

**Een onderzoek naar de conformiteit van gedwongen biometrische
toegangsverschaffing en handschrift- en spraakvergelijkend onderzoek met
het nemo-teneturbeginsel in het licht van zijn onderliggende grondslagen**

Masterscriptie Strafrecht
Universiteit Utrecht

Student: Sanne Mabrouk

Studentnummer: 5873053

Begeleider: mr. Rob ter Haar

Tweede lezer: mr. Hestia van Stein Callenfels

Datum: 2 juli 2021

Aantal woorden: 19.165

Inhoudsopgave	
Lijst van gebruikte afkortingen	5
Inleiding	6
Hoofdstuk 1. Het nemo-teneturbeginsel en de conceptwetsvoorstellen van het Wetboek van Strafvordering	10
1.1 Conceptwetsvoorstellen	10
1.1.1 Conceptwetsvoorstel handschrift- en spraakvergelijkend onderzoek	10
1.1.2 Conceptwetsvoorstel biometrische toegangsverschaffing	10
1.2 Het nemo-teneturbeginsel	11
1.2.1 Betekenis nemo-tenetur	11
1.2.2 Codificatie nemo-tenetur	12
1.2.3 Jurisprudentie nemo-tenetur	13
1.3 Onduidelijke reikwijdte en grondslagen van nemo-tenetur	14
1.3.1 Visie wetgever	14
1.3.2 Visie EHRM	14
1.3.3 Visie Hoge Raad	16
1.3.4 Conclusie	18
Hoofdstuk 2. De onderliggende grondslagen van het nemo-teneturbeginsel	19
2.1 Ratio's van het nemo-teneturbeginsel	19
2.1.1 Betrouwbaarheid bewijs	19
2.1.2 Pressieverbod	20
2.1.3 Procesautonomie	21
2.2 Onderliggende fundamentele waarden	22
2.2.1 Het beschermen van de menselijke waardigheid	23
2.2.1.1 Tegenargumenten	24
2.2.2 Het trilemma-argument	25
2.2.2.1 Tegenargumenten	25
2.2.3 Conclusie	26
2.3 Een afweging van belangen	27
2.3.1 Een relatief recht	27
2.3.2 Belangenafweging	28
Hoofdstuk 3. De reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel in het licht van zijn onderliggende grondslagen	30
3.1 Jalloh-criteria	30
3.1.1 Nature and degree of the compulsion	30
3.1.2 Weight of the public interest	31
3.1.3 Relevant safeguards	32
3.1.4 The use to which the evidence obtained was put	32
3.1.5 Conclusie	32
3.2 Wilsafhankelijk versus wilsonafhankelijk materiaal	32
3.2.1 Interpretatie wetgever	32
3.2.2 Material-based versus means-based	33
3.3 De mate van medewerking	34
3.3.1 Actief meewerken, passief meewerken en dulden	34
3.3.2 Zes vormen van medewerking	35
3.4 Een beoordelingskader voor de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel	35
3.4.1 Zelfbehoud, autonomie en menselijke waardigheid	35
3.4.2 Zes gedachten-experimenten	36

3.3.3.1 Een bekennde verklaring	36
3.3.3.2 Verklaren van een wachtwoord of code	37
3.3.3.3 Een stuk tekst schrijven voor handschrift-vergelijking	37
3.3.3.4 Documenten verzamelen en overhandigen	38
3.3.3.5 Osloconfrontatie	38
3.3.3.6 DNA-afname	39
3.4.3 Reikwijdte	39
3.5 Toetsing aan uitkomsten in concrete zaken	41
3.5.1 Saunders	41
3.5.2 J.B. t. Zwitserland	42
3.5.3 Jalloh	42
3.5.4 Gäfgen	43
3.5.5 Conclusie	44
Hoofdstuk 4: Conformiteit van de conceptwetsvoorstellen met het nemo-teneturbeginsel	46
4.1 Biometrische toegangsverschaffing	46
4.1.1 Memorie van toelichting en advies Commissie-Koops	46
4.1.2 Conformiteit biometrische toegangsverschaffing met het nemo-teneturbeginsel	47
4.2 Handschrift- en spraakvergelijkend onderzoek	47
4.2.1 Memorie van toelichting en advies Commissie-Koops	47
4.2.2 Conformiteit handschrift- en spraakvergelijkend onderzoek met het nemo-teneturbeginsel	49
Conclusie	50
LITERATUURLIJST	53

Lijst van gebruikte afkortingen

AA	Ars Aequi
art.	artikel
artt.	artikelen
bijv.	bijvoorbeeld
DD	Delikt en Delinkwent
diss.	dissertatie
e.a.	en anderen
ECLI	European Case Law Identifier
EU	Europese Unie
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de Mens
HR	Hoge Raad
ICC	International Criminal Court
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
m.b.t.	met betrekking tot
m.n.	met name
m.nt.	met noot
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
no.	number nr. Nummer
o.a.	onder andere
p.	pagina('s) of page(s)
par.	paragraaf
P-G	Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden
red.	redactie
r.o.	rechtsoverweging
Sr	Wetboek van Strafrecht
Sv	Wetboek van Strafvordering
TBS&H	Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving
TFB	Tijdschrift Formeel Belastingrecht
vgl.	vergelijk
Vol.	Volume
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum

Inleiding

Aanleiding en onderwerp onderzoek

In 2014 vond het eerste Congres Modernisering Wetboek van Strafvordering plaats, waar een officieel begin werd gemaakt met de modernisering van het wetboek. Meerdere congressen en consultaties verder werd in juli 2020 de ambtelijke versie van het wetsvoorstel gepubliceerd. In deze ambtelijke versie zijn verschillende wetsvoorstellen gedaan die betrekking hebben op opsporingsbevoegdheden in het strafrecht. Zo is er een voorstel gedaan de verdachte te kunnen verplichten een tekst te schrijven of uit te spreken in het kader van handschrift- en spraakvergelijkend onderzoek. Een ander voorstel is de bevoegdheid te creëren om maatregelen te nemen om biometrische vergrendeling op te heffen. In de literatuur zijn veel vragen gesteld over de conformiteit hiervan met het nemo-teneturbeginsel.¹

Het nemo-teneturbeginsel wordt over het algemeen omschreven als het principe dat niemand is gehouden om mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Voor het opschrijven van een tekst of het uitspreken van iets is echter medewerking van de verdachte nodig. Ook voor biometrische ontgrendeling geldt dat de verdachte nodig is om een smartphone van zijn ontsleuteling te ontdoen. Of de conceptwetsvoorstellen daardoor in strijd zijn met het nemo-teneturbeginsel is afhankelijk van hoe het beginsel gedefinieerd en begrensd wordt en wat de ratio legis van het beginsel is. De normatieve betekenis van het nemo-teneturbeginsel is echter behoorlijk onduidelijk.

Volgens de Hoge Raad geldt 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.”*² Het Europees Hof van de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) heeft vanaf 1993 veel uitspraken gedaan met betrekking tot dit beginsel. De jurisprudentie van het EHRM wordt in de literatuur en de rechtspraak tot op heden echter op verschillende manieren geïnterpreteerd en uitgelegd. Dit is problematisch, omdat het hierdoor onduidelijk is aan de hand van welk theoretisch- en normatief kader de toelaatbaarheid van de conceptwetsvoorstellen die verband houden met het nemo-teneturbeginsel moet worden beoordeeld. Zolang de reikwijdte en ratio legis van het beginsel onduidelijk en/of inconsistent lijkt te worden uitgelegd, is niet goed te beoordelen of de nieuwe wetsvoorstellen toelaatbaar zijn. De conceptwetsvoorstellen voor de Modernisering van het Wetboek van Strafvordering doen de discussie omtrent de interpretatie van het nemo-teneturbeginsel daarom opnieuw opblazen.

¹ Zie o.a. Toor, Van 2018 en Brinkhoff 2019. Beide auteurs menen dat handschrift- en spraakvergelijkend onderzoek op gespannen voet staat met het nemo-teneturbeginsel. Volgens Van Toor zou de verdachte niet fysiek gedwongen mogen worden te schrijven of te spreken (Toor, Van 2018, p. 254). Zie m.b.t. biometrische toegangsverschaffing Bood 2018. Volgens Bood leidt deze voorgestelde bevoegdheid gemakkelijk tot strijd met het nemo-teneturbeginsel (Bood 2018, p. 1).

² HR 15 februari 1977, NJ 1977, 557.

Zoals Koops en Stevens in 2003 reeds betoogden is het erg belangrijk om overeenstemming te bereiken over de grondslagen waarop het beginsel kan worden gebaseerd.³ Hoewel we inmiddels enige jaren (en diverse pogingen) verder zijn, is deze vraag nog steeds niet eenduidig beantwoord. In deze scriptie doe ik een poging bij te dragen aan de fundamentele discussie over de grondslagen van het nemo-teneturbeginsel. Duidelijk moet worden welke grondslagen de basis vormen voor het nemo-teneturbeginsel, zodat een juist theoretisch en normatief kader kan worden gecreëerd om te beoordelen of bepaalde rechtelijke uitspraken of bepaalde wetsvoorstellen die betrekking hebben op het nemo-teneturbeginsel juist zijn. Als we in het licht van de huidige moderniteit deze vraag zouden willen beantwoorden, moeten we mijns inziens met een herwaardering komen van de grondslagen van het beginsel, omdat de discussie nu lijkt te zijn vastgeroest.

Aan de hand van het voorgaande heb ik de volgende onderzoeksvraag geformuleerd:

‘In hoeverre zijn de op het nemo-teneturbeginsel betrekking hebbende conceptwetsvoorstellen voor de Modernisering van het Wetboek van Strafvordering in overeenstemming met het nemo-teneturbeginsel in het licht van de grondslagen van dit beginsel?’

Methoden en aanpak

Voor de ratio legis achter het nemo-teneturbeginsel zal ik te rade gaan bij de literatuur. Op basis van mijn eigen visie hierop zal ik een theoretisch fundament creëren waarmee ik de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel zal bepalen. Dit theoretisch fundament (gestoeld op algemene beginselen) zal ik naast uitkomsten in concrete zaken leggen, om op die manier een oordeel te kunnen geven over de juistheid van deze uitkomsten. Mijn uiteindelijke streven is om aan de hand van gedachte-experimenten een beoordelingskader te creëren en het zogenaamd in ‘reflectief evenwicht’ te brengen van intuïties, beginselen en theorie. Rechterlijke uitspraken zullen daarbij het equivalent zijn van intuïties. Wanneer bepaalde intuïties niet stroken met mijn uitleg van het nemo-teneturbeginsel, moeten of de intuïties of het beginsel worden herzien/geherformuleerd. Op die manier kom ik tot een coherent beoordelingskader om de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel te kunnen bepalen. Deze reflectief-evenwichtsbenadering zorgt ervoor dat het theoretisch fundament aansluit op de concrete context en kan worden toegepast op de rechtspraak.⁴ Aan de hand van mijn beoordelingskader zal ik de toelaatbaarheid van de wetsvoorstellen in het licht van het nemo-teneturbeginsel en zijn grondslagen beoordelen.

³ Koops & Stevens 2003, p. 1.

⁴ Burg, Van der & Pierik 2003, p. 5.

Afbakening

Het onderzoek is op vier manieren afgebakend:

- 1) Het onderzoek beperkt zich tot de toelaatbaarheid van conceptwetsvoorstellen in het licht van het nemo-teneturbeginsel. Niet is uit te sluiten dat de toelaatbaarheid van de conceptwetsvoorstellen in het licht van andere grondrechten en beginselen (zoals het recht op privacy of het recht op lichamelijke integriteit) tot een andere conclusie leidt.
- 2) Het onderzoek beperkt zich tot het nemo-teneturbeginsel in Nederland. Hoewel het nemo-teneturbeginsel wereldwijd is erkend en is terug te vinden in verschillende soorten rechtsstelsels, beslaat dit onderzoek geen rechtsvergelijkend onderzoek. Wel worden buitenlandse bronnen gebruikt die waardevolle inzichten bieden over de grondslagen van het nemo-teneturbeginsel.
- 3) Het onderzoek beperkt zich tot het nemo-teneturbeginsel in het strafrecht en tot de verdachte. Mogelijk heeft het nemo-teneturbeginsel ook zijn gelding in het privaat en bestuursrecht.⁵
- 4) Tot slot worden het belastingrecht en het verkeersrecht buiten beschouwing gelaten, omdat deze doorgaans afwijken en hiervoor uitzonderingen worden gemaakt vanwege maatschappelijke belangen. Ik zal in mijn onderzoek aanstippen waarom er in deze sub-rechtsgebieden voor een andere behandeling van het nemo-teneturbeginsel wordt gekozen, maar het voert in deze scriptie te ver om in te gaan op de consequenties en wenselijkheid hiervan.

Opzet

Hoofdstuk 1 verschaft een algemeen overzicht van de inhoud van de wetsvoorstellen en de relevantie van het nemo-teneturbeginsel. In dit hoofdstuk worden de eerste twee deelvragen beantwoord: *‘Welke concept voorstellen worden er gedaan voor de Modernisering van het Wetboek van Strafvordering die betrekking hebben tot het nemo-teneturbeginsel?’*, en daarnaast: *‘Wat houdt het nemo-teneturbeginsel in?’* In de derde paragraaf van dit hoofdstuk komt de probleemstelling naar voren aan de hand van de huidige beoordelingskaders voor de grondslagen en reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel.

Hoofdstuk 2 vormt de kern van het onderzoek. Hierin zet ik mijn eigen visie op de onderliggende grondslagen van het nemo-teneturbeginsel uiteen. Dit doe ik aan de hand van de beantwoording van de derde deelvraag: *‘Wat zijn de onderliggende grondslagen van het nemo-teneturbeginsel?’* Ik ga in op (hoewel niet uitputtend) de grondslagen van het nemo-teneturbeginsel die voldoende rechtvaardiging bieden om nemo-tenetur als zelfstandig recht te

⁵ Koops 2000, p. 35.

kunnen beschouwen. Daarbij beantwoord ik ook de vraag hoe absoluut dit recht zou moeten zijn in het licht van andere belangen.

In hoofdstuk 3 zet ik mijn visie op de reikwijdte van het beginsel uiteen aan de hand van de in hoofdstuk 2 geschetste grondslagen. Ik onderscheid zes verschillende vormen van gedwongen medewerking en zal per vorm van medewerking aan de hand van een gedachte-experiment ingaan op de mate waarin het de grondslagen van het beginsel raakt. Op die manier creëer ik een theoretisch fundament voor de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel. Dit theoretisch fundament zal ik vervolgens toetsen aan een aantal uitkomsten in concrete zaken van het EHRM.⁶ Hiermee wordt de vierde deelvraag beantwoord: *‘Wat is de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel in het licht van de onderliggende grondslagen van het beginsel?’*

In hoofdstuk 4 wordt tot slot de laatste deelvraag en tevens de hoofdvraag beantwoord: *‘In hoeverre zijn deze conceptwetsvoorstellen in overeenstemming met het nemo-teneturbeginsel in het licht van de onderliggende grondslagen van dit beginsel?’* Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van de grondslagen geschetst in hoofdstuk 2 en het beoordelingskader voor de reikwijdte van het beginsel uit hoofdstuk 3. Het zal een te groot streven zijn de discussie over nemo-tenetur hiermee te doen laten rusten. Wel beoog ik met dit onderzoek een duidelijk kader te creëren aan de hand waarvan huidige- en toekomstige wetsvoorstellen kunnen worden beoordeeld, zodat onnodige verwarring over de uitleg van het beginsel de kop in kan worden gedrukt.

⁶ Voor deze toets behandel ik de uitkomsten in de zaken EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699, m.nt. Knigge (Saunders t. Verenigd Koninkrijk), EHRM 3 mei 2001, appl. nr. 31827/96 (J.B. versus Zwitserland), EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133 (Jalloh t. Duitsland) en EHRM 30 juni 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD9658, m.nt. Buruma (Gäfgen).

Hoofdstuk 1. Het nemo-teneturbeginsel en de conceptwetsvoorstellen van het Wetboek van Strafvordering

1.1 Conceptwetsvoorstellen

1.1.1 Conceptwetsvoorstel handschrift- en spraakvergelijkend onderzoek

Handschrift- en spraakvergelijkend onderzoek zijn opsporingsmethoden in het strafrecht. Door middel van een vergelijking van het handschrift of een handtekening van de verdachte met het handschrift of handtekening op een bewijsstuk kan worden bepaald of dit bewijsstuk door de verdachte is geschreven. Op dezelfde wijze kan er een spraakvergelijking worden gedaan voor de bewijsvoering. Volgens de huidige wettelijke regeling kan een handschrift- of een spraakvergelijkend onderzoek alleen op basis van vrijwilligheid worden gedaan. Verdachten weigeren dit vaak. In het kader van de opsporing is er door de wetgever daarom voor gekozen om een nieuw wetsvoorstel te doen dat voorziet in de bevoegdheid om medewerking aan deze onderzoeken aan de verdachte te bevelen.⁷ Het betreft het nieuwe art. 2.6.14, eerste lid, sub a en b:

“In geval van verdenking van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld, kan de officier van justitie of de hulpofficier van justitie de verdachte bevelen:

- a. een tekst op te schrijven ten behoeve van een handschriftvergelijkend onderzoek;*
- b. een tekst uit te spreken ten behoeve van een spraakvergelijkend onderzoek of een confrontatie.”⁸*

De wetgever overweegt in de memorie van toelichting van boek 2 dat deze verplichtingen geen inbreuk vormen op het nemo-teneturbeginsel, m.n. omdat het om fysieke eigenschappen gaat.⁹

1.1.2 Conceptwetsvoorstel biometrische toegangsverschaffing

Een ander wetsvoorstel dat het nemo-teneturbeginsel raakt is de biometrische toegangsverschaffing. Technische ontwikkelingen zorgen ervoor dat het steeds lastiger wordt voor opsporingsdiensten smartphones van hun versleuteling te ontdoen.¹⁰ Terwijl vroeger een wachtwoord meestal bestond uit een cijfercode, wordt er heden ten dage steeds vaker gebruik gemaakt van geavanceerdere technieken zoals een vingerafdrukscan. Daardoor is de behoefte ontstaan aan een bevoegdheid om deze versleuteling zonder instemming van de verdachte ongedaan te kunnen maken. De Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk (hierna: Commissie-Koops) schreef in haar advies dat een dergelijk bevel niet in strijd

⁷ Memorie van Toelichting: Vaststellingswet Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Het opsporingsonderzoek), p. 149.

⁸ Wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 82.

⁹ Memorie van Toelichting: Vaststellingswet Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Het opsporingsonderzoek), p. 73. Zie hoofdstuk 4 voor een uitgebreidere bespreking van de overwegingen van de wetgever m.b.t. dit wetsvoorstel.

¹⁰ Koops 2012, p. 6.

is met het nemo-teneturbeginsel.¹¹ De wetgever lijkt deze conclusie te hebben overgenomen (zie par. 4.1.1), wat heeft geleid tot het volgende nieuwe art. 2.7.44, tweede lid:

“In geval van biometrische beveiliging of versleuteling in de vorm van bij algemene maatregel van bestuur aangewezen biometrische kenmerken kan de officier van justitie bevelen dat de opsporingsambtenaar deze beveiliging of versleuteling ongedaan maakt. De opsporingsambtenaar kan ter uitvoering van dat bevel tegen de wil van degene van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij deze beveiliging of versleuteling ongedaan kan maken, de maatregelen treffen die daartoe redelijkerwijs noodzakelijk zijn. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld over de wijze van uitvoering van het bevel.”¹²

Hoewel de wetgever dus over beide wetsvoorstellen van mening is dat het nemo-teneturbeginsel aan deze voorstellen niet in de weg staat, moeten hier de nodige vraagtekens bij worden gezet. Over beide wetsvoorstellen kan immers worden gezegd dat zij mogelijk maken dat de verdachte gedwongen mag worden mee te werken aan de bewijslevering die bij kan dragen aan zijn of haar eigen veroordeling. Bij handschrift- of spraakvergelijkend onderzoek kan de verdachte worden gedwongen een tekst op te schrijven of een tekst uit te spreken, dat vervolgens (wanneer het handschrift of de stem overeenkomt met ander bewijsmateriaal) als bewijs in het strafproces tegen hem kan worden gebruikt. Bij gedwongen biometrische ontgrendeling middels een vingerafdruk hoeft de verdachte minder actief te handelen, maar is de verdachte wel nodig om de smartphone te ontgrendelen. De conformiteit van de voorstellen met het nemo-teneturbeginsel is afhankelijk van de uitleg en de reikwijdte van het beginsel. In de volgende paragraaf ga ik daarom eerst in op de betekenis van het nemo-teneturbeginsel. In de paragraaf daarna illustreer ik waarom de reikwijdte van het beginsel moeilijk te beoordelen is op basis van de huidige jurisprudentie en literatuur.

1.2 Het nemo-teneturbeginsel

1.2.1 Betekenis nemo-tenetur

Het nemo-teneturbeginsel (voluit: *nemo tenetur se ipsum prodere*) betekent dat niemand wordt gehouden tegen zichzelf iets bekend te maken. In het Angelsaksische recht spreekt men over ‘the privilege against self incrimination’.¹³ Er zijn verschillende theorieën over de oorsprong van het nemo-teneturbeginsel. Het wordt veelal als reactie beschouwd op de strikte inquisitoire procesvorm.¹⁴ Stevens en Smits achten het beiden het meest denkbaar dat het nemo-teneturbeginsel zowel op het Europese vasteland als in Engeland en de Verenigde Staten (ongeveer tegelijkertijd) is ontstaan, waarbij de verschillende gebieden elkaar hebben beïnvloed.¹⁵ Hoewel de exacte oorsprong van het nemo-teneturbeginsel niet helemaal duidelijk

¹¹ Rapport Commissie-Koops 2018, p. 105.

¹² Wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (ambtelijke versie juli 2020), p. 98.

¹³ Smits 2007, p. 3.

¹⁴ Smits 2007, p. 5 en Myjer 1978, p. 11.

¹⁵ Smits 2007, p. 11 en Stevens 2005, p. 29.

is, is het nemo-teneurbeginsel wereldwijd als basisbeginsel in het strafrecht erkend.¹⁶ In Amerika werd het bijvoorbeeld al snel gezien als een fundamenteel recht van de ‘free-born American’.¹⁷

Reijntjes onderscheidt drie verschillende betekenissen van het nemo-teneturbeginsel:

- De klassieke betekenis: niemand hoeft zichzelf spontaan te belasten.
- De traditionele betekenis: niemand hoeft tegen zichzelf te getuigen.
- De moderne betekenis: de verdachte hoeft niet aan zijn eigen veroordeling bij te dragen, of ruimer: niemand hoeft aan zijn eigen veroordeling bij te dragen.¹⁸

Ik ga uit van de moderne variant van het nemo-teneturbeginsel, omdat deze het beste past in de hedendaagse toepassing van het beginsel. Daarbij beperk ik mij vanwege de reikwijdte van mijn scriptie tot de verdachte. De essentie van het nemo-teneturbeginsel vanuit de moderne betekenis is dat de verdachte dient te worden beschermd tegen gedwongen medewerking aan zijn eigen veroordeling. Hierin verschilt het nemo-teneturbeginsel van de onschuldpresumptie.¹⁹ Deze twee beginselen worden vaak met elkaar vergeleken (of samen beschouwd), omdat zowel de onschuldpresumptie als het nemo-teneturbeginsel dienen ter bescherming tegen de feilbaarheid van de overheid en ter erkenning van individuele belangen.²⁰ Uit de onschuldpresumptie volgt dat de verdachte niet zijn onschuld hoeft te bewijzen en als onschuldige dient te worden behandeld door m.n. de rechter (totdat het tegendeel bewezen is). De onschuldpresumptie schrijft niet voor dat de verdachte niet zou hoeven mee te werken aan de bewijslevering.²¹ Hoewel er daarmee wel een nauwe relatie is tussen het nemo-teneturbeginsel en de onschuldpresumptie kunnen deze niet met elkaar worden gelijk gesteld.²²

1.2.2 Codificatie nemo-tenetur

In het internationale recht vindt het beginsel sinds 1966 zijn weerslag in art. 14 lid 3 onder g IVBPR: “(...) *not to be compelled to testify against oneself or to confess guilt*” en sinds 1998 in art. 67 lid 1 Statuut ICC: “*not to be compelled to testify or to confess guilt and to remain silent, without such silence being a consideration in the determination of guilt or innocence.*” In het Amerikaanse stelsel werd het privilege against self-incrimination in 1971 gecodificeerd in de Fifth Amendment van de US Constitution. Het nemo-teneturbeginsel is recentelijk ook opgenomen in art. 7, tweede lid van de richtlijn 2016/343/EU²³: “*De lidstaten zorgen ervoor dat verdachten of beklaagden het recht hebben om zichzelf niet te belasten.*” Daarnaast is in het Nederlandse recht een aantal verschillende voorschriften te vinden die uiting geeft aan het nemo-teneturbeginsel. Art. 96a lid 2 Sv bepaalt bijvoorbeeld dat een bevel tot uitlevering van

¹⁶ Myjer 1979, p. 10.

¹⁷ Walker 1993, p. 6.

¹⁸ Reijntjes 1996, p. 9.

¹⁹ Bemelmans 2018, p. 100.

²⁰ Stevens 2005, p. 159.

²¹ G. Knigge, annotatie bij EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699 (Saunders t. Verenigd Koninkrijk), pt. 5.

²² Reijntjes 1996, p. 14.

²³ Richtlijn (EU) 2016/343 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn.

voor inbeslagneming vatbare voorwerpen niet aan de verdachte wordt gegeven. Art. 29 lid 1 Sv waarborgt het zwijgrecht van de verdachte ('de verdachte is niet tot antwoorden verplicht'). Een ander artikel dat uiting geeft aan het nemo-teneturbeginsel is art. 160 lid 2 Sv. Dit artikel bepaalt dat iemand de aangifteplicht voor misdrijven omschreven in art. 160 lid 1 Sv niet hoeft na te komen als er door die aangifte de kans ontstaat dat hij zelf zal worden vervolgd. Deze artikelen beschermen de verdachte tegen actieve medewerking aan zijn eigen veroordeling. Het strafrecht kent daartegenover wel veel duldplichten voor de verdachte. Zoals bijvoorbeeld het moeten dulden dat er DNA wordt afgenomen (art. 195d Sv) of het laten afscheren van een baard (art. 61a lid 1 sub e Sv). Het verzetten tegen een dergelijke duldplicht is strafbaar op grond van wederspanningheid (art. 180 Sr).

1.2.3 Jurisprudentie nemo-tenetur

De ratio van het nemo-teneturbeginsel is met name ontwikkeld in de rechtspraak. Het EHRM heeft het nemo-teneturbeginsel ontwikkeld binnen art. 6 EVRM. Dit begon bij het arrest Funke²⁴ in 1993. In het arrest Murray²⁵ dat een paar jaar later gewezen werd sprak het EHRM zich uit over het fundament en de ratio van dit beginsel:

*“By providing the accused with protection against improper compulsion by the authorities these immunities contribute to avoiding miscarriages of justice and to securing the aims of Article 6.”*²⁶

In hetzelfde jaar wees het EHRM het arrest Saunders t. VK.²⁷ Waar het bij Murray nog voornamelijk ging om de betrouwbaarheid van het bewijs, werd bij Saunders de procesautonomie als voornaamste grondslag voor het nemo-teneturbeginsel beschouwd.²⁸ In latere jurisprudentie heeft het EHRM zich nog een aantal keer uitgelaten over de grondslagen en de reikwijdte van het beginsel (zie par. 2).

De Hoge Raad stelde al in 1928 vast dat wanneer verdachte onder dwang zou worden verplicht aan zijn eigen veroordeling mee te werken dat “(...) met den geest van het nieuwe Wetboek van Strafvordering kwalijk zou strooken.”²⁹ Hoewel de Hoge Raad sindsdien niet meer van dit standpunt af is gestapt, heeft hij sinds 1977 telkens herhaald dat uitzonderingen op dit uitgangspunt toelaatbaar zijn.³⁰ De Hoge Raad overweegt namelijk dat: “in het Nederlands 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”. Niet duidelijk is echter hoever de wetgever in deze ‘uitzonderingen’ mag gaan en of de wetsvoorstellen vallen onder een dergelijke

²⁴ EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485, m.nt. Knigge (Funke t. Frankrijk).

²⁵ EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725, m.nt. Knigge (Murray t. Verenigd Koninkrijk).

²⁶ EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725, m.nt. Knigge (Murray t. Verenigd Koninkrijk), §45.

²⁷ EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699, m.nt. Knigge (Saunders t. Verenigd Koninkrijk).

²⁸ G. Knigge, annotatie bij EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (Saunders t. Verenigd Koninkrijk), pt. 6.

²⁹ HR 16 januari 1928, NJ 1928, p. 233 (Mollenvanger).

³⁰ Reijntjes 1996, p. 10.

mogelijke uitzondering. In de volgende paragraaf ga ik daarom in op de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel en licht ik toe waarom deze moeilijk te bepalen is.

1.3 Onduidelijke reikwijdte en grondslagen van nemo-tenetur

1.3.1 Visie wetgever

In de memorie van toelichting van de, in paragraaf 1 besproken, conceptwetsvoorstellen zet de wetgever zijn visie uiteen over de conformiteit van de wetsvoorstellen met het nemo-teneturbeginsel. De wetgever schrijft dat het nemo-teneturbeginsel niet aan de voorstellen in de weg staat omdat materiaal dat bestaat onafhankelijk van de wil van verdachte niet door het beginsel wordt beschermd.³¹ Dit baseert de wetgever op het arrest Saunders: *“In de zaak Saunders tegen het Verenigd Koninkrijk oordeelde het EHRM namelijk dat het recht om zichzelf niet te hoeven belasten, zich niet uitstrekt tot bewijsmateriaal dat onder dwang in een strafrechtelijke procedure is verkregen, maar onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat.”*³² De wetgever schrijft vervolgens dat deze beperking van het nemo-teneturbeginsel goed past in een door het Hof genoemde functie van het recht, namelijk: *“het voorkomen van rechterlijke dwalingen als gevolg van ongepaste druk op de verdachte.”*³³ Ik ben het met Van Toor eens dat deze interpretatie van de wetgever selectief en foutief is.³⁴ De wetgever richt zich enkel op de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal als rechtsgrond van het nemo-teneturbeginsel. De andere doelen laat de wetgever buiten beschouwing. Zoals zal blijken uit hoofdstuk 2 acht ik de betrouwbaarheid van het bewijs een te beperkte rechtsgrond voor het nemo-teneturbeginsel. De wetgever baseert zich daarnaast op een waarschijnlijk foutieve uitleg het Saunders arrest m.b.t. wilsafhankelijk- en wilsonafhankelijk materiaal (zie par. 3.2). Uit de memorie van toelichting wordt de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel dus niet duidelijk.

1.3.2 Visie EHRM

In de literatuur is veel discussie ontstaan omtrent de rechtspraak van het EHRM.³⁵ Deze zou onduidelijk en/of tegenstrijdig zijn. De wetgever baseert zich in de memorie van toelichting met name op het arrest Saunders. Het EHRM ging na het arrest Funke en Murray in het arrest Saunders opnieuw in op de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel en kwam met de volgende overweging:

*“The right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will (...) to remain silent. (...) It does not extend to the use (...) of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as (...)”.*³⁶

³¹ Memorie van Toelichting: Vaststellingswet Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Het opsporingsonderzoek), p. 73.

³² Memorie van Toelichting: Vaststellingswet Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Het opsporingsonderzoek), p. 73.

³³ Memorie van Toelichting: Vaststellingswet Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Het opsporingsonderzoek), p. 73 – 74.

³⁴ Toor, Van 2018, p. 250.

³⁵ Zie o.a. Toor, Van 2016, Koops & Stevens 2003, Ligthart 2019, Stevens 2007 en Bood 2018.

³⁶ EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699, m.nt. Knigge (Saunders t. Verenigd Koninkrijk), §69.

Hiermee leek de reikwijdte van het beginsel beperkter te worden uitgelegd dan in het eerder gewezen arrest Funke. In Saunders wordt er een onderscheid gemaakt tussen ‘wilsafhankelijk’ materiaal en ‘wilsonafhankelijk’ materiaal. Hoewel er verschillende interpretaties van deze begrippen zijn, blijkt uit de Memorie van Toelichting dat de wetgever het onderscheid ziet in de vraag of bewijs al in fysieke zin bestaat (bijv. bloed, urinemonsters en geschriften), of dat het nog geproduceerd moet worden door de verdachte (bijv. een verklaring). Alleen deze laatste soort bewijs wordt volgens de wetgever door het nemo-teneturbeginsel beschermd.³⁷ Deze uitleg lijkt slecht te rijmen met het voorgaande arrest Funke en met de arresten die erna zijn gewezen (waaronder JB t. Zwitserland³⁸). In verschillende zaken werd er namelijk een schending van het beginsel aangenomen, terwijl het ‘wilsonafhankelijk’ materiaal betrof. In zaken zoals O’Halloran & Francis, Khan & Bykov daarentegen, is er door het Hof geen schending aangenomen terwijl het wel om ‘wilsafhankelijk’ materiaal ging.³⁹ De ontstane verwarring is dus niet verwonderlijk.

In 2006 had het EHRM vervolgens te oordelen in de zaak Jalloh.⁴⁰ In die zaak kwam het EHRM met vier factoren om te beoordelen of het nemo-teneturbeginsel geschonden is. Er moet gekeken worden naar 1) *nature and degree of compulsion*, 2) *weight of the public interest*, 3) *relevant safeguards in the procedure*, en 4) *the use to which the evidence obtained was put*.⁴¹ Sindsdien lijkt er meer belang te worden gehecht aan de aard en de mate van dwang dan aan het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal. Ondanks deze nieuw geformuleerde criteria is er onvoldoende houvast om de reikwijdte te bepalen. Niet is duidelijk op basis waarvan de afweging met het publieke belang moet worden gemaakt en ook geeft het onvoldoende duidelijkheid over welk belang er dient te worden beschermd.⁴² In Jalloh werd daarnaast een schending van art. 3 EVRM geconstateerd, op basis waarvan een schending van art. 6 EVRM werd aangenomen. Het lijkt er daarmee op dat – zoals Stevens stelt – het Hof het beginsel is gaan beschouwen als een containerbegrip waaronder allerlei verschillende belangen van de verdachte kunnen worden geschaard.⁴³ Zoals zal blijken uit hoofdstuk 2 beschouw ik het nemo-teneturbeginsel als een zelfstandig te beschermen belang, dat verschilt van andere belangen (zoals bijv. art. 3 EVRM).

³⁷ Memorie van Toelichting: Vaststellingswet Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Het opsporingsonderzoek), p. 74.

³⁸ EHRM 3 mei 2001, appl. nr. 31827/96 (J.B. versus Zwitserland).

³⁹ EHRM 29 juni 2007, appl. nr. 15809/02 (O’Halloran & Francis t. Verenigd Koninkrijk), EHRM 10 maart 2009, appl. nr. 4378/02 (Bykov t. Rusland) & EHRM 12 mei 2000, appl. nr. 35394/97 (Khan t. het Verenigd Koninkrijk).

⁴⁰ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133 (Jalloh t. Duitsland).

⁴¹ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133 (Jalloh t. Duitsland), §62.

⁴² In de zaak Gäfgen (EHRM 30 juni 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD9658, m.nt. Buruma) heeft het Hof voor het eerst bewijs dat door middel van een schending van art. 3 EVRM is verkregen toelaatbaar geacht in een strafproces. Op grond van zwaarwegende publieke belangen oordeelde het hof dat er geen sprake was van een schending het nemo-teneturbeginsel. Uit deze zaak is echter geen concreet beoordelingskader af te leiden hoe de weging van publieke belangen in andere zaken zou moeten worden gemaakt. De uitkomst van deze zaak strookt mijns inziens daarnaast niet met de uitleg die het Hof in andere zaken aan het nemo-teneturbeginsel geeft. In hoofdstuk 3 volgt een nadere bespreking van mijn visie op de concrete uitkomst in deze zaak.

⁴³ Stevens 2007, p. 1.

Volgens Wijsman zijn de onduidelijkheden in de jurisprudentie te herleiden tot het feit dat de grondslagen van het beginsel en hun onderlinge verhoudingen ook nog steeds onduidelijk zijn.⁴⁴ Het EHRM benoemt in zijn overwegingen de ratio's van het nemo-teneturbeginsel, maar spreekt consequent van 'onder andere'.⁴⁵ Het EHRM lijkt volgens Wijsman daarmee het voorbehoud te maken dat niet kan worden uitgesloten dat het doel en de strekking van het recht bij de beoordeling van toekomstige zaken kan veranderen, bijvoorbeeld wanneer een schending niet voldoende kan steunen op de huidige door het Hof erkende grondslagen.⁴⁶ Uit de jurisprudentie blijkt ook niet welke ratio het meest belangrijk is. In verschillende zaken komen ze in verschillende mate naar voren, waarbij de reikwijdte van het beginsel afhankelijk lijkt te zijn van de mate waarin gewicht wordt toegekend aan een van de ratio's.⁴⁷

1.3.3 Visie Hoge Raad

Zoals uit paragraaf 1.2.3 naar voren kwam heeft de Hoge Raad zich sinds 1928 al uitgesproken over het nemo-teneturbeginsel. Uit het voorgaande blijkt dat het beginsel in de rechtspraak van het EHRM sindsdien veel ontwikkelingen heeft doorgemaakt. Gezien de onduidelijkheid van de rechtspraak van het EHRM en de verschillende interpretatiemogelijkheden is het interessant te zien hoe de Hoge Raad het beginsel uitlegt.

De Hoge Raad heeft zich zeer recentelijk over het nemo-teneturbeginsel uitgesproken in een zaak over gedwongen biometrische ontgrendeling van een inbeslaggenomen smartphone.⁴⁸ Hoewel er nog geen wettelijke grondslag voor bestond, werd een verdachte geboeid door een opsporingsambtenaar en is zijn duim tegen zijn wil in op de vingerafdrukscanner van zijn smartphone geplaatst. De Hoge Raad oordeelde dat deze manier van toegang verkrijging geen strijd op leverde met het nemo-teneturbeginsel. De rechtbank in eerste aanleg legt de jurisprudentie van het EHRM zo uit dat het nemo-teneturbeginsel vooral betrekking heeft op het afleggen van verklaringen onder dwang. De rechtbank verwijst daarbij naar de volgende overweging in O'Halloran and Francis: "(...) *primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent.*"⁴⁹ Materiaal dat onafhankelijk van de wil van verdachte bestaat mag daarom onder dwang worden verkregen, aldus de Rechtbank.⁵⁰ De Hoge Raad overweegt: "*De rechtbank heeft in de kern geoordeeld dat het op deze wijze toepassen van een zeer geringe mate van fysieke dwang met als doel het door middel van de vingerafdruk van de verdachte biometrisch ontgrendelen van de smartphone geen inbreuk op het door art. 6 EVRM gewaarborgde nemo tenetur-beginsel oplevert. Daarin ligt tevens besloten dat het ondergaan van deze fysieke dwang slechts een geringe inbreuk op de lichamelijke integriteit van de verdachte opleverde. Dit oordeel getuigt - gelet op wat onder 7.2 is vooropgesteld - niet van*

⁴⁴ Wijsman 2017, p. 78.

⁴⁵ EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699, m.nt. Knigge (Saunders t. Verenigd Koninkrijk), §68: 'Their relations lies, *inter alia*, in protecting the 'person charged' against improper compulsion by the authorities and thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfillment of the aims of Article 6.'

⁴⁶ Wijsman 2017, p. 90.

⁴⁷ Haas, De & Vissers 2014, p. 1.

⁴⁸ HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202.

⁴⁹ EHRM 29 juni 2007, appl. nr. 15809/02 (O'Halloran & Francis t. Verenigd Koninkrijk), r.o. 47.

⁵⁰ HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 3.4.1.3.2.

een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.”⁵¹ In r.o. 7.2 verwijst de Hoge Raad naar het arrest Jalloh⁵², waarbij hij ingaat op de vier door het EHRM geformuleerde criteria (zie par. 1.2.3). De Hoge Raad lijkt net als het EHRM de geringe inbreuk op lichamelijke integriteit mee te wegen in zijn oordeel over de vraag of het nemo-teneturbeginsel is geschonden. Dit terwijl het wezenlijk andere rechten zijn. Het in deze zaak door het nemo-teneturbeginsel te beschermen belang blijft in het midden. Daarnaast neemt ook dit arrest de onduidelijk omtrent de grondslagen en de reikwijdte van het beginsel niet weg.

Zowel Van Toor als Ligthart betogen dat de Hoge Raad en het EHRM bij de uitleg van het nemo-teneturbeginsel niet op dezelfde lijn zitten.⁵³ De Hoge Raad kijkt voor een eventuele schending van het nemo-teneturbeginsel naar ‘*de aard van het materiaal*’ dat onder dwang is verkregen.⁵⁴ Op basis van de uitleg van de Hoge Raad lijkt door dwang verkregen wilsonafhankelijk materiaal niet problematisch te zijn.⁵⁵ Het EHRM beoordeelt een schending in het licht van ‘*the degree of compulsion*’.⁵⁶ Waar de Hoge Raad dus kijkt naar het soort materiaal, benadert het EHRM de schending vanuit het ingezette middel om bewijs te verkrijgen.⁵⁷ Dit betekent dat bij zaken die wilsonafhankelijk materiaal betreffen de bescherming die het EHRM en de Hoge Raad aan de verdachte biedt van elkaar af kunnen wijken. Dit is problematisch, omdat dat deze verschillende benaderingen in vergelijkbare casussen tot andere uitkomsten kan leiden. Ligthart gebruikt het voorbeeld van Ewout die verdacht wordt van het verduisteren van bitcoins om dit aan te tonen.⁵⁸ Onder dreiging van een gevangenisstraf vordert de officier van justitie inzage in Ewouts bitcoinadressen. Als we de benadering van de Hoge Raad volgen, waarin het nemo-teneturbeginsel in principe geen bescherming biedt tegen het onder dwang verkrijgen van wilsonafhankelijk materiaal, leidt Ewouts veroordeling vermoedelijk niet tot een schending van het nemo-teneturbeginsel. De bitcoinadressen bevatten objectieve informatie die onafhankelijk van Ewouts wil bestaan. Volgens de benadering van het EHRM zou deze gedwongen afgifte wel problematisch zijn, omdat Ewout “*through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused*” gedwongen informatie moet prijsgeven. In dit voorbeeld lijkt het erop dat de Hoge Raad een beperktere bescherming biedt dan het EHRM.⁵⁹ Het is echter niet duidelijk van welke benadering uit dient te worden gegaan.

⁵¹ HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 7.3.

⁵² EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133 (Jalloh t. Duitsland).

⁵³ Toor, Van 2016, p. 41 en Ligthart 2019, p. 3.

⁵⁴ Zie o.a. HR 21 december 2010, NJ 2011, 425, r.o. 4.3: “Beslissend voor de vraag of het nemo-teneturbeginsel is geschonden, is immers of het gebruik tot het bewijs van een al dan niet in een document vervatte verklaring van de verdachte in een strafzaak zijn recht om te zwijgen en daarmee zijn recht om zichzelf niet te belasten van zijn betekenis zou ontdoen. Het antwoord op deze vraag hangt af van de aard van de in het document vervatte verklaring (...).”

⁵⁵ Toor, Van 2016, p. 43.

⁵⁶ Zie o.a. EHRM 21 december 2010, appl. no. 34720/97, par. 55 (Heaney & McGuinness t. Ierland): “the degree of compulsion, imposed on the applicant [...] compelling him to provide information [...] destroyed the very essence of his privilege against self-incrimination.”

⁵⁷ Toor, Van 2016, p. 41.

⁵⁸ Ligthart 2019, p. 7.

⁵⁹ Toor, Van 2016, p. 42.

1.3.4 Conclusie

In de voorgaande paragrafen heb ik een korte schets gegeven van de visie van de wetgever, de Hoge Raad en het EHRM op de reikwijdte en de grondslagen van het nemo-teneturbeginsel. De wetgever baseert zich op een eenzijdige, en waarschijnlijk foutieve, interpretatie van de jurisprudentie van het EHRM. De Hoge Raad baseert zich ook op de Europese jurisprudentie, maar komt tot een andere uitleg dan het EHRM wat kan leiden tot verschillende uitkomsten en een beperktere bescherming. De jurisprudentie van het EHRM biedt ook onvoldoende duidelijkheid en lijkt daarnaast tegenstrijdig te zijn. Daarom is noch uit de memorie van toelichting, noch uit de jurisprudentie een zelfstandige en voldoende legitimatie voor het nemo-teneturbeginsel te vinden op basis waarvan de reikwijdte ervan kan worden bepaald.⁶⁰

Stevens komt in haar proefschrift 'Het nemo-teneturbeginsel in strafzaken; van zwijgrecht naar containerbegrip' tot de conclusie dat het beter zou zijn het nemo-teneturbeginsel helemaal achterwege te laten. Stevens is van mening dat nemo-tenetur als 'holle leus' fungeert, omdat er veelal andere waarden werkelijk in het geding zijn waarom iemand niet hoeft mee te werken.⁶¹ Het nemo-teneturbeginsel heeft volgens haar daarom ook geen duidelijke meerwaarde voor de kwaliteit van het debat. Ik ben het met Stevens eens dat nemo-tenetur nu een containerbegrip lijkt te zijn van verschillende soorten ratio's en individuele belangen die per zaak weer verschillen.⁶² Dit is problematisch, omdat niet duidelijk is om welk belang het daadwerkelijk gaat in een concrete situatie, en daardoor het ook voor toekomstige situaties erg ingewikkeld is te bepalen wat de juiste maatstaf is om te beoordelen of deze het nemo-teneturbeginsel schenden. Haar conclusie miskent mijns inziens echter de zelfstandige waarde van het nemo-teneturbeginsel. Volgens Reijntjes kan nemo-tenetur alleen ter sprake komen wanneer het beginsel een zelfstandige en engere grens stelt aan bepaalde bevoegdheden dan andere grondrechten die in het geding zijn. Dit houdt in dat er in bepaalde gevallen waarbij de verdachte gedwongen wordt om mee te werken aan bewijslevering tegen zichzelf sprake kan zijn van een schending van het nemo-teneturbeginsel, terwijl daarmee geen andere grondrechten worden geschonden.

Ik durf te stellen dat het niet hoeven meewerken aan je eigen veroordeling een zelfstandig recht is, dat in bepaalde gevallen een engere grens stelt dan andere grondrechten (een voorbeeld hiervan wordt gegeven in par. 3.3.3). Het voorgaande leidt echter tot de conclusie dat er geen duidelijk afgebakend en consistent kader bestaat om te beoordelen welke grens dit is. In het volgende hoofdstuk zal ik daarom mijn eigen visie op de beginselen die ten grondslag liggen aan het nemo-teneturbeginsel uiteenzetten, om vervolgens in het derde hoofdstuk aan de hand daarvan de reikwijdte van het beginsel te kunnen bepalen.

⁶⁰ Wijsman 2017, p. 6.

⁶¹ Stevens 2005, p. 161.

⁶² Stevens 2007, p. 6.

Hoofdstuk 2. De onderliggende grondslagen van het nemo-teneturbeginsel

“Waarom zou nemo tenetur in welke betekenis dan ook, beginsel van strafprocesrecht moeten zijn? De Hoge Raad heeft die uitleg nooit gegeven. Welnu; gaat het er niet uiteindelijk om dat we het inhumaan, en dus ethisch verwerpelijk vinden om iemand te dwingen aan zijn eigen ongeluk bij te dragen? Vinden we niet dat iedere burger het recht heeft zichzelf te beschermen, al gaat dat ten koste van waarheidsvonden? – J.M. Reijntjes⁶³

2.1 Ratio's van het nemo-teneturbeginsel

Hoewel het nemo-teneturbeginsel internationaal is erkend, is zijn onderliggende grondslag moeilijk vast te stellen.⁶⁴ Verschillende wetenschappers hebben beargumenteerd dat het beginsel geen coherente grondgedachte heeft.⁶⁵ Historisch gezien is de rechtvaardiging van het beginsel veranderd met de tijd.⁶⁶ De oorspronkelijke bedoeling van het beginsel was vooral om de fysieke en psychologische integriteit van de verdachte te beschermen tegen vormen van dwang of marteling.⁶⁷ Het kan echter zijn dat de argumenten voor het behoud van het recht verschillen van de oorspronkelijke argumenten.⁶⁸ In de jurisprudentie en de literatuur komen met name de volgende drie ratio's naar voren: de betrouwbaarheid van het bewijs, het pressieverbod en de procesautonomie. Het Europees hof spreekt vaak van 'onder andere' bij het noemen van een van deze gronden. Volgens Koops ligt de waarheid daarom ergens in het midden.⁶⁹ Ik denk dat dat niet het geval is. In deze paragraaf behandel ik deze in de literatuur en jurisprudentie genoemde ratio's en betoog ik waarom alleen de procesautonomie als de kern van het beginsel moet worden beschouwd.

2.1.1 Betrouwbaarheid bewijs

Een eerste in de literatuur en jurisprudentie veel genoemde rechtsgrond is de betrouwbaarheid van bewijs. Van Toor duidt deze rechtsgrond ook wel aan als de rechtsgrond van de materiële waarheidsvinding.⁷⁰ Voor de rechter is materiële waarheidsvinding een doel van het strafproces. Vanuit deze rechtsgrond bezien dient het nemo-teneturbeginsel ervoor te waken dat bewijs onbetrouwbaar is, om zo rechterlijke dwalingen te voorkomen. Wanneer de verdachte gedwongen wordt een verklaring af te leggen (die niet feitelijk te verifiëren is) vormt dat een risico op onbetrouwbaar bewijs.⁷¹ Onder druk wordt de kans dat een verdachte een valse verklaring aflegt vergroot. Daarnaast is het zo dat wanneer sprake is van actieve medewerking van de verdachte, het resultaat van het bewijs kan worden beïnvloed.⁷² Dit risico

⁶³ Reijntjes 1996, p. 18.

⁶⁴ Ashworth & Redmayne 2010, p. 146.

⁶⁵ Green 1999, p. 628.

⁶⁶ Ashworth & Redmayne 2010, p. 146.

⁶⁷ Walker 1993, p. 2.

⁶⁸ Green 1999, p. 714.

⁶⁹ Koops 2000, p. 46.

⁷⁰ Toor, Van 2017, p. 372.

⁷¹ Wijsman 2017, p. 81.

⁷² Vgl. Koops die opmerkt dat naarmate de verdachte actiever moet meewerken, hij meer gelegenheid heeft het resultaat te manipuleren en de op hem uitgeoefende dwang minder gerechtvaardigd is (Koops 2000, p. 45).

doet zich met name voor bij verklaringen. Op welke manier en waarover een verklaring wordt afgelegd is namelijk volledig afhankelijk van de wil van verdachte. In het licht van deze rechtsgrond mag er daarom geen sprake zijn van zodanige druk dat daardoor niet kan worden gezegd dat een verklaring in vrijheid is afgelegd.⁷³ De vraag is of het risico op onbetrouwbaar bewijs ook geldt voor andere bewijsmiddelen. Het lijkt voor materiaal of forensisch bewijs in principe niet op te gaan.⁷⁴ Hierover schreef Schalken in zijn annotatie bij het Wangslijm-arrest: “op het scherpst van de snede zou men dus kunnen zeggen: naarmate de betrouwbaarheid van de onderzoeksmethode toeneemt, neemt de betekenis van het nemo tenetur-principe af.”⁷⁵

Vanuit alleen deze rechtsgrond bekeken zou daarom in principe alleen het zwijgrecht tot het nemo-teneturbeginsel behoren.⁷⁶ Het nemo-teneturbeginsel strekt echter verder dan enkel het zwijgrecht. Onder omstandigheden wordt gedwongen medewerking van de verdachte ook als ongeoorloofd beschouwd wanneer dit betrouwbaar bewijs oplevert.⁷⁷ Daarnaast rechtvaardigt de betrouwbaarheid van het bewijs als rechtsgrond geen absoluut zwijgrecht. Het verklaart immers niet waarom je niet zou hoeven te zeggen waar iets ligt, of waarom je niet je pincode zou moeten zeggen. Hierbij doet het risico op onbetrouwbaarheid van het bewijs zich niet voor, omdat het verifieerbaar is. Knigge merkt daarnaast op dat het merkwaardig is dat de betrouwbaarheid voor bewijs als rechtsgrond voor het nemo-teneturbeginsel (in dit geval specifiek het zwijgrecht) wordt gebruikt.⁷⁸ Getuigen kunnen immers wel gedwongen worden om verklaringen af te leggen onder ede, juist met het oog op de waarheidsvinding.

In navolging van Knigge zie ik de betrouwbaarheid als een te beperkte rechtsgrond voor het nemo-teneturbeginsel. Zoals Knigge terecht opmerkt kan het probleem van de betrouwbaarheid worden omzeild door waarborgen in te bouwen in het strafproces. Bijvoorbeeld de waarborg dat een verklaring niet als enig bewijs mag dienen, of dat een verklaring überhaupt niet mag worden gebruikt als bewijs. Het risico op rechterlijke dwalingen wordt op die manier minder groot. Omdat de betrouwbaarheid van het bewijs zich in beginsel alleen uitstrekt tot verklaringen, geen absoluut nemo-teneturbeginsel rechtvaardigt en ook gewaarborgd kan worden op andere manieren, moet de kern van het nemo-teneturbeginsel in een andere rechtsgrond worden gezocht.

2.1.2 Pressieverbod

Een tweede vaak genoemde rechtsgrond is het pressieverbod. Het pressieverbod komt voort uit het verbod op marteling en tortuur.⁷⁹ Het pressieverbod houdt in dat er geen ongeoorloofde druk op de verdachte mag worden uitgeoefend, en verschilt van marteling of tortuur omdat het niet hoeft te gaan om fysieke of psychische pijn. Het pressieverbod kan mijns inziens niet als rechtsgrond voor het nemo-teneturbeginsel worden beschouwd. Dwang is in het strafrecht

⁷³ Wijsman 2017, p. 8.

⁷⁴ Wijsman 2017, p. 81.

⁷⁵ T.M. Schalken, annotatie bij HR 2 juli 1990, NJ 1990, 751 (Wangslijm), pt. 5.

⁷⁶ Wijsman 2017, p. 81 – 82.

⁷⁷ Toor, Van 2017, p. 375.

⁷⁸ G. Knigge, annotatie bij EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (Saunders t. Verenigd Koninkrijk), pt. 5.

⁷⁹ Koops 2000, p. 44.

immers gewoon toelaatbaar, mits het geoorloofd is. Dwang wordt pas problematisch wanneer het als ongeoorloofd wordt bestempeld. De ongeoorloofdheid ervan kan echter alleen worden bepaald aan de hand van de te beschermen belangen. De grens tussen toelaatbare en ontoelaatbare dwang zal met betrekking tot het nemo-teneturbeginsel afhankelijk zijn van de vraag of de betrouwbaarheid van het bewijs wordt aangetast of de procesautonomie van de verdachte wordt geraakt (zie par. 2.1.3).

Ashworth ziet het belang dat met het pressieverbod wordt gediend in de bescherming van de schending van de onschuldpresumptie en het uitgangspunt dat de vervolgende overheid het bewijs voor schuld moet leveren.⁸⁰ Zoals in hoofdstuk 1 naar voren kwam zijn de onschuldpresumptie en het nemo-teneturbeginsel niet aan elkaar gelijk te stellen en worden deze in het strafrecht als twee afzonderlijke beginselen beschouwd. De bescherming van de onschuldpresumptie kan daarom het nemo-teneturbeginsel niet verklaren. Het uitgangspunt dat de vervolgende overheid het bewijs voor de schuld moet leveren acht ik daarentegen wel een legitieme rechtvaardiging voor het nemo-teneturbeginsel, maar beschouw ik als argument voor de rechtsgrond procesautonomie (zie par. 2.2.1).

Het pressieverbod moet mijns inziens (in plaats van als rechtsgrond) als middel worden beschouwd om de andere rechtsgronden van het nemo-teneturbeginsel te waarborgen. Dit past bij de opvatting dat het pressieverbod fungeert als instructienorm voor de overheid.⁸¹ Zoals Van Toor mijns inziens terecht opmerkt is het pressieverbod “een voorwaarde om de betrouwbaarheid van het bewijs beter te garanderen, het mogelijk te maken dat de verdachte autonoom zijn proceshouding kan bepalen en dat hij niet mensonwaardig wordt behandeld.”⁸²

2.1.3 Procesautonomie

De rechtsgrond procesautonomie wordt door het Europees Hof als “*the heart of the notion of a fair procedure*” gezien.⁸³ Deze rechtsgrond houdt in dat de verdachte zelf een bepaalde proceshouding moet in kunnen nemen tegenover de vervolgende autoriteiten, zonder dat daar bewijs uit mag worden afgeleid. Een verdachte kan daarom niet worden gedwongen bewijsmiddelen tegen zichzelf te leveren.⁸⁴ Maar waarom de procesautonomie zo belangrijk is wordt door deze uitleg niet duidelijk. Knigge stelt dat deze rechtsgrond dient te worden gezocht in het feit dat de verdachte een eigen partijpositie inneemt in het strafrecht, in plaats van dat hij voorwerp is van onderzoek.⁸⁵ Respect voor de partijautonomie van de verdachte gaat daarmee hand in hand met het voorkomen van dwang en onbetrouwbaarheid van bewijs, aldus Knigge.⁸⁶

⁸⁰ Ashworth 2008, p. 768.

⁸¹ Koops & Stevens 2003, p. 5. Zie ook Toor, Van 2017, p. 384.

⁸² Toor, Van 2017, p. 386.

⁸³ G. Knigge, annotatie bij EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699 (Saunders t. Verenigd Koninkrijk), pt. 5.

⁸⁴ Koops & Stevens 2003, p. 5.

⁸⁵ G. Knigge, annotatie bij EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699 (Saunders t. Verenigd Koninkrijk), pt. 5.

⁸⁶ G. Knigge, annotatie bij EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699 (Saunders t. Verenigd Koninkrijk), pt. 6.

Volgens Corstens heeft deze rechtsgrond te maken met “*het respect dat voor de verdachte moet worden opgebracht*”.⁸⁷ Het recht niet hoeven mee te werken is immers een aspect van de vrijheid dat elk individu toekomt.⁸⁸ Koops onderscheidt op grond hiervan een vierde, afzonderlijke, rechtsgrond: ‘de menselijke waardigheid’. Het zou namelijk inhumaan zijn iemand te dwingen aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Deze opdeling komt mij minder passend voor. De procesautonomie waarborgt mijns inziens de menselijke waardigheid, wat betekent dat de menselijke waardigheid in samenhang met de procesautonomie dient te worden beschouwd.⁸⁹ De procesautonomie geeft daarnaast uiting aan andere fundamentele waarden die ten grondslag liggen aan ons strafstelsel. Uit deze grondslagen vloeit mijns inziens een zelfstandig recht voort dat voldoende rechtvaardiging biedt voor het nemo-teneturbeginsel. De procesautonomie beschouw ik daarom als de kern van het nemo-teneturbeginsel. Dit behoeft nadere toelichting en een uitgebreide onderbouwing. In de volgende paragraaf ga ik in op de procesautonomie en haar onderliggende waarden. Hierin dient namelijk de grondslag van het nemo-teneturbeginsel te worden gevonden.

2.2 Onderliggende fundamentele waarden

Voormalig rechter in het hooggerechtshof van de Verenigde Staten Arthur Goldberg wordt vaak geciteerd wanneer het gaat om de fundamentele waarden die het nemo-teneturbeginsel vertegenwoordigt. Volgens hem zijn dit:

*“our unwillingness to subject those suspected of crime to the cruel trilemma of self-accusation, perjury or contempt; our preference for an accusatorial rather than an inquisitorial system of criminal justice; our fear that self-incriminating statements will be elicited by inhumane treatment and abuses our sense of fair play which dictates ‘a fair state-individual balance by requiring the government to leave the individual alone until good cause is shown for disturbing him and by requiring the government in its contest with the individual to shoulder the entire load; our respect for the inviolability of the human personality and of the right of each individual ‘to a private enclave where he may lead a private’s life’; our distrust of self-deprecatory statements; and our realisation that the privilege, while sometimes ‘a shelter to the guilty’ is often ‘a protection to the innocent’”.*⁹⁰

Goldberg heeft het over de functie van ons strafproces en de verhouding tussen de staat en de burger als waarden die ten grondslag liggen aan de procesautonomie als rechtsgrond voor het nemo-teneturbeginsel. De invulling van het nemo-teneturbeginsel is sterk afhankelijk van de opvattingen hierover. Goldberg spreekt ook over een ‘wreed trilemma’ waarvoor een verdachte komt te staan als het nemo-teneturbeginsel niet zou gelden. Dit trilemma-argument stoelt op het recht op zelfbehoud en het recht op autonomie. In de volgende paragraaf ga ik in op de hierboven genoemde waarden en rechten. Hierbij zal ik ook veelgehoorde tegenargumenten

⁸⁷ Corstens 2018, p. 322.

⁸⁸ Corstens 2018, p. 322.

⁸⁹ Zie ook Wijsman 2017, p. 85.

⁹⁰ Geciteerd in Green 1999, p. 630 en in Allen & Mace 2004, p. 244.

bespreken. Goldberg noemt ook het recht op privéleven als fundamentele waarde. Dit recht vindt doorgaans zijn weerslag in het recht op privacy. Ik ben het met Wijsman en Reijntjes eens dat dit geen grondslag is voor het nemo-teneturbeginsel.⁹¹ Het beginsel is namelijk beperkt tot informatie die de verdachte (mogelijk) kan belasten, terwijl ook andere informatie de privacy van het individu kan raken.⁹² De waarde die raakt aan de betrouwbaarheid van verklaringen laat ik verder ook onbesproken op grond van wat ik heb overwogen in paragraaf 2.1.

2.2.1 *Het beschermen van de menselijke waardigheid*

Zoals ook Ashworth & Redmayne betogen zegt het nemo-teneturbeginsel iets over de relatie tussen burgers en de overheid.⁹³ In het publiekrecht is er over het algemeen sprake van een ongelijke verhouding tussen de burger en de overheid.⁹⁴ De overheid beschikt over een grote hoeveelheid macht en bevoegdheden die hij in kan zetten tegen een burger,⁹⁵ en nog meer wanneer het gaat om een verdachte. Het nemo-teneturbeginsel dient daarbij te zorgen voor een gebalanceerde machtsverhouding tussen de overheid en de verdachte. Groenhuijsen en Knigge schreven hierover: *“Het privilege against selfincrimination markeert de vrije positie van de verdachte in het strafproces ten opzichte van de overheid. Het gaat bij dat beginsel om de vrije positie die de burger ten opzichte van de overheid toekomt, een vrije positie die hij behoudt als hij strafrechtelijk wordt vervolgd.”*⁹⁶ Hiermee hangt samen dat het nemo-teneturbeginsel ook een uiting is van de gedachte dat de bewijslast in het strafrecht bij de overheid dient te liggen. Het strafproces maakt deel uit van het publiekrecht, wat betekent dat het tot de exclusieve taak van de overheid behoort om tot opsporing en vervolging over te gaan.⁹⁷ In bijvoorbeeld Amerika wordt het als integriteit van het systeem beschouwd dat de aanklager zonder medewerking van de verdachte de volledige bewijslast draagt.⁹⁸

Het beginsel vertegenwoordigt dus een bepaald idee over hoe de verhouding tussen overheid en individu zou moeten zijn. Mijns inziens dient de overheid vanwege de eenzijdige rechtsbetrekking in het strafrecht, de verdachte (met name) in zijn menselijke waardigheid te beschermen. De menselijke waardigheid ligt aan veel rechten ten grondslag.⁹⁹ Dit blijkt onder andere uit de preambule van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Hierin is het doel en de grondslag van de verklaring vastgesteld: *“Overwegende, dat erkenning van de inherente waardigheid en van de gelijke en onvervreembare rechten van alle leden van de mensengemeenschap grondslag is voor de vrijheid, gerechtigheid en vrede in de wereld.”* Kant zijn betekenis van de menselijke waardigheid is hierop van grote invloed geweest.¹⁰⁰ Met zijn boek *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* uit 1785 heeft hij een belangrijk grondslag voor

⁹¹ Wijsman 2017, p. 8. Zie ook Allen 2008, p. 734 en Reijntjes 1996, p. 14.

⁹² Wijsman 2017, p. 8.

⁹³ Ashworth & Redmayne 2010, p. 153.

⁹⁴ Cleiren 1990, p. 145.

⁹⁵ Cleiren 1990, p. 146.

⁹⁶ Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 52.

⁹⁷ Cleiren 1990, p. 145.

⁹⁸ Toor, Van 2017, p. 378.

⁹⁹ Brems & Vrielink 2010, p. 17.

¹⁰⁰ Brems & Vrielink 2010, p. 9, Cliteur & Wissen, Van 1998, p. 32 en Toor, Van 2017, p. 379.

het begrip menselijke waardigheid gelegd in de ethiek. Kant stelt kortgezegd dat alles of een ‘prijs’ heeft of ‘waardigheid’. Alles met een prijs is vervangbaar. Hetgeen dat niet vervangbaar is heeft waardigheid. Deze waardigheid heeft een absolute waarde en hetgeen dat waardigheid heeft is een doel-in-zichzelf. Kant beschouwt de mens als onvervangbaar wezen die als doel-in-zichzelf moet worden beschouwd.¹⁰¹ Dit betekent dat als de mens als middel wordt gebruikt om een bepaald doel te bereiken zijn intrinsieke waarde als doel op zich wordt miskent.¹⁰² Wanneer de overheid een verdachte dwingt om bewijs tegen zichzelf te leveren, wordt hij als een soort willoos object behandeld waar bewijs uit moet worden getrokken.¹⁰³ Door deze manier van instrumentaliseren wordt de menselijke waardigheid aangetast, die juist zou moeten worden beschermd.

2.2.1.1 Tegenargumenten

Een veel gehoorde kritiek is dat het nemo-teneturbeginsel niet past in het Nederlandse strafproces, omdat deze inquisitoir van aard zou zijn.¹⁰⁴ Bij een inquisitoir strafproces is de verdachte meer een object van onderzoek. Bij een accusatoir strafproces zijn partijen zoveel mogelijk gelijkwaardig en wordt de verdachte meer als procespartij gezien. Hierbij zou het idee dat de verdachte niet kan worden gedwongen bewijsmateriaal tegen zichzelf te leveren wel aansluiten.¹⁰⁵ Wijsman stelt dat het idee van procesautonomie (door hem aangeduid als morele autonomie) haaks staat op een strafrechtelijk systeem waaraan de verdachte zich moet conformeren.¹⁰⁶ Het nemo-tenetur beginsel ondermijnt dit systeem echter niet. Allereerst is een strikte zuivere scheidslijn tussen een inquisitoir en accusatoir proces in het Nederlandse strafrecht niet te herkennen.¹⁰⁷ Richting de 20^e eeuw kreeg het strafproces steeds meer accusatoire trekken.¹⁰⁸ Knigge en van Keulen typeren het huidige strafproces als “*een contradictoair proces dat op inquisitoire leest is geschoeid.*”¹⁰⁹ Ten tweede acht ik het beschermen van de menselijke waardigheid in ieder soort strafproces van belang. Tot slot ben ik van mening dat ook binnen een strikt inquisitoir strafproces geen eisen de proceshouding van verdachte zouden mogen worden gesteld. Dit baseer ik op de conclusie van Cleiren dat de verdachte niet (zoals het OM dat wel doet) in een functionele relatie staat tot de strafrechtspleging.¹¹⁰ Cleiren concludeert dat een verdachte in het strafproces geen publieke taak heeft. Dit valt immers niet uit het wetboek af te leiden.¹¹¹ De verdachte heeft eerder een rol gebaseerd op persoonlijke vrijheid (vgl. het citaat van Groenhuijsen en Knigge in par. 2.2.1).¹¹² Aangezien de verdachte geen gelijkwaardige procespartij is en geen publieke taak heeft, is er geen behoorlijke grond om eisen te stellen aan de proceshouding van verdachte.¹¹³

¹⁰¹ Cliteur & Wissen, Van 1998, p. 29-30.

¹⁰² Toor, Van 2017, p. 379.

¹⁰³ Stevens 2007, p. 6.

¹⁰⁴ Stevens & Koops 2003, p. 5.

¹⁰⁵ Stevens & Koops 2003, p. 5. Zie ook Toor, Van 2017, p. 378.

¹⁰⁶ Wijsman 2017, p. 8.

¹⁰⁷ Keulen & Knigge 2010, p. 32.

¹⁰⁸ Smits 2007, p. 11.

¹⁰⁹ Keulen & Knigge 2010, p. 41.

¹¹⁰ Cleiren 1990, p. 148 – 153.

¹¹¹ Cleiren 1990, p. 153.

¹¹² Cleiren 1990, p. 154.

¹¹³ Cleiren 1990, p. 155.

In zowel een inquisitoir als een accusatoir proces zou de verdachte daarom niet verplicht moeten kunnen worden actief mee te werken aan zijn eigen veroordeling.

2.2.2 Het trilemma-argument

Andere waarden die ten grondslag liggen aan de procesautonomie als rechtsgrond voor het nemo-teneturbeginsel zijn het recht op zelfbehoud en het recht op autonomie. Dit wordt duidelijk aan de hand van het trilemma-argument. Een plicht tot spreken zou de verdachte voor het volgende trilemma stellen: naar waarheid verklaren (met een kans op een veroordeling voor een bepaald delict), niet de waarheid vertellen (met kans op een veroordeling voor meened) of niet verklaren (met kans op een straf). Ditzelfde geldt ongeveer voor een plicht tot meewerken. Hierbij is er meer spraken van een dilemma: meewerken aan onderzoekshandelingen (met een kans op veroordeling), of niet meewerken aan onderzoekshandelingen (met kans op een straf). Waar deze straf traditioneel gezien marteling betrof, uit dit zich in de huidige tijd vaak als dwang in de vorm van dreiging met een geldboete of gevangenisstraf.¹¹⁴ Dit trilemma (of dilemma) wordt zoals Goldberg al aangaf als ‘cruel’ (als inhumaan of wreed) gezien. Critici vragen zich sterk af waarom. De straf voor de misdaad is immers niet wreed. Waarom is een gedwongen (naar waarheid afgelegde) verklaring die leidt tot die (niet wrede) straf dan wel wreed?¹¹⁵ In mijn optiek zorgt het trilemma ervoor dat de menselijke waardigheid wordt aangetast, omdat het kan dwingen tot zelfbelasting. Dit is gebaseerd op het zelfbehoud-argument. Het argument van zelfbehoud gaat uit van het idee dat geen enkel mens zichzelf zou willen belasten. Dit past volgens van Toor binnen een biologische benadering van de mens.¹¹⁶ Het menselijk leven is namelijk gericht op zelfbehoud en komt voort uit de intrinsieke drang van de mens om zichzelf te beschermen. Dit idee sluit goed aan bij de door Reijntjes geopperde vertaling van het nemo-teneturbeginsel: ‘het beginsel van zelfbescherming’.¹¹⁷ Hoewel zelfbehoud in strikte zin niet meer in het geding is sinds de afschaffing van de doodstraf, is het idee van zelfbescherming in de huidige tijd nog zeer van toepassing. Een mens streeft namelijk ook een bepaalde kwaliteit van leven na. Jezelf verraden en daardoor gestraft worden doet hier afbreuk aan. Zelfdestructie wordt daarom gezien als inhumaan.¹¹⁸ Aanvullend hierop, behoort het maken van autonome keuzes mijns inziens ook tot de kern van ons menselijke bestaan. Door een verdachte voor een trilemma te stellen wordt hij in zijn autonomie beperkt, omdat hij niet vrij kan beslissen.

2.2.2.1 Tegenargumenten

Volgens Green wordt het trilemma-argument in de literatuur grotendeels verworpen, omdat door de voorstanders ervan een onvoldoende en te vage rechtvaardiging voor dit argument wordt gegeven.¹¹⁹ Het argument houdt volgens hem geen stand wanneer de intuïtie over de inhumaniteit ervan niet wordt gedeeld. Green vergelijkt het nemo-teneturbeginsel met de intuïtie dat we verwachten dat familie of vrienden eerlijk antwoord geven op vragen, ook al

¹¹⁴ Wijsman 2017, p. 7.

¹¹⁵ Green 1999, p. 631.

¹¹⁶ Toor, Van 2017, p. 380.

¹¹⁷ Reijntjes 1996, p. 18.

¹¹⁸ Green 1999, p. 631.

¹¹⁹ Green 1999, p. 631.

zou dat antwoord in hun nadeel kunnen strekken.¹²⁰ Als we niet vinden dat het verbergen van slechte handelingen nodig is om nadelige uitkomsten in de privésfeer te voorkomen, waarom zouden we dat dan wel in het strafproces doen?¹²¹ De situatie die Green schetst is echter geen vergelijkbare situatie, omdat de verhouding tussen de overheid en het individu anders is dan die in de privésfeer. Een familielid zal doorgaans niet gedwongen worden om antwoord te geven op een vraag en behoudt daarom zijn of haar keuzevrijheid. Daarnaast zit er een verschil in een morele verwachting of verplichting om antwoord te geven (ook als het in je eigen nadeel strekt) en het daadwerkelijk afdwingen daarvan. De intuïtie dat een verdachte de waarheid zou moeten spreken geldt in het strafrecht voor de meeste mensen waarschijnlijk evengoed. Dit betekent niet dat we de verdachte daartoe ook zouden mogen dwingen. In beide situaties, los van het feit of de intuïtie wel of niet gedeeld wordt, gaat nog steeds het argument op dat dwang zorgt voor een aantasting van het zelfbehoud en de autonomie van de verdachte.

Een ander, door Allen en Mace aangevoerd tegenargument, is dat dit trilemma niet tot onschuldigen strekt.¹²² Een onschuldig persoon die de waarheid spreekt zal zichzelf immers niet belasten. Allen vraagt zich af of dit niet leidt tot de ‘bizarre’ situatie dat het nemo-teneturbeginsel in het voordeel van de schuldige strekt?¹²³ Het zou immers de kans verminderen om schuldigen te straffen. Ik denk dat dit niet het geval is. Allereerst beschermt het nemo-teneturbeginsel mijns inziens ook de ‘onschuldige’ verdachte tegen een trilemma. Hoewel de vertrouwelijke informatie die verstrekt zou moeten worden los kan staan van het strafbare feit waarvoor diegene verdacht wordt, is niet uit te sluiten dat de verdachte andere informatie over zichzelf bekend dient te maken die alsnog belastend is. Mocht hier geen sprake van zijn en het trilemma alleen ‘schuldigen’ beschermt tegen zelfdestructie zie ik dat ook niet als problematisch. De waarheidsvinding kan zoals Allen betoogt inderdaad ten koste gaan van het nemo-teneturbeginsel. Het nemo-teneturbeginsel is echter niet bedoeld om veroordelingen te voorkomen. Het nemo-teneturbeginsel is zoals Schalken stelt gekoppeld aan een “*eerlijk en integer onderzoek*.”¹²⁴ Het waarborgen hiervan kan in bepaalde gevallen zwaarder wegen dan de waarheidsvinding. Waarheidsvinding en nemo-tenetur staan vaak haaks op elkaar, wat maakt dat er bijna altijd sprake is van een afweging die moet worden gemaakt (zie daarvoor par. 2.3). Hoewel het niet hoeven meewerken er dus toe kan leiden dat het beginsel ‘schuldigen’ beschermt tegen een trilemma, leidt dit mijns inziens geenszins tot een bizarre situatie.

2.2.3 Conclusie

Zoals ik heb betoogd is het pressieverbod een instructienorm aan de overheid en een middel om de betrouwbaarheid van het bewijs en de procesautonomie van de verdachte te waarborgen. De betrouwbaarheid van het bewijs acht ik een te beperkte rechtsgrond voor het nemo-teneturbeginsel. Daarnaast kan de betrouwbaarheid van het bewijs ook op andere manieren worden gewaarborgd dan met dit beginsel. De procesautonomie beschouw ik als de kern van het nemo-teneturbeginsel. Uit deze rechtsgrond vloeit een zelfstandige norm voort die

¹²⁰ Green 1999, p. 632.

¹²¹ Green 1999, p. 633.

¹²² Allen & Mace 2004, p. 244.

¹²³ Allen 2008, p. 731.

¹²⁴ T.M. Schalken, annotatie bij HR 2 juli 1990, NJ 1990, 751 (Wangsljm), pt. 5.

gebaseerd is op een fundamenteel recht van het individu en fundamentele beginselen van het strafproces. Het beginsel geeft uiting aan een idee over de verhouding tussen de overheid en de burger en schrijft voor dat de overheid de burger in zijn menselijke waardigheid dient te beschermen. Daarnaast is het beginsel gegrond op het recht van zelfbehoud en autonomie. Hoewel er meer waarden te bedenken zijn die aanvullend hierop hun gelding hebben, zijn dit wat mij betreft de meest fundamentele waarden en bieden zij voldoende rechtvaardiging voor het nemo-teneturbeginsel.

Stevens duidt erop dat wetshistorisch gezien de humaniteit en het recht op zelfbehoud aan bepaalde bepalingen die het nemo-teneturbeginsel tot uitdrukking brengen ten grondslag ligt (zoals bijvoorbeeld aan het huidige art. 96a, tweede lid).¹²⁵ Deze grondslagen kennen volgens haar oorspronkelijk een beperkt bereik en worden door de wetgever niet in verband gebracht met de procesautonomie van verdachte. Zoals blijkt uit wat ik hiervoor uiteen heb gezet is dat wat mij betreft een misvatting van de wetgever. De reikwijdte en toepassing van het beginsel moet mijns inziens juist aan de hand van de bescherming van menselijke waardigheid, het recht op zelfbehoud en het recht op autonomie worden ingevuld. Om deze reikwijdte te kunnen invullen moet echter eerst nog worden bepaald hoe absoluut deze waarden zijn in het licht van andere belangen in het strafproces. Dit zal bezien worden in de laatste paragraaf van dit hoofdstuk.

2.3 Een afweging van belangen

2.3.1 Een relatief recht

Stevens merkt terecht op dat de procesautonomie in de literatuur veelal als absoluut beginsel wordt erkend terwijl in de wetgeving en de rechtspraak hier vrijwel nooit sprake van is.¹²⁶ Procesautonomie wordt altijd afgewogen tegen andere belangen. Het EHRM noemde in Jalloh *'the weight of the public interest'* als een van de beoordelingsfactoren of het nemo-teneturbeginsel is geschonden. Het Hof laat hiermee ruimte open voor een inperking van de procesautonomie vanwege het publieke belang. 'Het publieke belang' is echter een erg ruim en open criterium, wat niet duidelijk maakt in hoeverre het de procesautonomie mag beperken. Ook de Hoge Raad beschouwt het nemo-teneturbeginsel als relatief recht.¹²⁷ De Hoge Raad verwijst hierbij naar het belastingrecht.¹²⁸ In dit rechtsgebied heeft het nemo-teneturbeginsel een beperktere werking dan in het strafproces. Hierbij speelt een rol dat zonder inlichtingenplicht de waarheidsvinding in grote mate belemmerd wordt. Het maatschappelijk belang van een goed functionerend systeem weegt hierbij op tegen het nemo-teneturbeginsel. Ditzelfde geldt voor het verkeersrecht.¹²⁹ Hoewel er in deze rechtsgebieden doorgaans een andere afweging wordt gemaakt dan in het strafprocesrecht, ben ik van mening dat de waarden die ten grondslag liggen aan het nemo-teneturbeginsel hier even goed gelden. Dit blijkt ook uit het feit dat de mate van actieve medewerking bij zowel het belastingrecht als het verkeersrecht

¹²⁵ Stevens 2005, p. 166.

¹²⁶ Stevens 2005, p. 166.

¹²⁷ Toor, Van 2016, p. 40.

¹²⁸ HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:643, r.o. 2.6.6.

¹²⁹ HR 29 oktober 1996, NJ 1997, 232, m.nt. Schalken, r.o. 6.8.

alsnog zoveel mogelijk wordt beperkt. Zoals in de inleiding is aangegeven voert het voor deze scriptie echter te ver om op de rechtvaardiging en wenselijkheid van deze uitzonderingen in te gaan. Wel ga ik in op hoe de belangenafweging in het strafprocesrecht zou moeten worden gemaakt. In mijn afweging ga ik enkel in op het nemo-teneturbeginsel versus waarheidsvinding, omdat waarheidsvinding meerdere belangen vertegenwoordigt (waaronder het slachtofferbelang en het belang van een veilige samenleving).

2.3.2 Belangenafweging

Ashworth stelt een terechte vraag: *“waarom zou er in het strafproces een beginsel worden gerespecteerd dat de mogelijkheden om bewijs van een verdachte te verkrijgen (en dus de mogelijkheid tot waarheidsvinding) beperkt?”*¹³⁰ Dit sluit aan bij wat Smits zich afvroeg: *“Weegt het individuele recht van ene verdachte zwaarder dan het recht van een hele samenleving om zo veel mogelijk te worden gevrijwaard van dergelijke ernstige misdrijven tegen de zedelijkheid en het leven?”*¹³¹ Laat ik beginnen met de kanttekening dat geen enkel beginsel absoluut is. Elke ethische regel kan immers opzij worden geschoven voor andere ethische eisen.¹³² De vraag is wel waar de grens ligt en (wanneer) voor welke andere belangen het beginsel opzij mag worden geschoven. Het antwoord hierop zal altijd een persoonlijke afweging zijn en daarom door iedereen verschillend worden beantwoord. Van Toor betoogt dat de waarheidsvinding niet belangrijker is dan de positie van de verdachte in het strafproces, maar dat er wel een balans in moet worden gevonden. Volgens Smits staat het de wetgever altijd vrij om op grond van andere maatschappelijke belangen een inbreuk te maken op het nemo-teneturbeginsel, zolang er een uitdrukkelijke wettelijke basis voor is.¹³³ Reijntjes is van mening dat niemand gedwongen kan worden bewijsmateriaal dat tegen hem kan worden gebruikt aan het licht te brengen, tenzij andere belangen dat nodig maken. In dat laatste geval mag dat materiaal niet tegen hemzelf worden gebruikt.¹³⁴

Mijns inziens dient de balans tussen waarheidsvinding en de positie van de verdachte juist in het nemo-teneturbeginsel te worden gevonden. Wanneer er altijd een afweging wordt gemaakt met waarheidsvinding neemt de waarde van het nemo-teneturbeginsel in grote mate af, aangezien het nemo-teneturbeginsel vrijwel altijd tot gevolg heeft dat de waarheidsvinding wordt beperkt. Bewijs dat alleen middels de verdachte kan worden verkregen (zoals een wachtwoord in zijn hoofd) komt namelijk niet aan het licht wanneer de verdachte niet wil meewerken. De opvatting van Smits lijkt te veronderstellen dat vrijwel elke inbreuk op het beginsel in principe gerechtvaardigd is (zolang het wettelijk wordt vastgelegd). Het nemo-teneturbeginsel dient er wat mij betreft echter juist toe die wettelijke inbreuken aan banden te leggen. De overheid heeft in het strafproces, met o.a. het oog op waarheidsvinding, een grote hoeveelheid macht. De overheid beschikt over opsporingsbevoegdheden die een inbreuk kunnen maken op de grondrechten van de verdachte. De grens van die bevoegdheden dient mijns inziens gevonden te worden in de actieve medewerking van de verdachte die zijn

¹³⁰ Ashworth & Redmayne 2010, p. 153.

¹³¹ Smits 2007, p. 18.

¹³² Reijntjes 1996, p. 19.

¹³³ Smits 2007, p. 20.

¹³⁴ Reijntjes 1996, p. 19.

procesautonomie in grote mate raakt.¹³⁵ Zoals ik in de voorgaande paragraaf heb betoogd schaaft gedwongen actieve medewerking aan de eigen veroordeling de kern van het menszijn. Het nemo-teneturbeginsel is wat dat betreft te beschouwen als een onaantastbare vrijheid.¹³⁶ Het moet worden gezien als de prijs die betaald moet worden om de integriteit van het strafproces te waarborgen en een menswaardige behandeling te garanderen. De overheid heeft ten slotte alle andere mogelijkheden tot waarheidsvinding nog steeds tot haar beschikking. Echter, wanneer er andere, even zwaarwegende of zwaarder wegende, belangen zijn kan het zijn dat het nemo-teneturbeginsel hiervoor moet wijken. Redmayne betoogt dat er op het nemo-teneturbeginsel, hoewel het recht zeer waardevol is, altijd uitzonderingen mogelijk moeten zijn.¹³⁷ Soms zijn er inderdaad andere belangen die zwaarder wegen. Dit is een morele afweging, die zeer context afhankelijk is, en mijns inziens door de rechter gemaakt moet worden. De zaak Gäfgen, die in paragraaf 3.5 aan bod komt, is hier een goed voorbeeld van.

Niettemin is het van belang om een algemeen beoordelingskader te creëren aan de hand waarvan bepaalde afwegingen kunnen worden gemaakt. Mijns inziens is de mate waarin er inbreuk gemaakt mag worden op het beginsel ten behoeve van andere belangen afhankelijk van de vraag in welke mate er een inbreuk op de menselijke waardigheid, autonomie en zelfbehoud wordt gemaakt. In hoofdstuk 3 zal ik de mate van inbreuk hierop beoordelen voor zes verschillende vormen van medewerking.

¹³⁵ Vgl. Hartman die schrijft dat in het continue spanningsveld tussen waarheidsvinding en de bescherming van verdachte het beginsel de eigen waarde en plaats van de burger benadrukt (Hartman 2004, p. 170).

¹³⁶ Myjer 1979, p. 48.

¹³⁷ Redmayne 2007, p. 232.

Hoofdstuk 3. De reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel in het licht van zijn onderliggende grondslagen

In dit hoofdstuk kom ik toe aan het formuleren van een beoordelingskader aan de hand waarvan de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel kan worden bepaald. Het hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In de eerste paragraaf bespreek ik de relevantie van de Jalloh-criteria die in hoofdstuk 1 voorbij zijn gekomen. Vervolgens ga ik in de tweede paragraaf in op het onderscheid tussen wilsonafhankelijk en wilsafhankelijk materiaal en bespreek ik twee verschillende soorten benaderingen van het nemo-teneturbeginsel die door Van Toor worden onderscheiden. De derde paragraaf voorziet in een algemene uitleg over verschillende vormen van medewerking. Hierin onderscheid ik zes vormen van medewerking die ik relevant acht voor de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel. In de vierde paragraaf komen hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3 samen. Aan de hand van zes gedachte-experimenten ga ik in op de mate waarin gedwongen medewerking de grondslagen van het nemo-teneturbeginsel raakt. Op basis van deze conclusies zal ik de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel bepalen. Tot slot wordt deze reikwijdte in de laatste paragraaf van dit hoofdstuk getoetst aan uitkomsten in concrete zaken.

3.1 Jalloh-criteria

Jalloh was een straatdealer en werd ervan verdacht bolletjes drugs te verkopen. Tijdens zijn arrestatie slikt Jalloh een bolletje drugs in. Om bewijs te verkrijgen beveelt de officier van justitie in deze zaak dat Jalloh een braakmiddel wordt toegediend, zodat hij het bolletje drugs uit zal braken.¹³⁸ Om te kunnen beoordelen of deze manier van bewijsverzekrijging een schending oplevert met het nemo-teneturbeginsel heeft het EHRM vier criteria geformuleerd. Zoals uit hoofdstuk 1 volgt lijkt het erop dat deze criteria onvoldoende houvast bieden om de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel te kunnen bepalen (zie par. 1.3.2). Dit betekent niet dat de criteria voor de reikwijdte onbelangrijk zijn. In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk ga ik in op de Jalloh-criteria en beoordeel ik de waarde van elk afzonderlijk criterium voor de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel.

3.1.1 *Nature and degree of the compulsion*

Het eerste criterium dat volgt uit het Jalloh-arrest is de *'nature and degree of the compulsion'*.¹³⁹ Dit criterium lijkt in de jurisprudentie en in de literatuur de overhand te hebben genomen wanneer het gaat over het nemo-teneturbeginsel. In Jalloh wordt de *'nature and degree of the compulsion'* in verband gebracht met art. 3 EVRM. Het toedienen van een braakmiddel is een vorm van dwang dat als onmenselijk en vernederend moet worden beschouwd.¹⁴⁰ Op dit punt is dit criterium verwarrend, omdat de schending van het nemo-teneturbeginsel samen wordt beschouwd met een schending van art. 3 EVRM.

Voor het nemo-teneturbeginsel is de mate van dwang mijns inziens van weinig belang. Dwang is immers dwang. Ook lichte mate van dwang zorgt ervoor dat de verdachte tot iets wordt

¹³⁸ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133 (Jalloh t. Duitsland).

¹³⁹ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133 (Jalloh t. Duitsland), §117.

¹⁴⁰ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133 (Jalloh t. Duitsland), §118.

genoodzaakt en zijn vrije keuze wordt ontnomen. De dwangproblematiek gaat er mijns inziens om of de dwang de onafhankelijke keuze wegneemt om een bepaalde proceshouding aan te nemen. Of dwang nou in meerdere of mindere mate plaatsvindt maakt voor de beoordeling van het nemo-teneturbeginsel in wezen niet veel uit. De grenzen aan de mate van dwang worden door art. 3 EVRM gesteld (zoals ook blijkt uit Jalloh), en niet door het nemo-teneturbeginsel. In een later gewezen arrest (Ibrahim e.a. t. Vk) oordeelt het Hof omtrent dwang het volgende:

“It is important to recognise that the privilege against self-incrimination does not protect against the making of an incriminating statement per se but, as noted above, against the obtaining of evidence by coercion or oppression. It is the existence of compulsion that gives rise to concerns as to whether the privilege against self-incrimination has been respected. For this reason, the Court must first consider the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence” (mijn onderstrepingen).¹⁴¹

Deze uitleg van het criterium dwang sluit mijns inziens beter aan bij de betekenis van het nemo-teneturbeginsel. Dwang is in deze zin een minimumvoorwaarde om te kunnen spreken van een schending van het nemo-teneturbeginsel. Vrijwillig meewerken aan je eigen veroordeling is immers niet problematisch (een verdacht die vrijwillig een verklaring aflegt wordt niet gedwongen mee te werken aan zijn eigen veroordeling). Dwang geeft blijk van een opsporingshandeling tegen iemands wil in. Het bestaan van dwang staat echter niet op zichzelf bij de beoordeling van een eventuele schending van het nemo-teneturbeginsel. Met de dwang moet de procesautonomie van verdachte zijn geschaad (zie het criterium *‘the use to which the evidence was put’*).

3.1.2 Weight of the public interest

Een tweede criterium uit het Jalloh-arrest is de *‘weight of public interest’*. Dit criterium is niet concreet en biedt weinig houvast. Welke publieke belangen er precies moeten worden meegewogen en welke relatieve waarde aan deze belangen moet worden gehecht blijkt niet uit de jurisprudentie.¹⁴² Opmerkelijk is dat het Hof in §97 ook het volgende overweegt:

“However, public 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”.¹⁴³

Hiermee lijkt het Hof te stellen dat wanneer de essentie van het nemo-teneturbeginsel wordt geraakt het publieke belang dit in geen enkel geval kan rechtvaardigen. Dit sluit aan bij hetgeen ik overwoog in paragraaf 2.3.2. Bij bepaalde mate van schendingen is er mijns inziens geen tot

¹⁴¹ EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (Ibrahim e.a. t. VK), §267.

¹⁴² In Jalloh overweegt het Hof in §119 dat er sprake was van een relatief klein delict (Jalloh was een straatdealer en verkocht drugs op kleine schaal). Het publieke belang kon de ernstige inmenging in zijn geestelijke en lichamelijke integriteit daarom niet rechtvaardigen. De ernst van het delict zou dus een criterium kunnen zijn waaraan het publieke belang kan worden ontleend. Echter, het Hof laat zich er niet over uit of dit ook geldt voor het nemo-teneturbeginsel.

¹⁴³ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133 (Jalloh t. Duitsland), §97.

weinig ruimte mogelijk voor een belangenafweging. In paragraaf 3.3.3 zal ik betogen dat dit geldt voor actieve vormen van medewerking.

3.1.3 *Relevant safeguards*

De ‘*relevant safeguards*’ waar het EHRM als derde criterium over spreekt, zijn procedurele waarborgen die de mate van dwang voldoende reduceren of geoorloofd maken.¹⁴⁴ Dit criterium voegt mijns inziens weinig toe, omdat zowel gereduceerde als geoorloofde dwang strijd op kan leveren met het nemo-teneturbeginsel (zie par. 3.1.1).

3.1.4 *The use to which the evidence obtained was put*

Het vierde en laatste criterium dat in Jalloh werd genoemd is ‘*the use to which the evidence obtained was put*’. Dit criterium kan worden gezien als basiscriterium om een schending van het nemo-teneturbeginsel aan te nemen. Wanneer onder dwang verkregen bewijs niet wordt gebruikt voor een eventuele veroordeling, is er simpelweg geen sprake van ‘meewerken aan je eigen veroordeling’. Ook in de zaak Ibrahim e.a. t. Vk oordeelde het hof dat: “*What is crucial is the use to which evidence obtained under compulsion is put in the course of the criminal trial*” (mijn onderstrepingen).¹⁴⁵

3.1.5 *Conclusie*

Zoals blijkt uit het voorgaande acht ik niet elk criterium dat het EHRM in het arrest Jalloh verschaft even relevant. De manier waarop het bewijs in de strafprocedure wordt gebruikt is mijns inziens van belang om überhaupt te kunnen spreken van een eventuele schending van het nemo-teneturbeginsel. Daarnaast is het publieke belang relevant voor de afweging wanneer er een inbreuk op het nemo-teneturbeginsel zou mogen/moeten worden gemaakt. Het publieke belang zal echter niet in alle gevallen een inbreuk op het nemo-teneturbeginsel rechtvaardigen. Of er sprake is geweest van dwang is relevant om een eventuele schending van het nemo-teneturbeginsel te kunnen vaststellen. Aan de aard en mate van dwang komen mijns inziens weinig gewicht toe. Aan eventuele relevante waarborgen in het strafproces hecht ik geen belang in het licht van het nemo-teneturbeginsel, tenzij deze ervoor zorgen dat mate van dwang zodanig wordt gereduceerd dat er niet langer sprake is van dwang. In de volgende paragraaf ga ik in op een ander (door de wetgever van groot belang geacht) criterium: de aard van het materiaal.

3.2 **Wilsafhankelijk versus wilsonafhankelijk materiaal**

3.2.1 *Interpretatie wetgever*

In de memorie van toelichting schrijft de wetgever dat op basis van het Saunders-arrest geconcludeerd moet worden dat het nemo-teneturbeginsel zich niet uitstrekt tot wilsonafhankelijk bewijsmateriaal, ondanks het feit dat dit materiaal onder dwang is verkregen.¹⁴⁶ Hoewel het belang van het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal na verschillende uitspraken van het EHRM moet worden

¹⁴⁴ Toor, Van 2017, p. 411 – 412.

¹⁴⁵ EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (Ibrahim e.a. t. VK), §269.

¹⁴⁶ Ambtelijke versie juli 2020 Memorie van Toelichting Wetboek van Strafvordering, p. 352.

gerelativeerd volgens de P-G van de Hoge Raad¹⁴⁷, hecht de wetgever er nog veel waarde aan. De wetgever legt de definitie van wilsonafhankelijk materiaal uit als materiaal dat niet verandert al naar gelang het vrijwillig of onder dwang wordt afgestaan.¹⁴⁸ Dat zou betekenen dat materiaal als wilsafhankelijk moet worden bestempeld wanneer dit materiaal kan veranderen wanneer het door de verdachte gedwongen wordt afgestaan. Deze uitleg is moeilijk te rijmen met de overweging in het advies van de Commissie-Koops dat een wachtwoord wordt gezien als wilsafhankelijk materiaal.¹⁴⁹ Een wachtwoord verandert immers niet onder dwang. Een pincode bijvoorbeeld bestaat ook onafhankelijk van een verdachte. Het niet hoeven geven of vertellen ervan ligt dus in een ander criterium.

De Commissie-Koops overweegt dat een wachtwoord niet onafhankelijk van de wil van de verdachte kan worden gekregen, en daarom wilsafhankelijk is.¹⁵⁰ Hier sluit ik mij bij aan. Verdachtes wil moet worden doorbroken, omdat er actieve medewerking van de verdachte is vereist. Dit maakt dat het te verkrijgen materiaal wilsafhankelijk is. Deze uitleg zou de onduidelijkheid over de toepassing van het wilsafhankelijke criterium in verschillende strafzaken (waaronder J.B. t. Zwitserland en Saunders) beter verklaren dan de uitleg van de wetgever. In beide zaken is er onder een bepaalde vorm van dwang een inspanning van de verdachte gevraagd bij de bewijslevering.¹⁵¹ In die inspanning zit mijns inziens het onderscheid tussen wilsafhankelijk- en wilsonafhankelijk materiaal.

3.2.2 *Material-based versus means-based*

Van Toor onderscheidt een material-based en een means-based uitwerking van het nemo-teneturbeginsel. De material-based uitwerking houdt in dat het beginsel beschermt tegen bepaalde bewijsmiddelen. De means-based uitwerking houdt in dat het beginsel beschermt tegen ongeoorloofde dwang, ongeacht het soort bewijsmiddel.¹⁵² Waar de wetgever uitgaat van een material-based uitleg van het nemo-teneturbeginsel is volgens Van Toor het nemo-teneturbeginsel means-based, omdat het bescherming biedt tegen bepaalde vormen van opsporing en niet tegen de gedwongen verkrijging van bepaalde type bewijsmateriaal.¹⁵³ Zo kan materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat vaak door middel van een geoorloofd dwangmiddel worden verkregen (bijvoorbeeld door middel van inbeslagnamebevoegdheden). Er is sprake van een geoorloofde dwang wanneer de opsporingsautoriteiten de geldende nationaal strafvorderlijke en mensenrechtelijke bepalingen niet overtreden. Dit maakt de means-based invulling van Van Toor betrekkelijk, omdat het afhankelijk is van wat er in o.a. de strafvorderlijke wet wordt neergelegd of de dwang geoorloofd is. Als een bepaalde bevoegdheid wettelijk wordt vastgelegd is dit mijns inziens in het licht van het nemo-teneturbeginsel niet automatisch een rechtmatige bevoegdheid.

¹⁴⁷ Concl. P-G Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2020:927, pt. 36.

¹⁴⁸ Ambtelijke versie juli 2020 Memorie van Toelichting Wetboek van Strafvordering, p. 352 – 353.

¹⁴⁹ Rapport Commissie-Koops 2018, p. 105.

¹⁵⁰ Rapport Commissie-Koops 2018, p. 105.

¹⁵¹ Concl. P-G Bleichrodt, ECLI:NL:PHR:2020:927, pt. 38.

¹⁵² Toor, Van 2018, p. 251.

¹⁵³ Toor, Van 2016, p. 36.

Ik ben het met Van Toor eens dat de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel niet ziet op het soort bewijsmateriaal. In het licht van dit beginsel mag elk soort bewijs nog steeds worden verkregen (alhoewel andere grondrechten zoals het recht op privacy of het recht op lichamelijke integriteit hier een andere grens kunnen stellen). Criterium is of de verdachte tegen zijn wil in actief moet meewerken aan de bewijslevering. Hierbij gaat het mijns inziens niet om de vraag of de dwang een wettelijke grondslag heeft, maar om de vraag of er met de dwang voor gezorgd wordt dat verdachte onvrijwillig actief mee moet werken aan zijn veroordeling. Met een geoorloofd dwanmiddel als een inbeslagname bevoegdheid is daar inderdaad geen sprake van. Dergelijke bevoegdheden geven de opsporingsambtenaar toestemming voorwerpen in beslag te nemen. Hiervoor is geen medewerking van de verdachte nodig (de opsporingsambtenaar mag bijv. op grond van art. 96 Sv plaatsen betreden om voorwerpen in beslag te kunnen nemen). Echter, wanneer er nieuwe wetsvoorstellen worden geïmplementeerd waarbij de verdachte gedwongen mag worden bepaalde handelingen te verrichten (zoals het doen van een schrijfsproef) kan de uitkomst anders zijn. Hoewel de bevoegdheid wettelijk gezien dat geoorloofd is, kan het alsnog schending opleveren met nemo-tenetur vanwege de verplichtte actieve medewerking van verdachte.

3.3 De mate van medewerking

Zoals blijkt uit de vorige paragraaf komt er veel gewicht toe aan de vraag of verdachte actief moet mee werken of niet. Myjer legde de grondgedachte van nemo-teneturbeginsel als volgt uit: De verdachte mag niet gedwongen worden actief aan zijn eigen veroordeling mee te werken, maar is slechts verplicht tot een dulden.¹⁵⁴ Een simpele maar accurate uitleg van de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel wat mij betreft. Maar wat is het verschil tussen actief meewerken en dulden? En waarom is het één minder erg dan het andere? In deze paragraaf ga ik eerst in op de definitie van medewerking. Hierbij onderscheid ik zes verschillende vormen van medewerking.

3.3.1 Actief meewerken, passief meewerken en dulden

Actief meewerken houdt in dat de verdachte ‘enige activiteit’ moet verrichten bij de bewijsvergaring tegen zichzelf.¹⁵⁵ Een voorbeeld hiervan is het zelf moeten verzamelen van documenten en overhevelen aan de opsporingsambtenaar. Bij dulden gaat het om een niet-doen, het niet verzetten tegen een onderzoekshandeling zoals omschreven in art. 180 Sr. Een voorbeeld hiervan is het moeten dulden van het uittrekken van haren voor DNA-onderzoek. Er kan ook nog passieve medewerking worden onderscheiden. Dit zit tussen dulden en actief meewerken in. Het gaat om beperkte handelingen zodat anderen in de gelegenheid worden gesteld onderzoek te kunnen doen.¹⁵⁶ Bijvoorbeeld: zich moeten opstellen in een rij voor een Osloconfrontatie. De kern van het bewijs kan zonder medewerking van de verdachte worden

¹⁵⁴ Myjer 1978, p. 14.

¹⁵⁵ Smits 2007, p. 23.

¹⁵⁶ Jörg 1998, aant. 8.2.

onderzocht.¹⁵⁷ De verdachte moet alleen het onderzoek mogelijk maken. Het onderscheid tussen doen en dulden is echter arbitrair.¹⁵⁸

3.3.2 Zes vormen van medewerking

Bij veel onderzoekshandelingen is geen duidelijke scheidslijn te trekken tussen actieve- en passieve medewerking en dulden.¹⁵⁹ Mijns inziens komt dit doordat er ook gevallen te bedenken zijn die tussen deze vormen van medewerking inzitten. Om elke vorm van medewerking die tijdens het opsporingsonderzoek voorbij kunnen komen in een categorie te kunnen plaatsen, onderscheid ik de volgende zes vormen van medewerking:

1. Actieve medewerking in de vorm van een verklaring met bekennde waarde.
2. Actieve medewerking in de vorm van een verklaring m.b.t feitelikheden.
3. Actieve medewerking in de vorm waarbij bewijs nog gecreëerd moet worden.
4. Actieve medewerking in de vorm waarbij (bestaand) fysiek bewijs moet worden overhandigd.
5. Passieve medewerking in de vorm waarbij beperkte handelingen dienen te worden verricht die het mogelijk maken voor anderen om bewijs te vergaren.
6. Dulden in de vorm van het niet verzetten tegen onderzoekshandelingen.

Het onderscheid tussen deze vormen van medewerking is van groot belang, omdat de verschillende vormen van (gedwongen) medewerking ook in verschillende mate inbreuk maken op de onderliggende grondslagen van het nemo-teneturbeginsel. In de volgende paragraaf ga ik aan de hand van zes gedachte-experimenten per vorm van medewerking in op de mate waarin het de onderliggende grondslagen van het beginsel schendt. Dit is nodig om vervolgens te kunnen bepalen welke vorm van medewerking (en onder welke omstandigheden deze vorm van medewerking) toelaatbaar is in het licht van het nemo-teneturbeginsel. Daarvoor grijp ik eerst terug naar de in hoofdstuk 2 onderscheidde grondslagen van het nemo-teneturbeginsel en zet ik uiteen op wat voor manier deze grondslagen van invloed kunnen zijn op de toelaatbaarheid van bepaalde vormen van medewerking.

3.4 Een beoordelingskader voor de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel

3.4.1 Zelfbehoud, autonomie en menselijke waardigheid

In hoofdstuk 2 heb ik betoogd dat het nemo-teneturbeginsel de procesautonomie van de verdachte waarborgt. Het recht om je eigen proceshouding te mogen bepalen in het strafproces geeft uiting aan het idee dat de overheid de menselijke waardigheid dient te beschermen. Wanneer een verdachte als middel wordt gebruikt om een bepaald doel te bereiken, wordt zijn intrinsieke waardigheid aangetast. Als de verdachte als ‘willoos object’ wordt behandeld doordat hij gedwongen wordt iets te doen, wordt de verdachte geïnstrumentaliseerd. Dit maakt dat zijn doel op zich wordt miskent. Het recht op procesautonomie dient er dus toe de verdachte in zijn menselijke waardigheid te beschermen. De procesautonomie beschermt de verdachte er

¹⁵⁷ Jörg 1998, aant. 8.2.

¹⁵⁸ Smits 2007, p. 23.

¹⁵⁹ Koops 2000, p. 42.

daarnaast tegen dat hij voor een ‘wreed’ trilemma komt te staan. Dit trilemma zoals beschreven in hoofdstuk 2 schaadt het recht op zelfbehoud. Het recht op zelfbehoud is gebaseerd op een intrinsieke drang van de mens om zichzelf te beschermen en dus niet te hoeven belasten. Gedwongen zelfdestructie kan worden gezien als wreed. Zoals betoogd hoort ook het maken van autonome keuzes tot ons menszijn. De verdachte dient zo vrij mogelijk te kunnen beslissen.

De reikwijdte van het beginsel is afhankelijk van de mate waarin er een inbreuk op de menselijke waardigheid, autonomie en zelfbehoud wordt gemaakt. Verschillende vormen van medewerking zullen in meer of mindere mate deze waarden raken. Hierbij komt elk van de drie waarden een afzonderlijke afweging toe. In de volgende paragraaf bepaal ik aan de hand van zes gedachte-experimenten per vorm van medewerking in welke mate het de drie genoemde waarden raakt, en welke conclusie daaraan kan worden verbonden.

3.4.2 Zes gedachten-experimenten

In de hiernavolgende gedachte-experimenten ga ik in op voorbeelden van gedwongen medewerking aan iemand zijn eigen veroordeling. Een verdachte kan op meerdere manieren tot bepaalde handelingen gedwongen worden. Hij kan indirect gedwongen worden door te dreigen met een gevangenisstraf of geldboete of hij kan indirect gedwongen worden doordat hij fysiek gemarteld wordt tot hij een bepaalde handeling verricht. Omdat deze laatste vorm van indirecte dwang al wordt beschermd door art. 3 EVRM, ga ik in de komende gedachte-experimenten uit van indirecte dwang in de vorm van dreiging met een straf of boete. De verdachte kan daarnaast direct toe iets gedwongen worden door middel van de sterke arm. Bij actieve vormen van medewerking is het vrijwel onmogelijk de verdachte met de sterke arm ertoe te dwingen bepaalde handelingen te verrichten, omdat zijn eigen wilsbesluit hiervoor nodig is. Een opsporingsambtenaar kan een verdachte bijvoorbeeld niet iets laten opschrijven in zijn eigen handschrift door zijn hand vast te pakken. Er is hier altijd sprake van indirecte dwang. Enkel duldplichten kunnen zowel plaatsvinden door middel van directe dwang als door indirecte dwang. Dit komt omdat duldplichten worden ingezet bij het verkrijgen van materiaal waarvoor de wil van verdachte niet noodzakelijk is. Daarom zal ik alleen in het laatste gedachte-experiment (dat ziet op een duldplicht) uitgaan van directe dwang. Voor elk gedachte-experiment geldt dat er wordt gedacht vanuit de situatie zonder geldende wettelijke waarborgen die voortvloeien uit het nemo-teneturbeginsel (zoals het zwijgrecht in art. 29 Sv).

3.3.3.1 Een bekennende verklaring

Het eerste gedachte-experiment gaat over actieve medewerking in de vorm van een verklaring met ‘bekennende’ waarde. Verdachte wordt verdacht van het plegen van een moord. Hij wordt aangehouden en op het politiebureau verhoord. Verdachte wordt er (indirect) door de opsporingsambtenaren toe gedwongen een verklaring af te leggen of hij degene was die de moord heeft gepleegd. Verdachte heeft geen recht om te zwijgen. Wanneer hij niet verklaart dreigt hem een gevangenisstraf.

In dit geval is er sprake van een ‘wreed’ trilemma waar de verdachte voor komt te staan. Het kan zijn dat de verdachte voor de keuze staat zichzelf te moeten belasten, door of te verklaren, of door niet te verklaren. Dit tast zijn recht op zelfbehoud aan. De menselijke waardigheid van de verdachte wordt in dit geval ook geschonden. Verdachte wordt als ‘willoos object’

behandeld, omdat hij gedwongen wordt iets te doen. Hij wordt daarmee geïnstrumentaliseerd (als dienstbaar tot iets anders beschouwd). Dit miskent dat de verdachte, als mens, een doel-in-zichzelf is. Tot slot wordt de autonomie van verdachte in grote mate aangetast. Er is een wilsbesluit van verdachte nodig om een verklaring af te leggen. Hierdoor kan de verdachte niet meer zijn eigen proceshouding bepalen. Daarnaast zijn de gedachten van verdachte niet langer vrij wanneer hij gedwongen wordt een verklaring af te leggen. De overheid dwingt de verdachte herinneringen op te graven. Dit schendt mijns inziens de mentale autonomie van verdachte.

3.3.3.2 Verklaren van een wachtwoord of code

Het tweede gedachte-experiment gaat over actieve medewerking in de vorm van een verklaring m.b.t. feitelijkheden. Dit gaat dus om verklaringen die verifieerbaar zijn. Dit houdt in dat een verdachte wordt gedwongen een verklaring af te leggen, die niet ziet op het bekennen van een bepaald delict. In deze casus gaat het om dezelfde verdachte als in paragraaf 3.3.3.1. Hij wordt verdacht van moord en wordt aangehouden met een telefoon op zak. Vermoedelijk is daar bewijs op te vinden dat kan leiden tot zijn veroordeling. Verdachte wordt er door de opsporingsambtenaar (indirect) toe gedwongen zijn pincode te vertellen. Wanneer het onzeker is of de telefoon aan de verdachte toebehoort (en hij wordt gevraagd de pincode te vertellen) kan die verklaring van bekennde aard zijn, omdat hieruit kan worden afgeleid dat de verdachte toegang had of kon krijgen tot de telefoon. In deze casus gaat het om een telefoon waarvan onomstotelijk vaststaat dat de verdachte eigenaar is, dus een verklaring zonder bekennde waarde.

In dit geval is er ook weer sprake van een ‘wreed’ trilemma waar de verdachte voor komt te staan. Als de verdachte niet verklaart dreigt hem een gevangenisstraf. Door het vertellen van zijn pincode geeft hij bewijs vrij dat in de telefoon zit dat hem kan belasten. Dit tast zijn recht op zelfbehoud aan. De menselijke waardigheid van de verdachte wordt in dit geval ook geschonden. Verdachte wordt als ‘willoos object’ behandeld, omdat hij gedwongen wordt iets te doen. Hij wordt daarmee geïnstrumentaliseerd. Ook de autonomie van verdachte wordt in grote mate aangetast. Er is een wilsbesluit van verdachte nodig om te verklaren. Hierdoor kan de verdachte later niet meer zijn eigen proceshouding bepalen. Tot slot levert ook het moeten vertellen van je pincode een schending op van zijn mentale autonomie. Dit is de reden waarom de rechtsgrond procesautonomie dit soort verklaringen toch beschermt, ondanks het feit dat de verklaring te controleren is op betrouwbaarheid (zie par. 2.1.1). De verdachte wordt in deze casus gedwongen te vertellen wat de pincode van de telefoon is. Hiermee wordt geïnsideerd dat hij de pincode ook daadwerkelijk weet. De overheid dwingt in die zin de verdachte bepaalde gedachtes te hebben. De verdachte zou er belang bij kunnen hebben bepaalde gedachtes daadwerkelijk te verdringen. Dit tast mijns inziens in grote mate je mentale autonomie aan, omdat gedachtes vrij zouden moeten zijn.

3.3.3.3 Een stuk tekst schrijven voor handschrift-vergelijking

Het derde gedachte-experiment ziet op actieve medewerking in de vorm waarbij bewijs nog gecreëerd moet worden. Op het plaats delict is een briefje gevonden met daarop een stuk geschreven tekst. Om erachter te komen of het handschrift op het briefje van verdachte is wordt hij er (indirect) toe gedwongen dezelfde tekst als op het briefje op te schrijven. Het gaat hier

om bewijs dat alleen door middel van medewerking van de verdachte kan worden gekregen. Verdachte dient te schrijven zoals hij normaal gesproken ook schrijft.

In dit geval is er sprake van een ‘wreed’ trilemma waar de verdachte voor komt te staan. Doordat verdachte bewijs tegen zichzelf moet creëren kan het zijn dat hij zichzelf belast. Dit tast zijn recht op zelfbehoud aan. De menselijke waardigheid van de verdachte wordt in dit geval ook geschonden. Verdachte wordt als ‘willoos object’ behandeld, omdat hij gedwongen wordt iets te doen. Hij wordt daarmee geïnstrumentaliseerd. Tot slot wordt de autonomie van verdachte in grote mate aangetast. Er is een wilsbesluit van verdachte nodig om te handelen. Hierdoor kan de verdachte niet meer zijn eigen proceshouding bepalen.

3.3.3.4 Documenten verzamelen en overhandigen

Het vierde gedachte-experiment ziet op actieve medewerking in de vorm waarbij (bestaand) fysiek bewijs moet worden overhandigd. Verdachte wordt ervan verdacht belasting te ontduiken. Hij wordt er door de opsporingsambtenaren (indirect) toe gedwongen al zijn documenten die betrekking hebben op zijn inkomsten te verzamelen en aan de opsporingsambtenaren te overhandigen. Als hij dit niet doet, dreigt hem een forse geldboete. Ook in dit geval is er weer sprake van een ‘wreed’ trilemma waar de verdachte voor komt te staan. Door documenten te overhandigen, moet hij actieve handelingen verrichten waarmee hij zichzelf kan belasten. Dit tast zijn recht op zelfbehoud aan. De menselijke waardigheid van de verdachte wordt in dit geval ook geschonden. Verdachte wordt als ‘willoos object’ behandeld, omdat hij gedwongen wordt iets te doen. Hij wordt daarmee geïnstrumentaliseerd. Tot slot wordt de autonomie van verdachte in grote mate aangetast. Er is een wilsbesluit van verdachte nodig om te handelen (in dit geval documenten overhandigen). Hierdoor is de verdachte, net als in het voorbeeld hiervoor, niet meer vrij zijn eigen proceshouding te bepalen.

3.3.3.5 Osloconfrontatie

Het vijfde gedachte-experiment ziet op passieve medewerking in de vorm waarbij beperkte handelingen dienen te worden verricht die het mogelijk maken voor anderen om bewijs te vergaren. De verdachte dient zich op te stellen in een rij tussen andere figuranten, zodat getuigen of slachtoffers kunnen zien of zij iemand in de rij herkennen. De verdachte werkt niet actief mee aan bewijsvergaring, maar moet wel enkele handelingen verrichten (het lopen naar de rij, het op een bepaalde manier staan in de rij) zodat de opsporingsambtenaren onderzoekshandelingen kunnen verrichten.

Bij deze vorm van medewerking wordt de menselijke waardigheid van verdachte mijns inziens in lichtere mate aangetast, dan in de voorgaande voorbeelden. De verdachte wordt als ‘willoos object’ behandeld, omdat hij gedwongen wordt iets te doen, maar de handelingen die moeten worden verricht zijn beperkte handelingen zoals ‘lopen’, of ‘staan’. Wel wordt hiermee de autonomie van verdachte aangetast, omdat er een wilsbesluit van verdachte nodig is. Bij passieve medewerking is er echter, in tegenstelling tot bij actieve vormen van medewerking, geen sprake van een ‘wreed’ trilemma. De handelingen die moeten worden verricht maken het mogelijk voor anderen om bewijs te vergaren. De verdachte is daardoor niet bezig met directe bewijslevering tegen zichzelf, waardoor het recht op zelfbehoud mijns inziens niet in het geding is.

3.3.3.6 DNA-afname

Het zesde en laatste gedachte-experiment ziet op een duldplicht. Verdachte wordt ertoe gedwongen DNA-materiaal af te staan in de vorm van haren. Dit kan door middel van directe dwang gebeuren. De verdachte wordt dan vastgehouden of geboeid en de haren worden uit zijn hoofd getrokken door de opsporingsambtenaar. In dat geval hoeft de verdachte dus geen enkele handeling te verrichten. Hij moet slechts niet tegenstribbelen.

De verdachte komt hier niet voor een keuze te staan om zichzelf te belasten. Er is daardoor geen sprake van een 'wreed' trilemma dat zijn recht op zelfbehoud schaadt. Ook wordt de verdachte niet geïnstrumentaliseerd. Hoewel de verdachte wel als middel wordt gebruikt om bewijs te vergaren, wordt hij niet als 'willoos object' behandeld omdat hij niet gedwongen wordt iets te doen. Tot slot is er bij duldplichten geen wilsbesluit nodig van de verdachte. Dit maakt dat hij zijn autonomie om zijn eigen proceshouding te bepalen behoudt.

Dat duldplichten in het Wetboek van Strafvordering over het algemeen niet in strijd worden geacht met het nemo-teneturbeginsel,¹⁶⁰ beschouw ik daarom niet verwonderlijk. Duldplichten leveren geen schending op van de drie grondslagen van het nemo-teneturbeginsel. Eerder is het recht op lichamelijke integriteit of recht op privacy in het geding bij duldplichten, dan het recht jezelf niet te hoeven belasten.

3.4.3 Reikwijdte

In het licht van de grondslag 'menselijke waardigheid' dient het uitgangspunt in het strafproces te zijn dat de verdachte niet als middel voor de bewijsvergaring wordt gebruikt. Als bewijs ook op een andere manier kan worden verkregen verdient dat de voorkeur. In de praktijk is dit echter niet altijd mogelijk. Bepaald bewijs kan alleen maar via de verdachte worden verkregen. In bepaalde gevallen is dit toelaatbaar in het licht van het nemo-teneturbeginsel. Mijns inziens is dit in beginsel afhankelijk van de mate waarin een vorm van gedwongen medewerking de grondslagen van het nemo-teneturbeginsel raakt. Op grond van de gedachte-experimenten kan hierover het volgende worden geconcludeerd:

- Bij *duldplichten* is er geen wilsbesluit van verdachte nodig om tot bewijsvergaring te komen. Dit maakt dat er geen sprake is van zelfbelasting (omdat de verdachte zelf niet hoeft mee te werken aan bewijslevering tegen zichzelf). Dit maakt daarnaast dat de autonomie van de verdachte slechts in geringe mate wordt geraakt. Hoewel de verdachte wel voor bewijsvergaring wordt gebruikt, kunnen duldplichten over het algemeen toelaatbaar worden geacht in het licht van het nemo-teneturbeginsel. De mate van schending van de grondslagen is gering, terwijl met de bewijsverkrijging een groot belang wordt gediend. O.a. het recht op lichamelijke integriteit en het recht op privacy kunnen hier andere grenzen aan stellen.
- Bij vormen van *gedwongen passieve medewerking* is er geen sprake van zelfbelasting, omdat de handeling die door de verdachte wordt verricht niet direct leidt tot bewijslevering tegen zichzelf. Vormen van passieve medewerking zullen daarom ook toelaatbaar worden

¹⁶⁰ Stevens 2019, p. 3.

geacht in het licht van het nemo-teneturbeginsel. Omdat er wel sprake is van een wilsbesluit dat nodig is van de verdachte, dient hier enigszins terughoudend mee om te worden gegaan.

- Elke vorm van *gedwongen actieve medewerking* raakt alle drie de grondslagen van het nemo-teneturbeginsel in meer of mindere mate. Bij alle vier de gedachte-experimenten is er sprake van zelfbelasting, een inbreuk op de autonomie en een inbreuk op de menselijke waardigheid. Mijns inziens leidt dat ertoe dat vormen van gedwongen actieve medewerking altijd een schending opleveren met het nemo-teneturbeginsel.

Wijsman concludeert in zijn proefschrift dat het toepassingsbereik van het nemo-teneturbeginsel beperkt dient te worden tot verklaringen en bewijs met ‘verklarende’ waarde.¹⁶¹ Zoals uit de gedachte-experimenten volgt acht ik dit toepassingsbereik te beperkt omdat bewijs met verklarende waarde niet een grotere schending oplevert dan verklaringen m.b.t. feitelijkheden.

Koops bepaalt het toepassingsbereik van het nemo-teneturbeginsel aan de hand van drie verschillende cirkels.¹⁶² De concentrische cirkel (waar het beginsel bijna absolute werking heeft): de verklaringsvrijheid. De middelste cirkel (waar het beginsel sterke werking heeft): afgedwongen vormen van actieve medewerking. De buitenste cirkel (waar het beginsel zwakke werking heeft): afgedwongen duldplichten. Aan de hand van de gedachte-experimenten kan ik deze conclusie goed volgen. De eerste twee genoemde voorbeelden van actieve medewerking (die zien op verklaringen), leveren een schending op van alle drie de grondslagen van het nemo-teneturbeginsel. Daarbij zorgen gedwongen verklaringen ook voor een aantasting van de mentale autonomie. De middelste cirkel (de overige twee vormen van actieve medewerking), zorgt niet voor een aantasting van de mentale autonomie, maar wel voor een aantasting van de drie grondslagen. Duldplichten (maar dit geldt mijns inziens ook voor passieve medewerking) hebben een zwakke werking. Dit komt omdat bij deze vormen van medewerking de grondslagen niet, of in beperkte mate, geschonden worden.

Stevens betoogde in 2005 dat zonder het nemo-teneturbeginsel procesautonomie, zelfbehoud en humaniteit ook recht van bestaan hebben en beter kunnen vertellen om welk recht het in een bepaalde zaak gaat i.p.v. het nemo-teneturbeginsel.¹⁶³ Mijns inziens komt dit de duidelijkheid van de reikwijdte niet ten goede, omdat (zoals blijkt uit de gedachte-experimenten) het vaak een combinatie is van deze rechten dat maakt dat het nemo-teneturbeginsel in grote mate of in minder grote mate geschonden wordt. Wanneer de rechten afzonderlijk in een strafproces worden behandeld is het onduidelijk hoeveel gewicht ertoe komt aan elk afzonderlijk recht en hoe deze rechten in samenhang moeten worden beoordeeld. Vooralsnog lijkt mij het nemo-teneturbeginsel, met dit kader, een duidelijker en wenselijker (zelfstandig) recht dat grenzen kan stellen aan de opsporing. Zoals gezegd is dit beoordelingskader bedoeld om een schending van het nemo-teneturbeginsel te kunnen constateren. Dit betekent niet dat een schending van het beginsel in geen enkel geval gerechtvaardigd is (zie par. 2.3.2). Dit zal een morele afweging zijn afhankelijk van de concrete context.

¹⁶¹ Wijsman 2017, p. 451.

¹⁶² Koops 2000, p. 50.

¹⁶³ Stevens 2005, p. 162.

3.5 Toetsing aan uitkomsten in concrete zaken

In de voorgaande paragraaf heb ik een beoordelingskader gecreëerd voor de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel. Dit beoordelingskader heb ik gebaseerd op beginselen omschreven in hoofdstuk 2. In deze paragraaf leg ik mijn beoordelingskader naast rechterlijke uitspraken, om te zien of dit kader aansluit op de concrete context. Ik kies voor een behandeling van een viertal zaken geweest door het EHRM die, zoals eerder aan bod is gekomen, volgens verschillende auteurs moeilijk lijken te rijmen met elkaar: Jalloh¹⁶⁴, Saunders¹⁶⁵, J.B. t. Zwitserland¹⁶⁶ en Gäfgen¹⁶⁷.

3.5.1 Saunders

Saunders werd in een administratief onderzoek door een inspecteur gehoord over mogelijke fraude. Bij dit onderzoek had Saunders een spreekplicht. Gaandeweg werd Saunders tijdens het verhoor als verdachte beschouwd. Verklaringen die Saunders tijdens het verhoor (waarbij dus een spreekplicht gold) had afgelegd, werden in het strafrechtelijk onderzoek tegen hem gebruikt.¹⁶⁸ Het Hof overweegt dat er daarom sprake is van een schending van het nemo-teneturbeginsel.¹⁶⁹ Deze schending kan niet worden gerechtvaardigd door het publiek belang om ondernemingsfraude op te sporen en te bestraffen.¹⁷⁰

In Saunders is er duidelijk sprake van een verklaring afgelegd onder (indirecte) dwang. Het gaat hier om actieve medewerking in de vorm van een verklaring met ‘bekennende’ waarde. Dit is een gedwongen vorm van actieve medewerking die de procesautonomie van verdachte in grote mate schendt. Zoals volgt uit het beoordelingskader van par. 3.4 is er (zoals ook het Hof oordeelt) bij een dergelijke vorm van medewerking weinig tot geen ruimte voor een belangenafweging. De uitkomst in deze zaak acht ik daarom juist en ligt in lijn met mijn beoordelingskader.

De zaak Saunders heeft mijns inziens voor veel onnodige verwarring gezorgd m.b.t. het nemo-teneturbeginsel. Het Hof brengt in paragraaf 69 een onderscheid aan tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal (zie par. 1.3.2). Als voorbeelden van wilsonafhankelijk materiaal noemt het hof DNA, bloed, urine en documenten.¹⁷¹ Dit is vanuit mijn uitleg van wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal (zie par. 3.2.1) goed te begrijpen. De voorbeelden die het Hof noemt betreffen soorten materiaal die over het algemeen zonder medewerking van de verdachte kunnen worden verkregen (bijvoorbeeld door middel van duldplichten of door middel van een inbeslagname bevoegdheid). Wanneer dit materiaal echter zelf moeten worden overlegd, omdat de overheid er zelf niet bij kan, verandert de zaak. Er is

¹⁶⁴ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133 (Jalloh t. Duitsland).

¹⁶⁵ EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699, m.nt. Knigge (Saunders t. Verenigd Koninkrijk).

¹⁶⁶ EHRM 3 mei 2001, appl. nr. 31827/96 (J.B. versus Zwitserland).

¹⁶⁷ EHRM 30 juni 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD9658, m.nt. Buruma (Gäfgen).

¹⁶⁸ EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699, m.nt. Knigge (Saunders t. Verenigd Koninkrijk), §72.

¹⁶⁹ EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699, m.nt. Knigge (Saunders t. Verenigd Koninkrijk), §76.

¹⁷⁰ EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699, m.nt. Knigge (Saunders t. Verenigd Koninkrijk), §74.

¹⁷¹ EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699, m.nt. Knigge (Saunders t. Verenigd Koninkrijk), §69.

dan actieve medewerking van de verdachte nodig, waardoor er sprake is van ‘wilsafhankelijk materiaal’. Wanneer verdachte wordt gedwongen zelf bloed af te nemen of documenten te verzamelen en te overhandigen, is er alsnog sprake van een schending van het nemo-teneturbeginsel, ook al kan dit materiaal over het algemeen als wilsonafhankelijk materiaal worden beschouwd. Zoals eerder betoogd gaat het niet om de aard van het materiaal, maar om de vraag of het zonder medewerking van de verdachte is verkregen.

3.5.2 J.B. t. Zwitserland

In de zaak J.B. t. Zwitserland wordt J.B. ervan verdacht belasting te ontduiken. Aan J.B. wordt meermalen gevraagd documenten te overleggen van bepaalde investeringen. Hij weigert dit te doen, waarna hij administratieve boetes krijgt opgelegd. Het Hof oordeelt dat er een schending is van het nemo-teneturbeginsel op grond van het volgende:

“Thus, it appears that the authorities were attempting to compel the applicant to submit documents which would have provided information as to his income in view of the assessment of his taxes (...).”¹⁷²

De handeling in J.B. t. Zwitserland valt onder de vorm van actieve medewerking in de vorm waarbij (bestaand) fysiek bewijs moet worden overhandigd. Het oordeel van het Hof sluit mijns inziens daarom aan op de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel. J.B. wordt ertoe gedwongen zelf bewijs te overhandigen. Anders zou het oordeel zijn wanneer de documenten zonder medewerking van J.B. in beslag waren genomen door de opsporingsambtenaren.

De reden waarom volgens Stevens de uitspraak in J.B. t. Zwitserland moeilijk te rijmen lijkt met bijv. het arrest Saunders heeft te maken met het feit dat het lijkt te gaan om uitleveren van ‘wilsonafhankelijk’ materiaal (het Hof noemde in Saunders immers documenten als voorbeeld).¹⁷³ Echter, zoals hiervoor betoogd gaat het dus niet om de aard van het materiaal, maar om de vraag of er sprake is van actieve medewerking om het materiaal te kunnen verkrijgen.

3.5.3 Jalloh

De zaak Jalloh is al meermalen aanbod gekomen. Kortgezegd stond centraal in deze zaak dat Jalloh een braakmiddel toegediend heeft gekregen, zodat hij een bolletje drugs uit zou braken. Jalloh weigerde het braakmiddel in te nemen, waarna hij onder dwang het braakmiddel via een slang in de neus kreeg toegediend. Ook werd er braakmiddel bij Jalloh ingespoten. Jalloh braakte hierdoor een bolletje cocaïne uit, wat vervolgens als bewijs in de strafzaak tegen hem werd gebruikt. Het Hof oordeelt dat deze vorm van dwang onmenselijk en vernederend is en daardoor in strijd met art. 3 EVRM. Het Hof oordeelt daarnaast dat het nemo-teneturbeginsel is geschonden.¹⁷⁴ De schending van art. 3 EVRM lijkt daarbij een belangrijke rol te spelen.

¹⁷² EHRM 3 mei 2001, appl. nr. 31827/96 (J.B. versus Zwitserland), §66.

¹⁷³ Stevens 2007, p. 2.

¹⁷⁴ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133 (Jalloh t. Duitsland), §122.

Volgens Stevens lijkt de beoordeling van de schending van het nemo-teneturbeginsel gebaseerd te zijn op één grote cirkelredenering. Volgens haar lijkt het Hof de schending van het nemo-teneturbeginsel voornamelijk te baseren op een soort onderbuikgevoel.¹⁷⁵ Ik sluit mij aan bij Stevens dat de uitleg van het Hof ontoereikend is. De uitleg van het Hof m.b.t. de schending van het nemo-teneturbeginsel wordt voornamelijk samen gezien met een schending van art. 3 EVRM.¹⁷⁶ Hoewel op grond van art. 3 EVRM ook tot bewijsuitsluiting kan worden gekomen, moeten het nemo-teneturbeginsel en art. 3 EVRM niet met elkaar worden verward of samen worden beschouwd. Het zijn immers twee verschillende rechten.

Wanneer in deze casus het toedienen van het braakmiddel puur vanuit het nemo-teneturbeginsel worden beoordeeld, moet mijns inziens slechts worden gekeken naar het feit dat Jalloh door middel van dwang tegen zijn wil in moet braken om bewijs tegen zichzelf te leveren. Ook wanneer deze vorm van dwang niet onmenselijk is of vernederend zou zijn, levert dit een schending van het nemo-teneturbeginsel op. Het moeten braken kan namelijk worden gezien als een vorm van actieve medewerking waarbij (bestaand) fysiek bewijs moet worden overhandigd. Wanneer de opsporingsambtenaren zouden hebben gewacht tot het bolletje cocaïne via de natuurlijke weg naar buiten zou zijn gekomen, dan stond hen niks in de weg om dit te gebruiken voor het bewijs (het gaat immers niet om de aard van het materiaal).

Door Stevens wordt gesteld dat met deze uitspraak het Hof lijkt te stellen dat de mate van dwang van belang is voor een schending van het beginsel (omdat de schending van het nemo-teneturbeginsel wordt beoordeeld aan de hand van een inbreuk op lichamelijke integriteit en de onmenselijke behandeling). Dit strookt niet met de uitspraken in J.B. t. Zwitserland en Saunders, aangezien deze rechten hier niet in het geding waren.¹⁷⁷ De uitleg van het arrest Jalloh in het licht van mijn beoordelingskader neemt deze verwarring mijns inziens weg, omdat het dus niet lijkt te gaan om de mate van dwang. Ook hier is weer sprake van gedwongen actieve medewerking, dat maakt dat het nemo-teneturbeginsel is geschonden.

3.5.4 Gäfgen

Tot slot de zaak Gäfgen, wat een vreemde eend in de bijt is.¹⁷⁸ Gäfgen werd ervan verdacht een kind te hebben ontvoerd en te hebben gewurgd. Tijdens het verhoor werd Gäfgen door een opsporingsambtenaar met ernstig lichamelijk geweld bedreigd als hij niet zou vertellen waar het kind was. Gäfgen bezweek onder deze druk en legde een verklaring af over de verblijfplaats van het kind. Op grond van de bijzondere omstandigheden in deze zaak heeft het hof, ondanks het feit dat er een schending van art. 3 EVRM werd geconstateerd op grond waarvan er een gedwongen verklaring werd afgelegd, geoordeeld dat het nemo-teneturbeginsel niet was geschonden.¹⁷⁹ Er was namelijk sprake van een '*vital public interest*', zowel bij het redden van het leven van het vermiste kind als bij het veroordelen van Gäfgen voor de moord van het

¹⁷⁵ Stevens 2007, p. 6.

¹⁷⁶ EHRM 11 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY9133 (Jalloh t. Duitsland), §118.

¹⁷⁷ Stevens 2007, p. 5.

¹⁷⁸ EHRM 30 juni 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD9658, m.nt. Buruma (Gäfgen).

¹⁷⁹ EHRM 30 juni 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD9658, m.nt. Buruma (Gäfgen), §109.

kind.¹⁸⁰ Ook de verwachting dat de bewijsstukken in een later stadium hoe dan ook zouden zijn gevonden woog het Hof mee in zijn overweging.¹⁸¹ Dit is een opmerkelijke uitspraak, omdat het de eerste keer is dat het Hof bewijs dat door middel van een schending van art. 3 EVRM is verkregen toelaat in een strafproces.¹⁸² Hoewel art. 3 EVRM een absoluut beginsel is en geen enkel publiek belang een schending hierop rechtvaardigt,¹⁸³ lijkt het Hof hier m.b.t. het nemo-teneturbeginsel toch anders over te denken.

Het betrof geen unanieme beslissing in deze zaak. In de dissenting opinion van dit arrest wordt door Judge Kalaydjieva betoogd dat het nemo-teneturbeginsel wel zou zijn geschonden. Het Hof zou moeten bepalen of *“the prosecution in a criminal case sought to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused”*. Alleen al het feit dat dergelijk bewijs in deze zaak werd gebruikt, zou volgens rechter Kalaydjieva voldoende zijn om een schending van nemo-teneturbeginsel te constateren. Het Hof zou daarbij niet mogen speculeren over of het bewijs later toch wel aan het licht zou zijn gekomen.¹⁸⁴

Mijns inziens heeft Judge Kalaydjieva wat betreft de schending van het nemo-teneturbeginsel het bij het juiste eind. Blijkens de definitie van het nemo-teneturbeginsel is er in de zaak Gäfgen wel degelijk een schending van het nemo-teneturbeginsel. Immers, Gäfgen wordt (indirect) gedwongen een bekennende verklaring af te leggen. Het zwaarwegende publieke belang maakt niet dat er geen sprake meer is van een schending van het nemo-teneturbeginsel. Intuïtief gezien kan ik mij voorstellen dat het belang van het vinden van het kind, dat mogelijk nog in leven is, in deze zaak zwaarder weegt dan het recht om zichzelf niet te hoeven belasten. De uitkomst in deze zaak acht ik daarom ook niet onjuist, omdat het nemo-teneturbeginsel opzij kan worden geschoven voor andere (even zwaarwegende of zwaarder wegende) belangen. Echter, dit verandert mijns inziens niets aan de vraag of het nemo-teneturbeginsel geschonden is.

Of een schending van het nemo-teneturbeginsel gerechtvaardigd wordt door andere publieke belangen zijn morele afwegingen die in dergelijke casussen door de rechter gemaakt dienen te worden. Hierbij dient er mijns inziens wel voor gewaakt te worden dat de deur niet wagenwijd open wordt gezet voor schendingen van het nemo-teneturbeginsel in zaken die een publiek belang hebben. Het beginsel zal dan zijn waarde verliezen.

5.3.5 Conclusie

Geconstateerd moet worden dat de overwegingen van het Hof in de vier besproken zaken niet geheel zuiver zijn en niet altijd even goed met elkaar lijken te stroken. Ik sluit mij aan bij Stevens dat een algemene bespreking van het nemo-teneturbeginsel in combinatie met andere rechten (zoals art. 3 EVRM) de discussie over de reikwijdte van het beginsel laat

¹⁸⁰ EHRM 30 juni 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD9658, m.nt. Buruma (Gäfgen), §92.

¹⁸¹ EHRM 30 juni 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD9658, m.nt. Buruma (Gäfgen), §92.

¹⁸² Dissenting opinion van rechter Kalaydjieva bij EHRM 30 juni 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD9658 (Gäfgen).

¹⁸³ EHRM 30 juni 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD9658, m.nt. Buruma (Gäfgen), §69.

¹⁸⁴ Dissenting opinion van rechter Kalaydjieva bij EHRM 30 juni 2008, ECLI:NL:XX:2008:BD9658 (Gäfgen).

vertroebelen.¹⁸⁵ Hoewel ik het niet eens ben met bepaalde overwegingen van het Hof, acht ik de uitkomsten in deze concrete zaken in het licht van mijn beoordelingskader juist. Het in 3.4 geschetste beoordelingskader voor de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel strookt met deze intuïties, en biedt mijns inziens een duidelijke verklaring voor de uitkomsten in deze verschillende zaken. Alle vier de zaken hebben met elkaar gemeen dat er sprake was ‘*evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused*’, waarbij de verdachte actief heeft moeten meewerken aan de bewijslevering. Mijn beoordelingskader sluit mijns inziens daarom voldoende aan op de concrete context in strafzaken en kan worden toegepast op de rechtspraak.¹⁸⁶ In het volgende en laatste hoofdstuk zal ik aan de hand van dit beoordelingskader de conformiteit van de conceptwetsvoorstellen met het nemo-teneturbeginsel beoordelen, waarmee de onderzoeksvraag van deze scriptie wordt beantwoord.

¹⁸⁵ Stevens 2007, p. 6.

¹⁸⁶ Burg, Van der & Pierik 2003, p. 5.

Hoofdstuk 4: Conformiteit van de conceptwetsvoorstellen met het nemo-teneturbeginsel

In hoofdstuk 1 heb ik twee conceptwetsvoorstellen besproken in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering. Het nieuwe art. 2.7.44, tweede lid, met betrekking tot biometrische en ontgrendeling en het nieuwe art. 2.6.14, eerste lid, sub a en b met betrekking tot handschrift- en spraakvergelijkend onderzoek. Uit de probleemstelling van deze scriptie bleek dat er geen juist kader voorhanden is om te beoordelen of de conceptvoorstellen in overeenstemming zijn met het nemo-teneturbeginsel. Dit kader heb ik gecreëerd in hoofdstuk 3 op grond van de (door mij bepaalde) grondslagen van het nemo-teneturbeginsel (zie H2). In dit hoofdstuk kom ik toe aan de beantwoording van de laatste deelvraag van deze scriptie: *'In hoeverre zijn deze conceptvoorstellen in overeenstemming met het nemo-teneturbeginsel in het licht van de onderliggende grondslagen van dit beginsel?'* Ik zal deze vraag voor beide wetsvoorstellen afzonderlijk beantwoorden. Eerst volgt een weergave van wat er door de wetgever en de Commissie-Koops over de conformiteit van de conceptwetsvoorstellen met het nemo-teneturbeginsel is gezegd. Hier licht ik mijn zienswijze op toe. Vervolgens beoordeel ik de voorstellen in het licht van de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel zoals geschetst in hoofdstuk 3. Ik zal concluderen dat art. 2.7.44, tweede lid, toelaatbaar is in het licht van het nemo-teneturbeginsel. Art. 2.6.14, eerste lid, sub a en b acht ik in strijd met het nemo-teneturbeginsel en zou daarom geen plaats moeten krijgen in het nieuwe Wetboek van Strafvordering.

4.1 Biometrische toegangsverschaffing

4.1.1 Memorie van toelichting en advies Commissie-Koops

Op basis van het advies van de Commissie-Koops is de wetgever tot het voorgestelde art. 2.7.44, tweede lid, gekomen. De bevoegdheid beschreven in dit artikel houdt kort gezegd in dat in geval van biometrische beveiliging of versleuteling de officier van justitie een opsporingsambtenaar kan bevelen de biometrische versleuteling ongedaan te maken. De opsporingsambtenaar kan tegen de wil van degene van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij deze beveiliging of versleuteling ongedaan kan maken, de maatregelen treffen die daartoe redelijkerwijs noodzakelijk zijn. Dit maakt ook mogelijk dat de vinger van een verdachte tegen zijn wil in wordt gebruikt voor biometrische ontgrendeling zoals eerder al gebeurde in de biometrische ontgrendeling zaak. De verdachte is verplicht tot een dulden. Omdat er geen bevel aan de verdachte wordt gegeven staan het nieuwe art. 2.7.2 (oude art. 96a Sv) hier niet aan in de weg.¹⁸⁷

De definitie van biometrische gegevens blijkt uit art. 1, onderdeel s van de Wet tot wijziging van de Wpg en de Wjsg ter implementatie van de Europese regelgeving over de verwerking van persoonsgegevens met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen.¹⁸⁸ Biometrische gegevens

¹⁸⁷ Ambtelijke versie juli 2020 Memorie van Toelichting Wetboek van Strafvordering, p. 425.

¹⁸⁸ Wet van 17 oktober 2018, Stb. 401.

worden gedefinieerd als “*persoonsgegevens die het resultaat zijn van een specifieke technische verwerking met betrekking tot de fysieke, fysiologische, of gedragskenmerken van een natuurlijke persoon op grond waarvan de eenduidige identificatie van die persoon mogelijk is of bevestigd wordt, zoals afbeeldingen van het gezicht of dactyloscopische gegevens*”. Een vingerafdruk valt hieronder. Voor de rechtvaardiging van de bevoegdheid gaat de wetgever slechts in op de mate van inbreuk op de lichamelijke integriteit en de persoonlijke levenssfeer.¹⁸⁹ Dit zijn zoals betoogd niet de belangen die het nemo-teneturbeginsel dient te beschermen. Uit het advies van de Commissie-Koops volgt met betrekking tot het nemo-teneturbeginsel dat biometrisch materiaal gelijk te stellen is aan bijvoorbeeld bloed of DNA, en dus onafhankelijk van de wil van de verdachte kan worden verkregen.¹⁹⁰ Het nemo-teneturbeginsel staat daarom niet in de weg aan het wetsvoorstel m.b.t. biometrische toegangsverschaffing.¹⁹¹

Hoewel ik het oneens ben met de uitleg van de wetgever acht ik de conclusie van de Commissie-Koops wel juist. Biometrische ontgrendeling levert mijns inziens geen strijd op met het nemo-teneturbeginsel. Dit zal blijken uit de volgende paragraaf.

4.1.2 Conformiteit biometrische toegangsverschaffing met het nemo-teneturbeginsel

Gedwongen biometrische toegangsverschaffing moet als een duldplicht worden beschouwd. De wil van de verdachte is niet nodig om een vingerafdruk te verkrijgen. De verdachte hoeft geen enkele handeling te verrichten. De opsporingsambtenaar kan de verdachte boeien en zijn vinger afdruk op de telefoon leggen. De verdachte hoeft dus enkel te dulden. Op grond van de reikwijdte bepaald in paragraaf 3.4.3 leveren duldplichten geen schending op van de procesautonomie van de verdachte, waardoor deze in het licht van het nemo-teneturbeginsel en zijn grondslagen toelaatbaar kunnen worden geacht.

Met het openen van je telefoon wordt er tegenwoordig heel veel informatie over jezelf prijsgegeven. Zoals de Commissie-Koops stelt is daarmee de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte mogelijk erg groot.¹⁹² Dit staat echter los van de nemo-teneturproblematiek. In het licht van andere rechten (zoals het recht op lichamelijke integriteit of het recht op privacy) zou deze methode van bewijsverkrijging problematischer kunnen zijn.

4.2 Handschrift- en spraakvergelijkend onderzoek

4.2.1 Memorie van toelichting en advies Commissie-Koops

Het andere in hoofdstuk 1 besproken conceptwetsvoorstel betreft het nieuwe art. 2.6.14, eerste lid, sub a en b. De bevoegdheden beschreven in dit artikel houden in dat een verdachte er toe mag worden gedwongen een tekst op te schrijven of een tekst uit te spreken. Dit ten behoeve van handschrift- en spraakvergelijkend onderzoek.

¹⁸⁹ Ambtelijke versie juli 2020 Memorie van Toelichting Wetboek van Strafvordering, p. 426.

¹⁹⁰ Rapport Commissie-Koops 2018, p. 105.

¹⁹¹ Rapport Commissie-Koops 2018, p. 105.

¹⁹² Rapport Commissie-Koops 2018, p. 106.

In de memorie van toelichting van de ambtelijke versie juli 2020 laat de wetgever zich uit over de conformiteit van handschrift- en spraakvergelijkend onderzoek. De wetgever schrijft hierover het volgende: *“Onder dwang verkregen mondelinge verklaringen kunnen tot rechterlijke dwalingen leiden. Dat geldt niet voor wilsonafhankelijk bewijsmateriaal omdat dat niet verandert al naar gelang dat vrijwillig of onder dwang wordt afgestaan. Ook spraakopnames van verdachten die voor spraakvergelijking worden gebruikt, beschouwt het EHRM als wilsonafhankelijk materiaal. (...) Hoewel het EHRM zich nooit expliciet heeft uitgelaten over het feit of het handschrift van de verdachte of zijn manier van lopen, als materiaal kan worden aangemerkt dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat, mag (...) redelijkerwijs worden aangenomen dat er voor de verdachte, indien hij wordt gedwongen om aan een onderzoek van deze fysieke eigenschappen mee te werken, geen sprake is van een verplichting tot actieve medewerking aan zijn veroordeling, ook al zijn deze eigenschappen door de wil beïnvloedbaar. Zij bevatten immers feitelijke informatie die eigen is aan een persoon en kunnen daardoor niet op een lijn worden gesteld met mondelinge verklaringen die indien zij onder druk zijn gegeven, tot rechterlijke dwalingen kunnen leiden en mede om die reden door het nemo-teneturbeginsel zijn beschermd.”*¹⁹³

De verschillende standpunten die de wetgever in deze alinea inneemt acht ik onjuist. De stellingname dat handschrift- en spraakvergelijkend onderzoek wilsonafhankelijk materiaal is, is gebaseerd (zoals betoogd in H3) op een verkeerde uitleg van de Straatburgse jurisprudentie. De reikwijdte van het beginsel wordt daardoor onterecht beperkt. Een handschrift en een spraakopname kan niet zonder de wil van de verdachte worden verkregen, en is daarom wilsafhankelijk. De stellingname dat er geen sprake is van actieve medewerking, omdat het gaat om fysieke eigenschappen, kan ik ook niet volgen. De wetgever gebruikt zijn redenering voor het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal hier ook voor actieve medewerking. Zoals betoogd in hoofdstuk 3 zegt actieve medewerking iets over het moeten handelen van de verdachte. Dit staat uiteraard los van de aard van het materiaal. Tot slot sluit ik mij niet aan bij de stellingname dat de eigenschappen, hoewel beïnvloedbaar, slechts feitelijke informatie bevatten. Een handschrift of spraakopname is juist vanwege de mogelijke beïnvloeding geen feitelijk gegeven zoals DNA. Ook zonder bewuste beïnvloeding kan een handschrift of spraakgebruik per keer in bepaalde mate afwijken. Het is dus niet vaststaand. Daarnaast moet het nog gecreëerd worden door verdachte. Dit is bij fysieke eigenschappen zoals DNA en bloed niet het geval.

De Commissie-Koos stelt dat biometrische kenmerken (die wilsonafhankelijk zijn) meer verwant zijn aan lichaamsmateriaal en handelingen als schrijfproeven dan aan wachtwoorden.¹⁹⁴ Hierbij trekt de Commissie-Koops een vergelijking tussen lichaamsmateriaal en handelingen zoals schrijfproeven. Deze redenering kan ik niet volgen. Handelingen zoals schrijfproeven kunnen in tegenstelling tot biometrische kenmerken niet onafhankelijk van de wil van verdachte worden verkregen. Het opschrijven van een stuk tekst

¹⁹³ Ambtelijke versie juli 2020 Memorie van Toelichting Wetboek van Strafvordering, p. 352-353. Zie ook Memorie van Toelichting: Vaststellingswet Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Het opsporingsonderzoek), p. 74.

¹⁹⁴ Rapport Commissie-Koops 2018, p. 105.

kan niet geschieden zonder actieve medewerking van de verdachte. Sterker nog, de opsporingsambtenaar kan slechts instructies geven. De handelingen van verdachte moeten volledig zelf worden verricht. De Commissie-Koops erkent dat voor biometrische gedragskenmerken (waaronder dus een schrijfproef) een meer actieve vorm van medewerking wordt geleverd dan voor biometrische kenmerken. Zij stelt echter dat dit geen beletsel vormt aangezien in de Nederlandse wet vergelijkbare methoden verenigbaar zijn met het nemo-teneturbeginsel. Het enkele gegeven dat in de Nederlandse wet vergelijkbare methoden toelaatbaar worden geacht is mijns inziens een onvoldoende rechtvaardiging voor de toelaatbaarheid ervan. Het geeft eerder blijk van een cirkelredenering: het is toelaatbaar, omdat vergelijkbare handelingen toelaatbaar zijn.

In de volgende paragraaf ga ik in op de conformiteit van dit conceptwetsvoorstel met het nemo-teneturbeginsel en concludeer ik in tegenstelling tot de wetgever dat het voorstel in strijd is met het beginsel.

4.2.2 Conformiteit handschrift- en spraakvergelijkend onderzoek met het nemo-teneturbeginsel

Handschrift- en spraakvergelijkend onderzoek is een vorm van actieve medewerking waarbij bewijs nog gecreëerd moet worden. De verdachte kan door een opsporingsambtenaar worden gedwongen op een manier te schrijven en/of spreken zoals hij normaal ook schrijft en/of spreekt. Dit ten behoeve van handschrift- en/of spraakvergelijking. De verdachte wordt op deze manier gedwongen actieve handelingen te verrichten waarmee hij bewijs creëert dat tegen hem kan worden gebruikt in het strafproces. Aan de hand van zijn spraak of handschrift kan worden beoordeeld of het handschrift dat op een briefje is gevonden van verdachte is, of dat het verdachte zijn stem is die op een geluidsfragment is te horen.

Op grond van de reikwijdte bepaald in paragraaf 3.4.3 leveren vormen van gedwongen actieve medewerking een schending op van het nemo-teneturbeginsel. Hiermee wordt namelijk een inbreuk gemaakt op de menselijke waardigheid van verdachte, zijn recht op autonomie en zijn recht op zelfbehoud. Gedwongen medewerking aan handschrift- en spraakvergelijkend onderzoek levert mijns inziens daarom strijd op met het nemo-teneturbeginsel.

Conclusie

Bij de Modernisering van het Wetboek van Strafvordering zijn er door de wetgever twee wetsvoorstellen gedaan die aanleiding hebben gegeven om onderzoek te doen naar grondslagen en de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel: het nieuwe art. 2.7.44, tweede lid, dat voorziet in de bevoegdheid tot gedwongen biometrische toegangsverschaffing en het nieuwe art. 2.6.14, eerste lid, sub a en b dat voorziet in de bevoegdheid de verdachte te dwingen een tekst op te schrijven of uit te spreken in het kader van handschrift- en spraakvergelijkend onderzoek.

Het nemo-teneturbeginsel is een wereldwijd erkend beginsel. De essentie van het nemo-teneturbeginsel vanuit de moderne betekenis is dat de verdachte dient te worden beschermd tegen gedwongen medewerking aan zijn eigen veroordeling. De conceptwetsvoorstellen hebben beiden gemeen dat de verdachte (onder dwang) voor bewijsvergaring wordt gebruikt. De vraag rijst of dit toelaatbaar is in het licht van het nemo-teneturbeginsel.

Uit de probleemstelling van deze scriptie kwam naar voren dat er geen coherent kader voorhanden is om te beoordelen of de conceptwetsvoorstellen in overeenstemming zijn met het nemo-teneturbeginsel. De reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel wordt in de memorie van toelichting en in de jurisprudentie tegenstrijdig uitgelegd. Dit komt omdat de grondslagen van het beginsel en hun onderlinge verhoudingen ook onduidelijk zijn. Om de conformiteit van de wetsvoorstellen met het nemo-teneturbeginsel te kunnen bepalen is daarom gezocht naar een zelfstandige en voldoende legitimatie voor het nemo-teneturbeginsel aan de hand waarvan vervolgens de reikwijdte van het beginsel kan worden bepaald.

In hoofdstuk 2 zijn de grondslagen van het nemo-teneturbeginsel besproken. In de jurisprudentie en de literatuur komen met name de ratio's betrouwbaarheid van het bewijs, het pressieverbod en de procesautonomie naar voren. De procesautonomie beschouw ik als de kern van het nemo-teneturbeginsel. De procesautonomie geeft uiting aan het idee dat de overheid de burger in zijn menselijke waardigheid dient te beschermen en is gegrond op het recht van zelfbehoud en autonomie. Uit deze rechtsgrond vloeit derhalve een zelfstandige norm voort die gebaseerd is op fundamentele rechten van het individu en fundamentele beginselen van het strafproces. Hoewel het nemo-teneturbeginsel vaak ten koste gaat van waarheidsvinding, is dit mijns inziens de prijs die betaald moet worden om de integriteit van het strafproces te waarborgen en een menswaardige behandeling te garanderen.

In hoofdstuk 3 is op basis van de grondslagen van het nemo-teneturbeginsel een beoordelingskader gecreëerd aan de hand waarvan de reikwijdte van het beginsel kan worden bepaald. Hiervoor is eerst gekeken naar de waarde van de Jalloh-criteria. De manier waarop bewijs wordt gebruikt in het strafproces en de vraag of er sprake is geweest van dwang zijn beoordeeld als minimumvoorwaarde om vast te stellen dat er sprake is van een schending van het nemo-teneturbeginsel. Het publieke belang acht ik relevant voor de afweging of een inbreuk op het nemo-teneturbeginsel zou mogen/moeten worden gemaakt. Aan de aard en mate van dwang, en eventuele relevante waarborgen in het strafproces, komen mijns inziens weinig gewicht toe. Vervolgens is het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal aangeduid. In tegenstelling tot de wetgever beoordeel ik dit onderscheid niet aan de hand van de aard van het materiaal, maar aan de hand van de vraag of het materiaal met

inspanning van de verdachte moet worden verkregen. Bij wilsafhankelijk materiaal moet ‘de wil’ van de verdachte worden doorbroken, omdat er actieve medewerking van de verdachte is vereist. Van belang is dus ook of er sprake is van actieve medewerking van de verdachte. Aan de hand van zes gedachte-experimenten, gebaseerd op zes verschillende vormen van medewerking, is aangeduid waarom. Uit de gedachte-experimenten kunnen de volgende conclusies worden getrokken:

- Duldplichten leveren geen strijd op met het nemo-teneturbeginsel, omdat geen sprake is van zelfbelasting en geen wilsbesluit van verdachte nodig is om tot bewijsvergaring te komen.
- Vormen van passieve medewerking leveren in principe geen strijd op met het nemo-teneturbeginsel. Bij passieve medewerking is er geen sprake van zelfbelasting, omdat de handeling die door de verdachte wordt verricht niet direct leidt tot bewijslevering tegen zichzelf. Omdat er wel sprake is van een wilsbesluit dat nodig is van de verdachte, dient hier enigszins terughoudend mee om te worden gegaan.
- Elke vorm van gedwongen actieve medewerking levert een schending op van het nemo-teneturbeginsel, omdat alle drie de grondslagen van het nemo-teneturbeginsel hierbij in meer of mindere mate worden geschonden.
- Hoewel gedwongen actieve vormen van medewerking altijd een schending van het nemo-teneturbeginsel opleveren, kunnen deze schendingen in bepaalde gevallen gerechtvaardigd zijn. Dit is een morele afweging tussen belangen, die zeer context afhankelijk is, en mijns inziens door de rechter gemaakt moet worden.

Het beoordelingskader voor de reikwijdte is vervolgens getoetst aan uitkomsten in concrete zaken. Hiervoor is gekeken naar Saunders, J.B. t. Zwitserland, Jalloh en Gäfgen. Geconstateerd moet worden dat de overwegingen van het Hof in deze zaken niet geheel zuiver zijn en niet altijd even goed met elkaar lijken te stroken. Desondanks acht ik de uitkomsten in deze concrete zaken in het licht van mijn beoordelingskader voor de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel juist. Mijn beoordelingskader sluit daarom mijns inziens voldoende aan op morele intuïties in concrete zaken. Aan de hand van dit beoordelingskader is tot slot een antwoord geformuleerd op de hoofdvraag van deze scriptie:

‘In hoeverre zijn de op het nemo-teneturbeginsel betrekking hebbende conceptvoorstellen voor de Modernisering van het Wetboek van Strafvordering in overeenstemming met het nemo-teneturbeginsel in het licht van de grondslagen van dit beginsel?’

Biometrische ontgrendeling valt onder een duldplicht. Op grond van het beoordelingskader voor de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel leveren duldplichten geen grote schending op van de procesautonomie van de verdachte, waardoor deze in het licht van het nemo-teneturbeginsel en zijn grondslagen toelaatbaar kunnen worden geacht.

Gedwongen medewerking aan handschrift- en spraakvergelijkend onderzoek levert op grond van het beoordelingskader wel strijd op met het nemo-teneturbeginsel. Het betreft een vorm van gedwongen actieve medewerking, die inbreuk maakt op de menselijke waardigheid van verdachte, zijn recht op autonomie en zijn recht op zelfbehoud.

De wetgever zou er goed aan doen dit laatste conceptwetsvoorstel te heroverwegen. Daarbij is het van belang dat de wetgever zijn eigen uitleg van het nemo-teneturbeginsel nog eens onder de loep neemt en tot een coherent en consistent beoordelingskader komt om de conformiteit van wetsvoorstellen met het nemo-teneturbeginsel te kunnen toetsen. Een dergelijk kader lijkt nu te ontbreken.

LITERATUURLIJST

Allen 2008

R.J. Allen, 'Theorizing about Self-Incrimination', *Cardozo Law Review* 2008, Vol. 30, Issue 3, p. 729-750.

Allen & Mace 2004

R.J. Allen & M. K. Mace, 'The Self-Incrimination Clause Explained and Its Future Predicted', *Journal of Criminal Law & Criminology* 2004, Vol. 94, Issue 2, p. 243-294.

Ashworth 2008

A. Ashworth, 'Self-Incrimination in European Human Rights Law—A Pregnant Pragmatism?', *Cardozo Law Review* 2008, Vol. 30, Issue 3, p. 751-774.

Ashworth & Redmayne 2010

A. Ashworth & M. Redmayne, *The Criminal Process*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Bemelmans 2018

J.H.B. Bemelmans, *Totdat het tegendeel is bewezen. De onschuldpresumptie in rechtshistorisch, theoretisch, internationaalrechtelijk en Nederlands strafprocesrechtelijk perspectief*, (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Bood 2018

A. Bood, 'Geef ze een vinger ... Gedwongen ontgrendeling van een smartphone en het nemo tenetur-beginsel', *NJB* 2018/1880, afl. 36, p. 2744-2748.

Burg, Van der & Pierik 2003

W. van der Burg & R. Pierik, 'John Rawls: de filosoof van de liberaal- democratische verzorgingsstaat', *NJB* afl. 2003/18.

Brems & Vrielink 2010

E. Brems & J. Vrielink, *Menselijke waardigheid in de Nederlandse Grondwet? Voorstudie ten behoeve van de Staatscommissie Grondwet (2009)*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2010.

Corstens 2018

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Cleiren 1990

C.P.M. Cleiren, 'Een grensoverschrijdende verdachte?', in: J.L.M. Boek e.a. (red.), *Grensoverschrijdend strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 141-164.

Cliteur & Wissen, Van 1998

P.B. Cliteur & R.G.T. Wissen, 'De menselijke waardigheid als grondslag voor de mensenrechten: Een beschouwing over het werk van Kant en Schopenhauer in relatie tot de filosofische reflectie over mensenrechten.', in: List G.A. van der (red.), *De rechten van de mens: liberale beschouwingen*. Geschriften van de Prof. Mr. B.M. Teldersstichting Den Haag: Prof. mr B.M. Teldersstichting 1998, p. 25-43.

Green 1999

M.S. Green, 'The Privilege's Last Stand: The Privilege Against Self-Incrimination and the Right to Rebel Against the State.', *Brooklyn Law Review* 1999, Vol 65, no. 3, p. 627-716.

Groenhuijsen & Knigge 2004

M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, 'Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording*, Deventer: Kluwer 2004, p. 3-185.

Haas, De & Vissers 2014

P. de Haas & A.B. Vissers, 'Nemo-teneturbeginsel; verklaar je nader!', *TFB* 2014/01.

Hartman 2004

A.R. Hartman, 'De Gordiaanse knoop van medewerkingsplicht en zwijgrecht. Een EHRM update aan de hand van Weh v. Oostenrijk', *Strafblad* 2004/3, SDU uitgevers, p. 170-178.

Jörg 1998

N. Jörg, 'Artikel 29', in: A.L. Melai c.s., *Het Wetboek van Strafvordering*, Arnhem z.j. maart 1998.

Keulen & Knigge 2010

B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Koops 2000

B.J. Koops, *Verdachte en ontsleutelplicht: hoe ver reikt nemo tenetur?*, Deventer: Kluwer 2000.

Koops 2012

J. Koops, *Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel; Nopen ontwikkelingen sinds 2000 tot invoering van een ontsleutelplicht voor verdachten?*, Meppel: Boom Lemma 2012.

Koops & Stevens 2003

B.J. Koops & L. Stevens, 'J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond nemo tenetur', *DD* 2003/03, p. 281-295.

Ligthart 2019

S.L.T.J. Ligthart, 'Het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM. Doorwerking van het nemo tenetur-beginsel in enkele gedachte-experimenten volgens de benadering van het EHRM en van de Hoge Raad', *DD* 2019/16.

Myjer 1978

E. Myjer, *Van duimschroef naar bloedproef. Beschouwingen over de regel dat niemand gedwongen mag worden zichzelf te belasten*. (Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Deventer: Kluwer 1978.

Rapport Commissie-Koops 2018

'Rapport van de Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk. Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving', Den Haag: WODC 2018.

Redmayne 2007

M. Redmayne, 'Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination', *Oxford Journal of Legal Studies* 2007, Vol. 27, No. 2, p. 209–232.

Reijntjes 1996

J.M. Reijntjes, 'Nemo tenetur: een holle leus?', in: J.M. Reijntjes (red.), *Nemo tenetur*, Arnhem: Gouda Quint 1996.

Schrover 2009

J. Schrover, 'Verplichte HIV-test versus het nemo-teneturbeginsel', *AA* 2009/05, p. 298-305.

Smits 2007

T.J.H. Smits, *Zwijgen en meewerken: de Nederlandse wetgever en de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel*, Tilburg: Celcius Juridische Uitgeverij 2007.

Stevens 2005

L. Stevens, *Het nemo teneturbeginsel in strafzaken; van zwijgrecht naar tot containerbegrip*, (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

Stevens 2007

L. Stevens, 'Een beschouwing van de koers van het EHRM naar aanleiding van het Jalloh-arrest', *DD* 2007/54.

Stevens 2019

L. Stevens, 'Gedwongen biometrische toegangsverschaffing is niet in strijd met nemo tenetur', *NJB* 2019/315 afl. 6, p. 315-318.

Toor, Van 2016

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, afl. 01, p. 28-43.

Toor, Van 2017

D.A.G. van Toor, *Het schuldige geheugen?*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Toor, Van 2018

D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel in de conceptwetsvoorstellen van het Wetboek van Strafvordering', *TBS&H* 2018/04, p. 294-254.

Toor, Van 2019

D.A.G. Van Toor, 'Het gedwongen ontgrendelen van een smartphone in het licht van het nemo-teneturbeginsel', *NJB* 2019/317.

Walker 1993

J. K. Walker, 'A comparative discussion of the privilege against self-incrimination', *NYLS Journal of International and Comparative Law* 1993, Vol. 14, No. 1.

Wijsman 2017

L.C.A. Wijsman, *Nemo tenetur in belastingzaken*, (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017.