2001/510). Door de advocaat-generaal wordt in zijn conclusie bij dit arrest nog op taalkundige gronden beredeneerd dat de vraag naar aanwezigheid van drugs losgekoppeld dient te worden van de vraag naar *betrokkenheid* bij

handel en dergelijke daarvan (Concl. A-G Jörg, ECLI:NL:PHR:2001:AB2066, par. 22). Op zich is de gedachte dat een bevel tot uitlevering *zelf* niet als verhoorsituatie gekenmerkt kan worden nog te volgen. Indien de Hoge Raad in die redenering meegegaan was zou de bevoegdheid tot het uitleveren van voorwerpen, in ieder geval jegens verdachten, elk praktisch nut verliezen. In het commune strafrecht zou dit bevel in zijn geheel niet gegeven mogen worden op grond van artikel 96a lid 2 Sv, en in het bijzondere strafrecht zou men zich aan dit bevel kunnen onttrekken door een beroep op het zwijgrecht op grond van artikel 29 lid 2 Sv (zo ook: Zeeman a.w., p. 694). Toch gaat het arrest van 10 december 2019 nog een stap verder. Daar was immers niet alleen het bevel zelf onderwerp van discussie, maar vooral ook de aan het bevel gekoppelde vraag: 'Hebben jullie verdovende middelen bij jullie of zijn er verdovende middelen in het voertuig aanwezig?' Met de ontdekking van de verdacht ogende pakketjes, en de door verbalisanten waargenomen 'hennepvlucht' ontstond immers een concrete verdenking van de later ten laste gelegde overtreding van artikel 3B Opiumwet. Het beantwoorden van de vraag van de verbalisant komt dan ook neer op het leveren van nader bewijs voor de reeds gerezen verdenking. Indien de verdachten bekennen dat er drugs aanwezig zijn in de auto is het bewijs immers zo goed als rond. Door de vraag te kwalificeren als een toelichting op het bevel tot uitlevering lift het als het ware mee op de verdergaande bevoegdheden die de Opiumwet biedt. De vraag is of de wetgever dit zo beoogd heeft. Uit de jurisprudentie volgt nu namelijk dat de vraag 'aan de verdachte of hij een hennepkwekerij in zijn woning had, bezwaarlijk anders kan worden verstaan dan als een vraag betreffende diens betrokkenheid bij een strafbaar feit – kort gezegd: het aanwezig hebben of telen van hennep – ten aanzien waarvan hij als verdachte is aangemerkt' (HR 6 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2056, r.o. 2.4); en dus een verhoerende vraag is, waaraan de cautie vooraf moet gaan. Maar dat de vraag: 'Hebben jullie verdovende middelen bij jullie of zijn er verdovende middelen in het voertuig aanwezig?', dit blijkbaar niet is, zolang deze maar voorafgegaan wordt door een bevel tot uitlevering. Dit verschil is moeilijk uit te leggen. Op zijn minst zouden de vordering tot uitlevering en de concrete vragen naar betrokkenheid bij het strafbare feit losgekoppeld moeten worden. Op de verdachte rust dan naar huidig recht de verplichting (stilzwijgend) mee te werken aan de uitlevering van de gevorderde voorwerpen, doch naar mijn mening niet om de daaraan verbonden vragen te beantwoorden, op dit recht zou hij dan ook gewezen moeten worden. Dit 'moment van bezinning' stelt de verdachte dan in staat om zijn procespositie te bepalen (zoals eerder is betoogd door: C. Kelk & R.S.B. Kool, 'Causaliteit en cautie', *DD* 2002, afl. 1, p. 98). In gevallen zoals in het arrest beschreven valt er namelijk voor de verdachte vaak weinig meer te redden. Had de verdachte niet meegewerkt of gezwegen dan hadden de opsporingsambtenaren op basis van deze feiten en omstandigheden zelfstandig over kunnen gaan tot doorzoeking (op grond van art. 96b lid 1 Sv) en inbeslagneming. Het subsidiariteitsargument, dat uitgaat van het bevel tot uitlevering als een minder ingrijpend

middel ten opzichte van de alternatieve doorzoeking, werkt echter twee kanten op. Het stelt de verdachte in staat een doorzoeking te voorkomen door mee te werken, maar ondergraaft aan de kant van de opsporing het argument om geen cautie te willen geven. Indien kan worden overgegaan tot doorzoeking en inbeslagneming, welk bezwaar bestaat dan om, in elk geval met betrekking tot de aan het bevel tot uitlevering gekoppelde vragen, de verdachte de cautie te verlenen?

Bij het gegeven dat in Nederland een bevel tot uitlevering op grond van bijzondere strafwetgeving ook aan een verdachte gegeven kan worden is, zoals besproken, op basis van legaliteits-, verdragsrechtelijke, en beginselmatige overwegingen een aantal vraagtekens te plaatsen. Vooral nog lijkt dat een gepasseerd station. Dat aan zo'n bevel, in het kader van toelichting, vragen kunnen worden toegevoegd die neerkomen op vragen naar de betrokkenheid bij een strafbaar feit waarvan reeds een verdenking bestaat, lijkt mij in gevallen zoals in het arrest onnodig, en vanuit rechtsbeschermend perspectief onwenselijk. Aan dat soort vragen kan op zijn minst de eis worden verbonden dat daaraan de cautie vooraf moet gaan.