

Tilburg University

## Autonomie en privacy als rechtsgronden van het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel?

Ligthart, Sjors

*Published in:*  
Nederlands Juristenblad

*Publication date:*  
2021

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Ligthart, S. (2021). Autonomie en privacy als rechtsgronden van het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel? *Nederlands Juristenblad* , 2021(32), 2660-2666. [2408].

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Autonomie en privacy als rechtsgronden van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel?

Sjors Ligthart<sup>1</sup>

Recentelijk is door verschillende auteurs voorgesteld om de rechtsgronden van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel te heroverwegen en door in dat verband meer nadruk te leggen op privacy en persoonlijke autonomie. In een tijdperk waarin digitale en andere technologische opsporingsmethoden zich steeds verder ontwikkelen, is aandacht voor de rechtsgronden van het eeuwenoude zwijgrecht en *nemo tenetur*-beginsel zeker van belang. Het is evenwel de vraag of persoonlijke autonomie en privacy overtuigen als rechtvaardiging van het recht om te zwijgen en om niet te hoeven meewerken aan de eigen veroordeling. Dit wordt in deze bijdrage betwijfeld.

## 1. Inleiding

In het begin van de zomer van 2021 werd het EmpRise-project afgerond. Een belangwekkend onderzoeksproject over *The right to silence and related rights in pre-trial suspects' interrogations in the EU: Legal and empirical study and promoting best practice*.<sup>2</sup> De doelstelling van dit project was het onderzoeken van de implementatie van het zwijgrecht en aanverwante rechten in regelgeving en praktijk in België, Ierland, Italië en Nederland.<sup>3</sup> Ter afsluiting van het Nederlands deel verscheen onlangs een rapport met daarin de belangrijkste bevindingen en aanbevelingen. De onderzoekers concluderen dat de reikwijdte en mate van bescherming door het zwijgrecht in het Nederlands strafprocesrecht thans beperkt zijn. Dit is onder meer te wijten aan de enge interpretatie van de rechtsgronden van het zwijgrecht en van het *nemo tenetur*-beginsel.<sup>4</sup> Deze rechtsgronden moeten daarom worden verduidelijkt, zowel in wetgeving als in de rechtspraak. Zij moeten expliciet verband houden met het beschermen van de persoonlijke autonomie en privacy van verdachten als voorwaarde voor een eerlijk proces.<sup>5</sup> Eerder dit jaar pleitte ook Dave van Toor voor een herwaardering van het *nemo tenetur*-beginsel.<sup>6</sup> Ook Van Toor suggereert om de materiële uitwerking van *nemo tenetur* meer te laten leiden door privacy-overwegingen.

Zeker in een tijdperk waarin digitale en andere technologische opsporingsmethoden zich steeds verder ontwikkelen, is aandacht voor de rechtsgronden van het eeuwenoude zwijgrecht en *nemo tenetur*-beginsel van belang.<sup>7</sup> Het is dan ook zeer waardevol dat verschillende auteurs reeds concrete voorstellen hebben gedaan om de rechtsgronden van deze verdedigingsrechten te heroverwegen. De vraag is evenwel of de persoonlijke autonomie en meer specifiek de bescherming van persoonlijke informatie overtuigen als rechtvaardiging voor het recht om te zwijgen en om niet mee te hoeven werken aan de eigen veroordeling. Dit wordt in deze bijdrage betwijfeld.

De opzet van de bijdrage is als volgt. In paragraaf 2 worden de rechtsgronden besproken van het *nemo tenetur*-beginsel en het zwijgrecht zoals die thans worden erkend in de rechtspraak en literatuur. Paragraaf 3 zoomt in op de persoonlijke autonomie en privacy als herijkte rechtsgronden van deze verdedigingsrechten. In paragraaf 4 volgen enkele afsluitende opmerkingen.

## 2. Rechtsgronden van *nemo tenetur* en het zwijgrecht onder positief recht

Het *nemo tenetur*-beginsel behelst het recht van verdachten om niet aan de eigen veroordeling te hoeven meewerken. Ofwel, een recht om gevrijwaard te blijven van

gedwongen zelfbeschuldiging.<sup>8</sup> Een dergelijk onvoorwaardelijk recht of beginsel, inhoudende dat een verdachte op geen enkele wijze kan worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal, kent het Nederlands recht niet.<sup>9</sup> Wel vloeit uit artikel 29 lid 1 Sv voort dat een verdachte niet mag worden verplicht te verklaren over zijn betrokkenheid bij een strafbaar feit. Lid 2 van deze bepaling garandeert het zwijgrecht.

Hoewel het *nemo tenetur*-beginsel dus niet expliciet is verankerd in ons nationale strafprocesrecht, is dit beginsel wel degelijk van belang voor de normering van de Nederlandse strafrechtspleging. In artikel 6 EVRM ligt namelijk besloten dat, in geval van een *criminal charge*, aan de verdachte het zwijgrecht en het recht tegen zelfincriminatie toekomen.<sup>10</sup> Voorts bepaalt artikel 7 van Richtlijn (EU) 2016/343 dat de lidstaten ervoor zorgdragen dat verdachten het recht hebben om te zwijgen en om zichzelf niet te belasten. Deze rechten impliceren dat de bevoegde autoriteiten verdachten niet tegen hun wil mogen dwingen informatie te verstrekken.<sup>11</sup> Voor de materiële uitwerking van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel sluit de richtlijn aan bij de rechtspraak van het EHRM.<sup>12</sup>

Het EHRM beschouwt het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel in hun onderlinge samenhang.<sup>13</sup> Beide maken deel uit van de kern van het recht op een eerlijk

proces in de zin van artikel 6 EVRM.<sup>14</sup> Ten aanzien van de rechtsgronden overweegt het EHRM dat:

*'Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6.'*<sup>15</sup>

In hun *dissenting opinion* bij het arrest *Saunders/VK* vermoeden Martens en Kuris nog een derde, onuitgesproken ratio: het respecteren van de autonomie van verdachten.<sup>16</sup> In de nationale literatuur is het samenspel van deze drie perspectieven als rechtvaardiging van het zwijgrecht en *nemo tenetur*-beginsel min of meer geaccepteerd – dat wil dus zeggen: (1) het voorkomen van ongeoorloofde dwang, (2) het voorkomen van onterechte veroordelingen en (3) de autonomie van verdachten.<sup>17</sup> Deze rechtsgronden worden hieronder kort nader besproken.

### 1. Voorkomen ongeoorloofde dwang

De eerstgenoemde rechtsgrond houdt vanuit historisch oogpunt verband met het folterverbod en, breder, met de notie van menselijke waardigheid.<sup>18</sup> Vermoed wordt dat het zwijgrecht en *nemo tenetur*-beginsel zijn ontstaan uit weerzin tegen onderzoeksmethoden zoals de pijnbank.<sup>19</sup> Volgens Van Veen strekt artikel 29 Sv in de kern tot het

## Zeker in een tijdperk waarin digitale en andere technologische opsporingsmethoden zich steeds verder ontwikkelen, is aandacht voor de rechtsgronden van het eeuwenoude zwijgrecht en *nemo tenetur*-beginsel van belang

### Auteur

1. Mr. S.L.T.J. Ligthart is promovendus, Tilburg University, Department of Criminal Law.

### Noten

2. [www.empriseproject.org](http://www.empriseproject.org).
3. Zie zeker het bijzondere nummer dat aan dit project werd gewijd in het *NJECL*: A. Beazley & A. Pivaty, 'The right to silence in pre-trial investigations', *NJECL* 2021, OnlineFirst, doi: [org/10.1177/20322844211028320](https://doi.org/10.1177/20322844211028320).
4. A. Pivaty, P. ter Vrugt & D. de Vocht, *EmpRiSe Netherlands: Policy Report*, 2021 (te raadplegen via [www.empriseproject.org/policy-briefs/](http://www.empriseproject.org/policy-briefs/)), p. 1, 3-4. Zie ook P. ter Vrugt, 'A pragmatic attitude: The right to silence in the Netherlands', *NJECL* 2021, OnlineFirst, doi: [org/10.1177/20322844211028312](https://doi.org/10.1177/20322844211028312).
5. Pivaty, Ter Vrugt & De Vocht 2021, p. 1, 15.

6. D.A.G. van Toor, 'Het nemo-tenetur-beginsel bij digitale opsporingsbevoegdheden: oproep tot discussie over fundamentele bezinning van de normering van het opsporingsonderzoek in een digitale context', *TBS&H* 2021, nr. 2, p. 89-100.
7. Zie ook S. Ligthart & G. Meynen, 'Zwijgen in de 21<sup>e</sup> eeuw: tijd voor herbezinning op het recht tegen zelfincriminatie?' in: T. Kooijmans e.a. (red.), *Op zoek naar evenwicht* (liber amicorum Marc Groenhuijsen), Deventer: Wolters Kluwer 2021; S.L.T.J. Ligthart, 'Neurotechnieken in het strafrecht: perspectieven op rechtsbescherming', *DD* 2021/52.
8. A-G Bleichrodt in zijn conclusie voor HR 13 oktober 2020, *NJ* 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes, par. 27.
9. HR 13 oktober 2020, *NJ* 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 7.2; G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers & T. Kooijmans, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 316.

10. HR 13 oktober 2020, *NJ* 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 7.2.

11. Richtlijn (EU) 2016/343, overweging 27; A. Pivaty e.a., 'Opening Pandora's box: The right to silence in police interrogations and the Directive 2016/343/EU', *NJECL* 2021, OnlineFirst, doi: [org/10.1177/20322844211028304](https://doi.org/10.1177/20322844211028304).

12. Idem.
13. A-G Bleichrodt in zijn conclusie voor HR 13 oktober 2020, *NJ* 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes, par. 27.
14. EHRM (GK) 13 september 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09 (*Ibrahim e.a./VK*), par. 266; EHRM (GK) 1 juni 2010, 22978/05 (*Gäfgen/Duitsland*), par. 168.

15. Idem.
16. Martens en Kuris in EHRM (GK), 17 december 1996, 19187/91 (*Saunders/VK*), par. 9.
17. Bijvoorbeeld A-G Bleichrodt in zijn conclusie voor HR 13 oktober 2020, *NJ*

- 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes, par. 31; Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 316; L. Stevens, 'Gedwongen biometrische toegangsverschaffing is niet in strijd met nemo tenetur', *NJB* 2019/315, p. 401; D.A.G. van Toor, *Het schuldige geheugen?* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 391-409; L.C.A. Wijsman, *Nemo tenetur in belastingzaken* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 91-92; E.J. Koops & L. Stevens, 'J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond nemo tenetur', *DD* 2003, afl. 3, p. 286. Zie ook D.J. Harris e.a., *Harris, O'Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, New York: OUP 2018, p. 423.
18. Koops & Stevens 2003, p. 286 en voetnoot 17.
19. Th.W. van Veen, 'Sprakplicht en zwijgrecht', *DD* 1979, afl. 12, p. 689; B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 204.



© CSA Images / Getty images

voorkomen van ondervragingsmethoden die zouden kunnen leiden tot foltering.<sup>20</sup> Het beoogt te beletten dat verdachten de duimschroeven worden aangezet.<sup>21</sup> De autoriteiten moeten zich onthouden van onoorbare middelen om de verdachte ongewild bewijsmateriaal te laten produceren.<sup>22</sup> Een schoolvoorbeeld van een schending van het recht tegen zelfincriminatie overwegend vanwege de aard en mate van dwang, is de zaak *Jalloh/Duitsland*,<sup>23</sup> waar aan klager onder dwang en in strijd met artikel 3 EVRM braakmiddel werd toegediend ter verkrijging van een ingeslikt bolletje cocaïne.<sup>24</sup>

## 2. Voorkomen onterechte veroordelingen

Nauw verwant aan het voorkomen van ongeoorloofde dwang, is het belang van betrouwbaar bewijs en, breder, van de materiële waarheidsvinding.<sup>25</sup> Dit belang wordt bedreigd als verdachten worden gedwongen mee te werken aan het produceren van bewijsmateriaal. Toepassing van dwang kan ertoe leiden dat verdachten precies die informatie aanleveren die de strafvorderlijke autoriteiten beogen te verkrijgen, vooral als het gaat om een afgedwongen verklaring.<sup>26</sup> Dit vergroot het risico op onterechte veroordelingen. Zoals het EHRM opmerkt over verklaringen die zijn verkregen in strijd met artikel 3 EVRM: *'experience has all too often shown that the victim of torture will say anything – true or not – as the shortest method of freeing himself from the torment of torture.'*<sup>27</sup>

## 3. De autonomie van verdachten

De gedachte achter deze rechtsgrond is dat de verdachte vrij moet zijn in het bepalen van zijn eigen proceshouding.<sup>28</sup> Verdachten mogen dus niet worden gedwongen om mee te werken aan de eigen veroordeling. In de Nederlandse literatuur wordt deze rechtsgrond ook wel nader gespecificeerd als het respecteren van de 'proces-

autonomie' van verdachten. Ofwel: de vrijheid van de verdachte om zijn proceshouding naar eigen inzicht vorm te geven.<sup>29</sup> Deze ratio echoot de idee van een accusatoir strafproces, waar de nadruk ligt op de verdachte als procespartij.<sup>30</sup> Het respecteren van de autonomie van verdachten komt ook impliciet tot uitdrukking in de rechtspraak van het EHRM. Volgens het Hof strekt het recht tegen gedwongen zelfincriminatie namelijk primair tot het respecteren van de keuzevrijheid van verdachten om al dan niet te zwijgen. Het openbaar ministerie moet zelfstandig bewijsmateriaal verzamelen, zonder de wil van de verdachte om hieraan niet mee te werken te minachten.<sup>31</sup>

## 3. Persoonlijke autonomie en privacy als herijkte rechtsgronden van *nemo tenetur* en het zwijgrecht?

### 3.1. Inleiding

(Hoe) kunnen we het recht van verdachten om te zwijgen en niet te hoeven meewerken aan de eigen veroordeling juridisch en moreel rechtvaardigen? Welke rechtsgronden overtuigen het meest? Deze vragen zijn niet nieuw. Vooral in de Engelstalige literatuur wordt al jarenlang gediscussi-

**(Hoe) kunnen we het recht van verdachten om te zwijgen en niet te hoeven meewerken aan de eigen veroordeling juridisch en moreel rechtvaardigen?**

eerd over de rechtvaardiging van het recht tegen gedwongen zelfbeschuldiging.<sup>32</sup> Recente ontwikkelingen in technologische opsporingsmethoden geven aanleiding deze discussie nu ook te betrekken op de Nederlandse context.<sup>33</sup>

In het licht van die ontwikkelingen, en met het oog op het beteugelen van de 'onverzadigbare datahonger' van de strafvorderlijke autoriteiten, zou het *nemo tenetur*-beginsel volgens Van Toor primair moeten strekken tot het beschermen van privé-informatie.<sup>34</sup> Dit zou betekenen dat 'bij de toetsing van een eventuele schending van het *nemo tenetur*-beginsel rekening moet worden gehouden met de hoeveelheid en inhoud van de verkregen informatie (waarmee [Van Toor] niet de potentieel incriminerende inhoud bedoel[t], maar de relevantie van die inhoud voor de persoonlijke levenssfeer).<sup>35</sup> In een dergelijke benadering maakt het voor de toepassing van *nemo tenetur* bijvoorbeeld niet langer uit of een verdachte wordt verplicht zijn smartphone te ontgrendelen via een wachtwoord of met zijn vingerafdruk: via beide wegen wordt onder dwang dezelfde persoonlijke informatie verkregen, hetgeen bescherming van het *nemo tenetur*-beginsel zou moeten rechtvaardigen, aldus Van Toor.<sup>36</sup>

Pivaty, Ter Vrugt & De Vocht doen een vergelijkbare suggestie. Ter afronding van het EmpRise-project stellen zij in het rapport voor Nederland dat: *'[the right to silence] and the privilege against self-incrimination should be grounded more explicitly in the rationales of protecting personal autonomy and privacy of the suspect as a requirement of procedural fairness in legislation and case law. The current approach is highly instrumentalist, inappropriately narrow when compared to ECtHR standards and EU law, and is not "future-proof", as it does not adequately respond to current threats to personal autonomy and privacy caused for example by the rise in digital investigations. (...) The privilege should additionally be grounded in the "means-based" criterion, such as the required degree of suspect's cooperation and/or of interference with the suspect's privacy. On this reading, contents of a smartphone, for instance, should be protected by the privilege.'*<sup>37</sup>

Moderne opsporingsmethoden, zoals de biometrische ontgrendeling van gegevensdragers, kunnen inderdaad op nieuwe manieren ingrijpen in de privacy en persoonlijke autonomie van verdachten. Dit brengt uitdagingen met zich voor het bieden van adequate rechtsbescherming in de huidige strafrechtspiegeling.<sup>38</sup> Het is even-

## Burgers kunnen in allerlei procedures worden verplicht informatie te onthullen die ze liever voor zichzelf houden

wel de vraag of we die uitdagingen moeten adresseren door de rechtsgronden van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel te herijken en door in dat verband meer nadruk te leggen op privacy en persoonlijke autonomie. Beide rechtsgronden komen hieronder achtereenvolgens aan bod, te beginnen met privacy als specificatie van persoonlijke autonomie.

### 3.2. Privacy

De gedachte dat privacy en de bescherming van privé-informatie de primaire rechtsgrond vormen van het zwijgrecht en het recht tegen gedwongen zelfbeschuldiging bestaat al langer. Reeds in 1970 deed Gerstein een poging om het Amerikaanse *privilege against self-incrimination* te rechtvaardigen door een beroep te doen op privacy.<sup>39</sup> Deze rechtsgrond roept evenwel onmiddellijk vragen op. Ten eerste: waarom verdient de privacy van verdachten striktere rechtsbescherming via het zwijgrecht en *nemo tenetur* in vergelijking met de privacy van niet-verdachten? Burgers kunnen in allerlei procedures worden verplicht informatie te onthullen die ze liever voor zichzelf houden. Te denken valt aan belastingprocedures, scheidingszaken,<sup>40</sup> en aan de getuige die onder ede een verklaring moet afleggen.<sup>41</sup> In dergelijke procedures geldt het zwijgrecht niet en moet de burger het doen met de relatieve bescherming van het algemene recht op privacy.

Om dit verschil in privacy-bescherming te rechtvaardigen, zou men kunnen wijzen op de belangen die op het spel staan in het strafrecht. Anders dan in civiele en fiscale procedures, zal de verplichting om persoonlijke informatie te openbaren in een strafproces niet zelden leiden tot een strafrechtelijke veroordeling, de oplegging van een straf of maatregel, en een strafblad. Betoogd kan worden dat deze potentiële gevolgen van het delen van

20. Th.W. van Veen in zijn noot bij HR 19 september 1989, NJ 1990/53, par. 2.

21. Van Veen 1979, p. 689. Vgl. Martens en Kuris in *Saunders/VK*, par. 8.

22. Koops & Stevens 2003, p. 286.

23. EHRM (GK) 11 juli 2006, appl.no. 54810/00 (*Jalloh/Duitsland*).

24. Zie L. Stevens, 'Het nemo-teneturbeginsel als containerbegrip? Een beschouwing van de koers van het EHRM naar aanleiding van het Jalloh-arrest', DD 2007/54, p. 693.

25. Koops & Stevens 2003, p. 287.

26. Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 316.

27. EHRM 17 januari 2012, appl.no.

8139/09 (*Othman (Abu Qatada)/VK*), § 264.

28. Martens en Kuris in *Saunders/VK*, par. 9.

29. L. Stevens, *Het nemo-teneturbeginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip* (diss. Tilburg), Nijmegen: WLP 2005, p. 145-146; Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 316.

30. Koops & Stevens 2003, p. 287.

31. *Ibrahim e.a./VK*, par. 266.; EHRM 5 november 2002, appl.no. 48539/99 (*Allan/VK*), par. 50. Vgl. A-G Bleichrodt in zijn conclusie voor HR 13 oktober 2020, NJ 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes, par. 30.

32. Bijvoorbeeld R.S. Gerstein, 'Privacy and Self-incrimination', *Ethics* 1970, 80(2), p.

87-101; D.J. Galligan, 'The Right to Silence Reconsidered', *Curr. Leg. Probl.* 1988, 41(1), p. 89; M. Redmayne, 'Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination', *Oxf. J. Leg. Stud.* 2007, 27(2); J. Jackson, 'Re-conceptualizing the Right of Silence as an

Effective Fair Trial Standard', *Int Comp Law Q* 2009, 58(4); S. Lamberigts, 'The Privilege against Self-incrimination: A Chameleon of Criminal Procedure', *NJECL* 2016, 7(4).

33. Van Toor 2021; Ligthart & Meynen

2021.

34. Van Toor 2021, p. 98-99.

35. Idem, p. 99.

36. Idem.

37. Pivaty, Ter Vrugt & De Vocht 2021, p. 15-16.

38. *Kamerstukken II* 2020/21, 32761, 174 (Kamerbrief Privacy en opsporing); Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk (Commissie-Koops), *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018; Ligthart 2021.

39. Gerstein 1970. Zie ook Galligan 1988.

40. Zie bijvoorbeeld art. 21 en 22 Rv.

41. Ligthart 2021, p. 677; Lamberigts 2016, p. 427.

privé-informatie ernstiger ingrijpen in de belangen van het individu dan het geval is in andere rechtsgebieden, zoals in het civiele en belastingrecht. Dit zou kunnen pleiten voor striktere bescherming van de vrijheid om persoonlijke informatie niet te delen als verdachte in een strafproces.<sup>42</sup>

Dit argument lijkt evenwel niet te overtuigen. Ook in andere procedures kan het delen van persoonlijke informatie diep ingrijpen in de belangen van de betrokkene. Denk bijvoorbeeld aan een procedure voor de kinderrechter, waar een informatie- en waarheidsplicht kunnen leiden tot het verlies van ouderlijk gezag. Velen zullen het verlies van dat gezag ervaren als een bijzonder ernstige inbreuk op hun persoonlijke belangen – vermoedelijk veel ernstiger dan een veroordeling wegens, bijvoorbeeld, diefstal van een reep chocolade en de oplegging van een boete van zo'n € 100. Niettemin heeft elke verdachte het recht om te zwijgen en zichzelf niet te belasten. Ouders in een gezagsprocedure hebben dat recht niet. Naar het mij voorkomt kan dit verschil niet worden gerechtvaardigd door een beroep op privacy.

Maar laten we er, *for the sake of the argument*, van uitgaan dat de belangen die in het strafrecht op het spel staan inderdaad striktere privacy-bescherming rechtvaardigen dan in andere procedures. Dan roept dit meteen een tweede vraag op: (waarom) moet die striktere *privacy*-bescherming worden geboden via het zwijgrecht en *nemo tenetur*, en niet via de reguliere rechtsnormen die het privéleven en persoonsgegevens beogen te beschermen en daarmee het strafprocesrecht normeren? Artikel 8 EVRM en 10 Grondwet garanderen een algemeen recht op privacy en beslaan de bescherming van persoonsgegevens.<sup>43</sup> Wat rechtvaardigt dan die extra, striktere *privacy*-bescherming in het strafrecht via het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel?<sup>44</sup>

Van Toor stelt in dit verband terecht dat met de meeste opsporingshandelingen informatie wordt verzameld over de verdachte, hetgeen in de regel inbreuk maakt op het recht op respect voor privacy. Volgens Van Toor ligt het 'daarmee voor de hand om de privacy-inbreukmakende opsporingshandelingen te zien als een *mean* waartegen het *nemo tenetur*-beginsel bescherming dient te bieden.<sup>45</sup> Zeker in het licht van recente ontwikkelingen in digitale en andere technologische opsporingsmethoden is de roep om striktere *privacy*-bescherming begrijpelijk. Maar zou het misschien niet (nog) meer voor de hand liggen om die bescherming vorm te geven vanuit de kaders die daartoe reeds expliciet strekken? Bijvoorbeeld via een herijking of versteviging van het recht op privacy?<sup>46</sup> Zo kunnen wetgever en rechtspraak in hun belangenafweging onder artikel 10 Grondwet en 8 EVRM voortaan meer waarde toekennen aan de (privacy)belangen van verdachten in strafzaken. Die belangen zullen zij voorts moeten afwegen tegen het maatschappelijk belang

van criminaliteitsbestrijding. Een dergelijke aanpak kan leiden tot een fijnmazig(er) stelsel van strikte en minder strikte *privacy*-bescherming ten aanzien van verschillende type opsporingsmethoden. Deze ruimte bieden het zwijgrecht en *nemo tenetur*-beginsel niet, althans in veel mindere mate. Het zwijgrecht uit artikel 29 lid 2 Sv is absoluut geformuleerd.<sup>47</sup> En over de afweging van belangen onder het *nemo tenetur*-beginsel overweegt het EHRM dat '[p]ublic-interest concerns cannot justify measures which extinguish the very essence of an applicant's defence rights, including the privilege against self-incrimination guaranteed by Article 6 of the Convention.'<sup>48</sup>

Artikel 10 Grondwet en 8 EVRM verplichten de Staat om de *privacy* van burgers adequaat te beschermen. Tegelijkertijd rust op diezelfde Staat ook de verplichting om het strafrecht vorm te geven op een wijze die bijdraagt aan de effectieve opsporing en bestraffing van criminaliteit.<sup>49</sup> Dit vergt een contante zoektocht naar evenwicht. Ik betwijfel of het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel de meest geëigende kaders zijn waarbinnen we dat evenwicht kunnen vinden.

Inderdaad, deze verdedigingsrechten, met wortels tot in de late middeleeuwen,<sup>50</sup> zijn van groot belang voor het bieden van adequate rechtsbescherming tegen de strafvorderlijke overheid. Dit was zeker het geval in tijden waarin politie en justitie grotendeels afhankelijk waren van de verklaring die de verdachte aflegde. Maar de samenleving verandert, net zoals het arsenaal aan opsporingsbevoegdheden. Nieuwe onderzoeksmethoden, zoals DNA-onderzoek, biomedische ontgrendeling van smartphones, en het vergaren en analyseren van metadata roepen nieuwe vragen op, met name over *privacy* en de bescherming van persoonsgegevens. Maar moeten we die vragen proberen te beantwoorden door krampachtig vast te houden aan het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel, om daarmee problemen te reguleren die in de kern andersoortig zijn? Of zouden we misschien beter kunnen accepteren dat de centrale positie van het zwijgrecht en *nemo tenetur* anno 2021 enigszins wordt gerelativeerd door de opkomst van moderne onderzoeksmethoden, en dat anders dan voorheen het recht op *privacy* een steviger en meer centrale rol zal gaan innemen in de bescherming van de belangen van verdachten die vandaag de dag op het spel staan in het strafproces?

### 3.3. Persoonlijke autonomie

De discussie over de rol van autonomie als rechtsgrond van het zwijgrecht en *nemo tenetur* is eveneens niet nieuw.<sup>51</sup> In hun *dissenting opinion* bij het arrest *Saunders/VK* waren Martens en Kuris al kritisch over het belang van persoonlijke autonomie als rechtvaardiging van het recht tegen gedwongen zelfbeschuldiging. Zij betoogden dat we de rol van autonomie in dit verband niet moeten overschatten. Om criminaliteit effectief te bestrijden moeten

**Of zouden we misschien beter kunnen accepteren dat de centrale positie van het zwijgrecht en *nemo tenetur* anno 2021 enigszins wordt gerelativeerd?**

politie en justitie nu eenmaal de mogelijkheid hebben om verdachten tot op zekere hoogte te dwingen bepaalde informatie aan te leveren.<sup>52</sup>

Die mogelijkheden biedt ons strafprocesrecht ook. Te denken valt aan de verplichte biomedische ontgrendeling van een smartphone,<sup>53</sup> de verplichting om mee te werken aan DNA-onderzoek,<sup>54</sup> aan een Osloconfrontatie,<sup>55</sup> een schrijftest<sup>56</sup> en aan een blaastest voor alcoholcontrole.<sup>57</sup> Dergelijke onderzoeksmethoden vallen in principe buiten de reikwijdte van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel.<sup>58</sup> Dit is ook begrijpelijk in het licht van de eerste twee ratio's die thans worden erkend in de rechtspraak en literatuur: het tegengaan van ongeoorloofde dwang en het streven naar betrouwbaar bewijs. De hier genoemde onderzoeksmethoden leiden in de regel niet tot fysieke of psychologische schade, noch behelzen zij anderszins een inbreuk op de menselijke waardigheid van de verdachte. Zij zijn van een heel andere orde dan de pijnbank, duimschroef en het onder dwang toedienen van braakmiddel. Bovendien leveren zij in de meeste gevallen objectief en betrouwbaar bewijsmateriaal op. Tegelijkertijd is het evident dat de genoemde verplichtingen een inperking vormen op de persoonlijke autonomie van verdachten.<sup>59</sup> Onder het huidige recht weegt die inperking evenwel niet zwaar genoeg om de strikte bescherming van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel te rechtvaardigen.

Met de versteviging van autonomie als rechtsgrond van het zwijgrecht en *nemo tenetur* zou dit kunnen veranderen. Immers, als de bescherming van persoonlijke autonomie de kern en grondslag vormt van het recht om te zwijgen en niet mee te hoeven werken aan de eigen veroordeling, dan zal aan elke autonome keuze van de verdachte een vergelijkbare mate van rechtsbescherming moeten toekomen. Het maakt dan niet langer uit of het gaat om de autonome keuze om te zwijgen of om de autonome keuze om de smartphone van verdachte niet biometrisch te (laten) ontgrendelen; om niet mee te werken aan een blaastest, of om geen DNA-materiaal af te staan. Met de bescherming van persoonlijke autonomie als leidende rechtsgrond dienen het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-

beginsel te garanderen dat al deze autonome keuzes worden gerespecteerd. In de woorden van Martens en Kuris: *'respect for human dignity and autonomy requires that every suspect should be completely free to decide which attitude he will adopt with respect to the criminal charges against him.'*<sup>60</sup>

Het is de vraag of dit een wenselijke uitkomst is. In de afronding van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 betwijfelden ook Groenhuijsen & Knigge of de persoonlijke autonomie als brede en onbepaalde grondslag een zo absolute claim op vrijheid in het strafproces wel kan dragen.<sup>61</sup> Persoonlijke autonomie is een belangrijke ethische waarde en een centrale notie in de normering van het strafprocesrecht,<sup>62</sup> vooral over de band van privacy-rechten zoals artikel 8 EVRM.<sup>63</sup> Tegelijkertijd is het ook precies het strafprocesrecht dat het *inperken* van de autonomie van verdachten in veel gevallen legitimeert. Misschien dat we het belang van persoonlijke autonomie dus ook niet moeten overdrijven, althans niet als rechtsgrond voor de strikte normering die uitgaat van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel.<sup>64</sup>

Ook het EHRM lijkt de notie van persoonlijke autonomie niet beslissend te achten in de toepassing van het recht tegen gedwongen zelfbeschuldiging. Dit komt met name tot uitdrukking in rechtspraak over de verplichting van kentekenhouders om te verklaren over de identiteit van de bestuurder ten tijde van een geregistreerde verkeersovertreding.<sup>65</sup> In die zaken steunt de werking van het *nemo tenetur*-beginsel hoofdzakelijk op de autonomie van de kentekenuhouder om de gevraagde informatie niet te delen.<sup>66</sup> Maar die autonomie blijkt niet sterk genoeg om effectieve bescherming te rechtvaardigen tegen het afleggen van een gedwongen verklaring:

*'The Court accepts that the compulsion was of a direct nature, as was the compulsion in other cases in which fines were threatened or imposed for failure to provide information. (...) The Court notes that, although both the compulsion and the underlying offences were "criminal" in nature, the compulsion flowed from the fact (...) that "[a]ll who own or drive*

42. Redmayne 2007, p. 226.

43. Zie ook de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens en Richtlijn (EU) 2016/680. Voorts zij gewezen op artikel 10 EVRM, waarvan een algemeen recht om allerlei informatie niet te delen kan worden afgeleid: Harris e.a. 2018, p. 595.

44. J.D. Jackson & S.J. Summers, *The Internationalization of Criminal Evidence*, New York: CUP 2012, p. 268; Ligthart 2021, p. 677.

45. Van Toor 2021, p. 99.

46. Vgl. B.J. Koops, H. van Schooten & M. Prinsen, *Recht naar binnen kijken*, Den Haag: Sdu 2004.

47. Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 318.

48. EHRM (GK) 10 maart 2009, 4378/02 (*Bykov/Rusland*), § 93. Vgl. Wijsman 2017,

p. 215-223.

49. Bijv. EHRM 22 juni 2021, 22597/16 (*R.B./Spanje*), § 78-84. Zie ook P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen WLP 2008.

50. Stevens 2005, p. 40.

51. Bijvoorbeeld M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, 'Afronding en verantwoording. Algemeen deel', in M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 51.

52. Martens en Kuris in *Saunders/VK*, onder 10.

53. HR 13 oktober 2020, *NJ* 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes.

54. Art. 151b Sv.

55. Art. 61a lid 1 onder c Sv.

56. Art. 61a lid 1 Sv; *Kamerstukken II* 1990/2000, 26983, nr. 3, p. 26.

57. Art. 55e Sv; art. 163 WvW.

58. Commissie Koops 2018, p. 105; *Saunders/VK*, § 69.

59. Vgl. Jackson & Summers 2012, p. 269.

60. Martens en Kuris in *Saunders/UK*, par. 19.

61. Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 51.

62. R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

63. Persoonlijke autonomie is 'an important principle underlying the interpretation of the Article 8 guarantees': EHRM (GK) 5 september 2017, 61496/08 (*Bărbulescu/Roemenië*), § 70.

64. Zie ook Martens en Kuris in *Saunders/*

*VK*, onder 10; Ligthart 2021, p. 677.

65. Vgl. Jackson & Summers 2012, p. 273-275. Zie onder meer EHRM (GK) 29 juni 2007, 15809/02, 25624/02 (*O'Halloran en Francis/VK*); EHRM 10 januari 2008, 58452/00, 61920/00 (*Lückhof and Spanner/Oostenrijk*); EHRM 24 maart 2005, 63207/00 (*Rieg/Oostenrijk*).

66. De mate van dwang in dit soort zaken is relatief beperkt. Het gaat daarbij om dreiging met een boete van zo'n € 2000. Die dwang zal het risico op een onterechte veroordeling van de kentekenuhouder in de regel niet vergroten. Hem wordt enkel gevraagd wie de bestuurder was ten tijde van de verkeersovertreding. De opdracht is niet 'verklaar dat u bestuurder was of u krijgt een boete'. Vgl. *Lückhof and Spanner/Oostenrijk*, § 55; *Rieg/Oostenrijk*, § 31-32.

*motor cars know that by doing so they subject themselves to a regulatory regime. (...) Those who choose to keep and drive motor cars can be taken to have accepted certain responsibilities and obligations as part of the regulatory regime relating to motor vehicles, and in the legal framework of the United Kingdom these responsibilities include the obligation, in the event of suspected commission of road-traffic offences, to inform the authorities of the identity of the driver on that occasion. (...) [T]he essence of the applicants' right to remain silent and their privilege against self-incrimination has not been destroyed.*<sup>67</sup>

Wederom: autonomie is een belangrijk concept, zeker ook in de rechtspraak van het EHRM, maar bij het afdwingen van een verklaring van kentekenhouders weegt het belang

## Versteviging van autonomie als rechtsgrond van verdedigingsrechten zal eerst vragen om verduidelijking van dit brede en onbepaalde concept in de context van het strafprocesrecht

van de effectieve handhaving van het wegenverkeersrecht kennelijk toch zwaarder.<sup>68</sup> Het is de vraag in hoeverre een dergelijke afweging nog mogelijk is met de persoonlijke autonomie als leidende rechtsgrond van het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel.<sup>69</sup>

Ten slotte is van belang dat persoonlijke autonomie allesbehalve een eenduidig concept is.<sup>70</sup> Versteviging van autonomie als rechtsgrond van verdedigingsrechten zal eerst vragen om verduidelijking van dit brede en onbepaalde concept in de context van het strafprocesrecht. Ook de notie van 'procesautonomie' lijkt onvoldoende houvast te bieden als grondslag van het zwijgrecht en *nemo tenetur*-beginsel. Die autonomie – ofwel de vrijheid van verdachten om de eigen proceshouding zelfstandig te bepalen – is eveneens breed en onbepaald in de zin dat het zo goed als elke keuze van de verdachte in het strafproces beslaat, terwijl ook procesautonomie telkens zal moeten worden afgewogen tegen het belang van materiële waarheidsvinding.<sup>71</sup> Mogelijk dat Stevens' 'communicatieve autonomie' meer richting biedt,<sup>72</sup> waarbij wel meteen de vraag opkomt in hoeverre de inhoudelijke communicatievrijheid als rechtsgrond van het zwijgrecht en *nemo*

*tenetur* zal leiden tot een bredere en stevigere mate van rechtsbescherming dan thans door deze rechten geboden wordt.<sup>73</sup> Het zoeken naar een afgebakende, richtinggevend definitie van persoonlijke autonomie in het strafproces gaat het bestek van deze bijdrage ver te buiten. Maar die zoektocht is zeker van belang voor de discussie over de rechtsgronden van het zwijgrecht en *nemo tenetur*.

### 4. Afsluitende opmerkingen

Het strafprocesrecht beoogt te bevorderen dat het materiële strafrecht enkel wordt toegepast op de werkelijk schuldigen, terwijl de rechten en vrijheden van verdachten worden gerespecteerd.<sup>74</sup> Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Idealiter zijn deze twee aspecten met elkaar in evenwicht.<sup>75</sup> We willen niet te veel en zeker geen ongelimiteerde bevoegdheden toekennen aan de strafvorderlijke overheid. Maar we willen ook niet te veel nadruk op rechtsbescherming, hetgeen de effectieve opsporing, berechting en bestraffing van criminaliteit ernstig zou kunnen ontwrichten. Ontwikkelingen in digitale en andere technologische opsporingsmethoden geven aanleiding om de verhouding tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming weer eens kritisch tegen het licht te houden.<sup>76</sup>

Met een focus op het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel deden Van Toor en de onderzoekers van het EmpRIse-project in dit verband waardevol werk. Zij betogen om deze verdedigingsrechten steviger en explicieter te laten steunen op de bescherming van privacy en persoonlijke autonomie van verdachten. In deze bijdrage is betoogd dat met privacy en autonomie als primaire rechtsgronden van het zwijgrecht en *nemo tenetur*-beginsel de balans tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming mogelijk zou kunnen doorslaan – in het voordeel van rechtsbescherming, ten koste van de effectieve bestrijding van criminaliteit. Deze uitkomst lijkt onwenselijk en moeilijk te rechtvaardigen. Meer onderzoek en discussie zijn zeker gewenst, waarbij in het bijzonder ook aandacht zou kunnen bestaan voor het zoeken naar een afgebakende definitie van persoonlijke autonomie als normerende waarde in het strafproces. •

67. O'Halloran en Francis/VK, § 57, 62.

68. Dissenting opinion Meyjer, O'Halloran en Francis/VK, par. 6-7; Jackson & Summers 2012, p. 269, 274.

69. Het EHRM erkent enkel het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het voorkomen van onterechte veroordelingen expliciet als ratio's van het recht tegen gedwongen zelfbeschuldiging.

70. J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Volume 3: Harm to Self*,

New York: OUP 1989, hfdst. 18; J. Pugh, *Autonomy, Rationality, and Contemporary Bioethics*, New York: OUP 2020, hfdst. 1.

71. Vgl. Stevens 2005, p. 153, 155, 167.

72. Stevens 2005, p. 156-157.

73. Vgl. Stevens 2005, p. 157-160

74. Vgl. Memorie van Toelichting Wetboek van Strafvordering, Ambtelijke versie juli 2020, p. 8.

75. Foqué & 't Hart 1990.

76. Zie ook Van Toor 2021, p. 98.