



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Het wettelijk recht om te zwijgen is niet meer van deze tijd

Kruijs, P.W. van der; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Kruijs, P. W. van der. (2021). Het wettelijk recht om te zwijgen is niet meer van deze tijd. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 529-543). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464125>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464125>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

HET WETTELIJK RECHT OM TE ZWIJGEN IS NIET MEER VAN DEZE TIJD

Pieter van der Kruijs

1 WELK ONDERHOUD ZOU BAAT BRENGEN?

Als de samenleving na corona toe is aan een andere inrichting, dan zou het strafrecht model kunnen staan. Ik moet mij tot ons land beperken, zodat de haalbaarheid direct de nek wordt omgedraaid. Ik laat me er niet door weerhouden. Ik loop er al mee rond ruimschoots voordat het virus in China rondwaarde, zeg maar zo vanaf 2010, maar de voorbeelden hierna zijn van recenter.

Het huis dat Nederland heet en door ons wordt bewoond, vertoont mankementen. Het is altijd de vraag hoe ernstig die mankementen worden beoordeeld. De een zal zeggen dat hier en daar een likje verf en wat bijplamuren volstaat, opdat het huis weer toonbaar is. Het gezicht naar buiten is belangrijk. De tweede meent dat een forse renovatie nodig is om het huis voor geruime tijd weersbestendig te maken. De inhoud is belangrijker dan de vorm. De derde oppert dat het huis is vervallen en dient te worden afgebroken en herbouwd. Vanwege de onzekere uitkomst wordt hiervoor niet gekozen. Om die reden heeft het abolitionisme in ons strafrecht weinig grond onder de voeten gekregen. Met een al te rigoureuze aanpak krijgen we de handen niet massaal op elkaar.

Niettemin hoopt de journalist en bestsellerschrijver Jia Tolentino in haar interview met *NRC Handelsblad* van 17 april 2020 op een reset om een eind te maken aan ons huidig extreem ongelijke economische systeem.¹ Het is een systeem dat uitgaat van schaarste, dat inspeelt op het tekortgevoel waardoor we steeds de neiging hebben te stapelen, rupsje nooitgenoeg. Bij schaarste is er strijd en concurrentie. Er zijn nogal wat mensen die hopen dat deze crisis aanleiding geeft tot enige wezenlijke veranderingen, waarbij met name wordt gedacht aan meer oog voor elkaar en eerlijker verdelen.² De vraag is natuurlijk of weer snel het oude leventje wordt opgepakt; er is een neiging daartoe; terug naar normaal alsof ongelijkheid normaal is.

1 Naar aanleiding van haar boek 'Spiegeldoolhof'. Zie J. Tolentino, *Spiegeldoolhof*, Amsterdam: De Geus 2020 (*Trick Mirror. Reflections on Self-Delusion* 2019, vertaald door A.M. Koper & E. Witt).

2 Zie bijvoorbeeld Paul Verhaeghe, *Houd afstand, raak me aan*, Amsterdam: De Bezige Bij 2020; en Philipp Blom, *Het grote wereldtoneel, over de kracht van de verbeelding in crisistijd*, Amsterdam: De Bezige Bij 2020.

De eerste aanpak, het lichte onderhoud, zal veel aanhangers hebben omdat je weet wat je hebt, ook al blijven er lekkages die per keer worden dichtgesmeerd. Zo staat al enige tijd het slachtoffer in de belangstelling, de wetswijzingen rolden over elkaar heen omdat er gemakkelijk sympathie mee wordt verkregen. Of hiermee rechtvaardigheid in bredere zin wordt nagestreefd, kan niet aan de orde komen, omdat het nu (nog) niet bespreekbaar is. Toch wordt met deze wijzigingen een nieuwe, omvangrijke strijd, die tussen slachtoffer en verdachte, aangewakkerd. Het slachtoffer laat zich door een gespecialiseerd advocaat bijstaan en we zien een waarneembare stijging van de gevraagde hoeveelheden schadevergoeding. Daarvoor is de advocaat ook ingehuurd: maximalisering van de schadevergoeding met geld als prikkel of argument om leed te dempen. Aan de morele genoegdoening voor slachtoffer en samenleving wordt voorbijgegaan. In ieder geval wordt niet het zoeken naar een mogelijke oplossing van het probleem, dat onmiskenbaar door het strafbaar feit is veroorzaakt, gezien als leidraad. Steeds zou bij voorkeur de vraag moeten zijn wat betrokkenen nodig hebben, de situatie nodig heeft, opdat mogelijkheden worden onderzocht waarmee betrokkenen weer met hun leven vooruit kunnen, ook al zal dat regelmatig gemankeerd zijn. De titel slachtoffer is al zo'n ding omdat het naar binnen is gericht en niet reikt naar de ander. Hetzelfde geldt voor begrippen als schuld en schaamte.

De advocaat van de verdachte zal in de huidige situatie zijn cliënt tevoren inlichten over de te verwachten schadeclaims en mijn ervaring is dat dit ontkennen en zwijgen bevordert, ook bij verdachten bij wie het niet direct in hun aard ligt om te zwijgen of te ontkennen. Als niet wordt betaald, kan mogelijk vervangende hechtenis worden toegepast ter aansporing tot betaling. Minst genomen kan worden geconstateerd dat tussen partijen – want dat zijn het weer: het slachtoffer is de tegenpartij van de verdachte – geen toenadering plaatsvindt. De verdachte kan worden gedwongen ter zitting aanwezig te zijn bij het voorlezen van de slachtofferverklaring evenals bij de uitspraak. In termen van probleemoplossing mist de nieuwe benadering zin, ondanks een prominente plaats voor het slachtoffer dat zich zelfs over de straf voor de verdachte mag uitlaten (*sic*), omdat context ontbreekt. Vanuit zingevingsoogpunt is dit desastreus én voor het slachtoffer én voor de dader, en dus ook voor de samenleving. Ik hoorde een vrouw waarvan me de naam is ontschoten in een praatprogramma opmerken dat alles wat dual is, geen aandacht moet worden gegeven. Het is goed deze raad in ons achterhoofd te houden.

Een meer grondige renovatie vraagt om keuzes. We hebben nooit iets anders geleerd dan dat de economie gericht moet zijn op groei en winst, marktwerking en jaarlijkse vergroting van het BBP. Het argument dat daarmee onze kinderen het beter krijgen dan wij was doorslaggevend, waarvan nu blijkt dat het niet op heel veel is gebaseerd. Het was, zeg maar, een verkooptrucje van de handelsvertegenwoordiger. De redenering ging op voor de *boomers*, geboren tussen 1945 en 1955, waartoe ik behoor. Wij kregen het inderdaad materieel (veel) beter dan onze ouders. Onze kinderen lieten we aanvankelijk meeprofiteren, maar

financieel op eigen benen staan is lastiger geworden. De generatie van de *millennials* is al helemaal niet meer in staat een eigen huis gefinancierd te krijgen. Nu is een grote zorg voor ouders dat hun kinderen het (veel) slechter krijgen, hoewel die gedachte nu nog moeilijk wordt toegelaten. Ook het klimaat krijgt nog steeds minimale aandacht.

Is de economie anders in te richten dan in termen van groei? *‘There is no alternative’*, zei Margaret Thatcher. Er komt verzet los tegen het denken in deze monorail van groei en winst. Stel eens dat de economie wordt ingericht op (her)verdeling, waarvoor Thomas Piketty pleit. Het gaat niet om volledig gelijke verdeling, want dat lijkt (ook) de dood in de pot. Het gaat om een ongelijkheid die wordt begrepen.³ Of dat in plaats van groei vol wordt ingezet op duurzaamheid, waarvoor Paul Verhaeghe pleit.⁴

Ook nu zien we opnieuw dat de rijke landen alle hulpmiddelen tegen corona weggapen, omdat zij in staat zijn te betalen.⁵ *‘Survival of the fittest’*, zegt Karline Kleijer van Artsen zonder Grenzen. En de *fittest* zijn nu eenmaal de rijksten, die in staat zijn zich niet door het virus te laten grijpen. Er is in beginsel geen voedselgebrek in de wereld, maar de verdeling ervan blijkt verdomd moeilijk.

2 HOE IS HET GESTELD MET HET ONDERHOUD IN HET STRAFRECHT?

Er worden natuurlijk ook in het strafrecht keuzes gemaakt. Iemand die in Wassenaar woont, heeft inbraak en overval niet in het DNA en zal zich daaraan niet schuldig maken. Hij ondervindt wel last van deze feiten. Hij weet zich overal goed vertegenwoordigd door zijn sociaal en cultureel kapitaal.⁶ Inbraak en overval staan dus in ons wetboek. De politie is in de opsporing daarvan opgeleid. Met het ontwijken van belasting komt hij eerder in aanraking, maar dat staat als delict dan weer niet in het Wetboek van Strafrecht, maar de maatschappelijke ontwrichting is omgekeerd evenredig. Hoewel Shell aanvankelijk ontkende – waar komen we dat ook tegen? – moest uiteindelijk worden toegegeven dat al jarenlang geen winstbelasting werd betaald. Strafbbaar gedrag? Ik dacht het niet. Ontwrichtend, oneerlijk? Het zou zo maar kunnen. Daarna moesten andere multinationals, Philips, Akzo Nobel, toegeven niet of nauwelijks belasting te betalen. Dat dit gedrag niet strafbaar is, is natuurlijk een keuze. Bedrijven zijn immers opgericht om winst te maken, niet om maat-

3 In 2017 heeft het IMF al eens haar gedachten laten gaan over de vraag wat een optimale verdeling is voor gerechtvaardigde ongelijkheid. De maatstaf hiervoor is de Gini-coëfficiënt. Bij 0 is er volledige gelijkheid en bij 1 volledige ongelijkheid. Met alle mitsen en maren noemt het IMF een Gini van 0,27. Zie hierover de column van M. Schinkel, ‘Nederland: land van de “ideale” ongelijkheid’, *NRC Handelsblad* 18 mei 2017.

4 Zie Verhaeghe 2020.

5 Zie E. van Zwam, ‘In de strijd om de corona-hulpmiddelen vissen de arme landen nu al achter het net’, *Trouw* 14 april 2020.

6 Zie de column van Maxim Februari, ‘Waardoor wordt het klassenverschil bepaald?’, *NRC Handelsblad* 16 februari 2021. Hij verwijst naar een verhelderend essay van Anouk Kootstra: ‘Een jas die past’.

schappelijke onrust en wantoestanden te bestrijden. Niccolò Machiavelli zou zeggen dat met een moreel juiste houding geen bedrijf de concurrentie vermag aan te gaan.

De overheid is er juist voor om eisen te stellen opdat er maatschappelijk verantwoord wordt ondernomen. De discussie over de afschaffing van de dividendbelasting liet dat kernachtig zien. De overheid moet dus bedrijven dwingen om verantwoord te werken en belastingconstructies bestrijden, omdat door winst gedreven bedrijven nu eenmaal niet uit zichzelf die moraliteit in zich hebben.⁷ En zelf moeten wij stoppen onze goedkope kleding te kopen bij Zara en Bershka in plaats van het wijsvingertje te heffen dat goedkope kleding wordt geproduceerd in lagelonenlanden onder mensonterende omstandigheden.

De lobby van de Bond van Inbrekers en Overvallers, de BIO, heeft aanmerkelijk minder invloed. Het is geen volk dat borrelt met de macht.

Het zijn belastingadviseurs en accountants die zich te buiten gaan aan het bedenken van constructies die moeten leiden tot het zo min mogelijk betalen van belasting. Maar ook *corporate lawyers*, beticht van ethisch minimalisme, maakten de financiële crisis van 2008 mede mogelijk.⁸

Het gaat me om de ondermijnende mentaliteit die getuigt van het ontbreken van gemeenschapszin, een houding dus dat we met z'n allen er iets van moeten zien te maken in plaats van 'binnen harken waar het kan', ieder voor zich. Dat is, denk ik, in de opvatting van strafrechtadvocaten niet anders. De consequenties komen uiteindelijk voor rekening van de gewone burger. Nogmaals, inbreken en overvallen, het produceren van XTC, het is zo ontzettend zichtbaar. Je zou het bijna gemakzucht noemen dit verwerpelijk te vinden.

De in voetnoot 15 genoemde Eleanor Gordon-Smith toont overtuigend aan dat het doorgaans maar lijkt alsof belangrijke keuzes tot stand komen na uitvoerige rationele afwegingen. Dat is niet zo. De belangrijkste keuzes zijn gebaseerd op emotie, gevoel, waaronder begrepen het beschikken over de juiste lobby of anderszins op genoegzame wijze zijn toegerust om de macht te bewerken. Daar is helemaal niets rationeels aan.

Het recht, de rechtspraak behoort ook tot de gebieden waarbinnen nog onbekommerd geloof wordt gehecht aan de vrije wil als inherent aan het menszijn. Toch is er geen onderwerp dat zo omvangrijk in literatuur en filosofie ter discussie staat als de vrije wil, zodat onwillekeurig de gedachte opkomt in hoeverre die eigenlijk wel bestaat of tenminste welke condities er nodig zijn om vrijheid te ervaren (afgezien of daardoor die van anderen

7 Zie de column van S. Akkerman, 'Waarom zouden we betalen voor wat ons geen goed doet?', *Trouw* 22 april 2020.

8 Zie Folkert Jensma in zijn opinie in *NRC Handelsblad* 26/27 september 2020.

wordt beknot).⁹ De burgerlijke, uiterlijke vrijheden laten zich niet waarlijk genieten als innerlijke vrijheid niet wordt beoefend.

De staat is ervoor om randvoorwaarden te scheppen. Dit impliceert tot nu een keus waarbinnen alle aandacht uitgaat naar het individu, inclusief de daaraan inherente competitie en strijd. Individuele vrijheden en verlangens hebben de neiging af te doen aan collectieve belangen.¹⁰ Het gemeenschappelijke waarop solidariteit kan rusten blijft op de achtergrond. Oog voor collectieve belangen creëert de mogelijkheid voor iedereen om vrijheid te ervaren. Dat vraagt andere ‘inzetten’ als zelfbeheersing, zelfkennis, morele gevoeligheid en wijsheid,¹¹ enige zelfreiniging dus alvorens we toekomen aan de geneugten van de uiterlijke democratische vrijheden en verworvenheden.

Met de nadruk op het individuele belang vloeit een gedachte over de rechtsstaat voort met een overheid die steeds dient te worden gewantrouwd en wier macht voortdurend vraagt om beteugeling. Ook hier kenmerkt de rechtsstaat zich door strijd in plaats van non-duale en gerechtvaardigde controle. De controle is er niet vanwege wantrouwen, maar omdat steeds de vraag geldt of de in te voeren maatregel (strikt) nodig is om het doel te bereiken dat met de maatregel wordt beoogd. Een rechtsstaat wordt niet gekenmerkt door een prachtige grondwet, maar door een uitvoerende macht die evenals de burger is gebonden aan de wet waarbij het uiteindelijk oordeel ligt bij een strikt ongebonden en onafhankelijke rechtspraak.

Niettemin is in de VS een pias¹² aan het bewind geweest die het maatschappelijk bestel doorlopend schoffeerde en zijn presidentieel gezag als totaal beschouwde. Mooie regels volstaan dus niet! Er hoort een houding bij om een democratische rechtsstaat op een volwassen manier behoorlijk te laten functioneren.¹³ Die houding behelst gematigdheid, wellevendheid, waarheidsliefde en samenwerking, waarop oude Grieken al wezen.¹⁴ Ook Polen en Hongarije kennen normale democratische spelregels, die niettemin een bewind voortbrengen waarin geen rechtsstaat wordt nagestreefd zoals de Europese Unie die voorstaat.

9 Dit is het bekendste axioma van John Stuart Mill in zijn klassieker ‘On Liberty’: Je bent geheel vrij voor zover je anderen geen schade toebrengt.

10 Zie de drek die zich verspreidt op sociale media, de haattweets die een vrouwelijke lijsttrekker ontvangt (340.000, elk kwartier een). We kunnen helemaal niet omgaan met de vrijheid van meningsuiting, waardoor alleen maar wordt afgedaan aan iets als eensgezindheid.

11 Zie Frits de Lange, ‘Eindelijk volwassen’, Utrecht: Ten Have 2021, p. 109-112: de vier stuurmansdeugden.

12 Ik neem de term over van de algemeen gerespecteerd politiek commentator Tom-Jan Meeus. Hij heeft het daarin verder over de strijd tussen individuele vrijheden en collectieve belangen, met name het waarneembare verval in het westen en de weigering daarover in gesprek te gaan. Zie T. Meeus, ‘Superieur zijn we, stakkerig superieur’, *NRC Handelsblad* 7 november 2017.

13 Het rapport ‘Ongekend Onrecht’ toont aan dat wij nog een lange weg hebben te gaan.

14 Zie de column van H. Goslinga, ‘Koning Donald Trump tart de grenzen van de presidentiële macht’, *Trouw* 18 april 2020.

Het komt erop neer dat rationeel opgestelde regels en uitgangspunten,¹⁵ ik herhaal, niet volstaan voor een juist zicht op de rechtsstaat, maar het veeleer irrationele overwegingen zijn, zoals de hiervoor omschreven, lastig grijpbare houding die daadwerkelijk een rechtsstaat laat werken waarbinnen iedere burger zich veilig kan voelen. Het toeslagen-schandaal laat het tegenovergestelde zien met een premier die bij gevraagde controle alles wat belast, weglakt. Vervolgens vraagt hij een nieuw mandaat om het vertrouwen van de burger te herstellen. Dat vraagt hij niet aan de duizenden wier levens zijn verwoest, maar aan hen die daarvan geen lasten hebben gedragen. Het is voor mij een onvoorstelbare uitwerking van de macht, een democratische rechtsstaat onwaardig.

Stevo Akkerman, columnist in dagblad Trouw, bundelt een serie interviews waarin hij op zoek gaat naar het goede: kan de mens deugen en wanneer is dat dan zo?¹⁶ Rutger Bregman komt in zijn omvangrijke werk tot de conclusie dat de meeste mensen deugen.¹⁷ Een andere visie brengt tot doemdenken in een wereld waar ieder voor zichzelf gaat. Mijn kijk erop is indifferent: wil het goede komen bovendrijven, dan is dat afhankelijk van de welwillendheid van de omgeving. Als die onwelwillend is – waarvan wij (te) vaak getuige mogen zijn –, dan komt gemakkelijk de ondeugd of het kwaad bovendrijven.

Toch valt er wel iets te zeggen over het goede, wanneer wij deugen. Om daaraan invulling te geven kunnen we van deugen, van het goede spreken, als we rekening houden met de ander, als we zorgdragen voor elkaar, elkaar met compassie of zelfs empathie bejegenen. Heel misschien dat de corona-tijd bijdraagt aan nieuwe inzichten wat werkelijk bijdraagt aan ons welzijn en dat van anderen, alsmede zorg voor de omgeving en het klimaat. Onder jongeren is een dergelijke tendens voelbaar.

Het kwaad daarentegen schuilt in onverschilligheid jegens de ander en haar omgeving en het puur slechte ontstaat als we de ander minachten waarvan we bij de uitroeiing van Joden, Sinti en Roma's in extremo getuige zijn geweest. In geheel andere proportie is dat zichtbaar als (familie van) getuigen of een advocaat worden doodgeschoten of dat leden met rechtspraak belast bescherming behoeven om hun door de wet opgedragen taak uit te oefenen.

Als we accepteren dat ons bestaan kwetsbaar is en onze vermogens om het eigen lot te bepalen beperkt zijn, zoals filosoof Rebecca Fertinel formuleert in haar interview met

15 Zie hierover uitvoerig E. Gordon-Smith, *Stop met redelijk zijn: waarom je met argumenten niets verandert*, Utrecht: Ten Have 2019 (*Stop being reasonable* 2019, vertaald door H. Stegeman).

16 S. Akkerman, *Wat is dan goed? Prangende vragen over goed en kwaad en alles daartussenin*, Rotterdam: Leminiscaat 2020.

17 R. Bregman, *De meeste mensen deugen*, De Correspondent 2019.

Fokke Obbema,¹⁸ dan is meer deemoed op zijn plaats. De rol van toeval, sociale omstandigheden maken ons afhankelijk van de ander.¹⁹ Die ander hebben we nodig om vorm te geven aan een zinvol bestaan. Om het genot van onze vrijheid, hoe beperkt ook, te rechtvaardigen, is daaraan onlosmakelijk verantwoordelijkheid gekoppeld: er kan geen vrijheid bestaan zonder verantwoordelijkheid. De twee vormen een Siamese tweeling. Misschien kan gezegd worden dat rijkdom meer mogelijkheden biedt tot vrijheid en dat armoede die juist beperkt. Dat zou betekenen dat de rijken meer verantwoordelijkheid dragen en dat de minder bedeelden, de matig- of ongeletterden die verantwoordelijkheid minder kunnen of behoeven te dragen. Toch zijn zij het die worden uitgesloten en voor het overgrote deel onze gevangenis bevolken. Gek eigenlijk.

Het vorenstaande betekent dat we in beginsel genoemde uitgangspunten van de rechtsstaat dienen te aanvaarden opdat onze samenleving volgens afgesproken richtlijnen gestalte krijgt. Dat betekent niet dat deze richtlijnen, waaronder dus de strafwet, niet zullen worden overtreden, want dat gebeurt. Maar hoe wij daar vervolgens mee omgaan, is wezenlijk voor de invulling van een rechtvaardige samenleving waarbinnen zich niet de meesten thuis of veilig kunnen voelen, maar iedereen die zich daar bevindt.

3 HET ZWIJGRECHT ALS SPELBREKER

Laat ik me dus eindelijk beperken tot het strafrecht. Ik ben er, inclusief opleiding, vijftig jaar mee bezig geweest, waarvan 43 jaar als strafrechtadvocaat. Per 1 januari 2020 heb ik de praktijk neergelegd. Ik maakte mij jarenlang sterk voor de rechten van de verdachte, zodat hij als volwaardige procespartij kon meedoen aan het tegen hem²⁰ gericht proces. In het jaar van mijn afstuderen, 1974, werd het zwijgrecht heringevoerd. Dat gebeurde niet zo bewust maar in de slipstream van een motie die weliswaar door de minister werd ontraden, maar niet al te fanatiek. Het werd noodzakelijk geacht: het recht om te zwijgen en het nemo tenetur-beginsel, geen zelfbeschuldiging behoudens wettelijke grondslag. Het probleem is dat het zwijgrecht volledig is losgezongen van de oorspronkelijke bedoeling en zo'n beetje zijn eigen weg is gaan volgen, geheel los dus van de maatschappelijke context.

18 F. Obbema, 'Filosoof Beate Roessler: "Onze vrijheid is altijd al ingeperkt, het gebeurt nu alleen op een andere manier"', *De Volkskrant* 27 maart 2020.

19 Ik weet niet meer waar de oud-president van de Hoge Raad het schreef, maar het was zoiets als dat indien hij in de omstandigheden had verkeerdt die hij keer op keer leest in reclasseringsrapporten, hij niet weet wat er van hem zou zijn geworden.

20 Ik ga steeds uit van de mannelijke vorm omdat die voor het overgrote deel de daderstatistieken bevolken ondanks dat we er genderneutraal over doen.

Met de herinvoering werd enerzijds bedoeld de procespositie van de verdachte te versterken en anderzijds te bewerkstelligen dat geen verklaring voor het bewijs mocht worden gebruikt die niet in vrijheid was afgelegd. Het is nooit bedoeld dat met het gebruik van het zwijgrecht (op grote schaal) – met name bij de ernstigste delicten (bijv. de zaak Nicky Verstappen) of de zwaarste criminelen (bijv. de zaken Passage en Marengo) – de eigen verantwoordelijkheid opzettelijk opzij wordt gezet (zo nodig op advies van de advocaat), of verdergaand, slachtoffers, nabestaanden en de samenleving ten behoeve van het eigen gewin worden benadeeld of zelfs geschoffeed door het eigen belang te laten prevaleren boven het hogere belang waarvoor het collectief staat. Met andere woorden, het huidige gebruik van het zwijgrecht louter om schuldvaststelling en dus bestraffing en verantwoordelijkheidstelling te ontgaan, getuigt van doorgeslagen individualisme. Het zwijgrecht kan nooit zijn bedoeld om het strafrecht zodanig te belasten of te ontwrichten dat het apparaat disproportioneel wordt belast met talloze verzoeken en onderzoekswensen die niet wezenlijk bijdragen aan een voldragen strafproces, waarin aan een verdachte wordt gevraagd naar verantwoording over dat wat hem wordt verweten.

Het strafproces is namelijk ook een vorm van zorg voor de verdachte door de samenleving, waar tegenover staat dat de verdachte als individu ook een zorg heeft voor die samenleving. De mate waarin dat gebeurt, hangt mede af van de mate waarin het denken is afgestemd op het collectief of het individu, met name het betrachten van het juiste evenwicht. De huidige epidemie lijkt een beroep te doen op meer collectiviteit, meer binding met elkaar vanwege het inzicht dat we inderdaad van elkaar afhankelijk zijn: ik ben omdat wij zijn.

Zaken als Passage, Marengo en de vele aanverwante tonen verdachten die zich niets aan die samenleving gelegen laten liggen. Dat deden zij al door de feiten te plegen waarvan zij worden verdacht en waarvoor zij worden veroordeeld. Die lieden hebben geen behoefte aan het zwijgrecht om zich beschermd te voelen tegenover een ingrijpende overheid, want die overheid is allang niet meer opgewassen tegen dit soort misdaadsyndicaten die grote ontwrichting teweegbrengen.

Na afschaffing van de pijnbank in 1789 en een aanvankelijke spreekplicht die geen sanctie meer kende, werd vervolgens in 1926 de verklaringsvrijheid en het verderstrekkende zwijgrecht ingevoerd.²¹ Daarmee was de ondergeschiktheid van het belang van de verdachte aan dat van de samenleving opgeheven. Hier wordt mijns inziens een gedachtenkronkel gemaakt. Natuurlijk is het belang van de verdachte niet vergelijkbaar met het belang van

21 Zie L. Stevens, *Het nemo tenetur-beginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 40 e.v. In een artikel in *De Volkskrant* van 30 november 2019 van Peter de Graaf blijft zij bij haar standpunt dat het gaat om een ontzettend principieel recht. Zie P. de Graaf, 'Is beroepen op het zwijgrecht beter dan liegen?', *De Volkskrant* 30 november 2019. Misschien professorale naïviteit?

de samenleving. Er wordt een quasi-rangorde-probleem opgeheven. Het gaat niet per se om een bovengeschildt belang van de samenleving, maar het is geenszins inzichtelijk welk rechtens te respecteren belang wordt nagestreefd bij het zwijgen van de Holleeders en Taghi's c.s. waarvoor het belang van de samenleving zou moeten wijken. Bij hen bestaat geen respect voor onze ordening; zij willen er slechts van profiteren. De moord op advocaat Derk Wiersum en op de broer van kroongetuige Nabil B. getuigt van minachting voor alles waarvoor onze rechtsstaat staat. Hetzelfde geldt naar mijn mening voor de verdachten van de insuline-moorden en de moord op Nicky Verstappen die lijken te zwijgen op advies van hun advocaat. Alsof zwijgen in deze zaken een groot goed is, dat de verdachten, ik herhaal, moet beschermen tegen de machtige overheid. Het is een argument dat ook steeds naar voren wordt geschoven maar geen opgeld meer kan doen, nu voorafgaand aan het eerste verhoor en tijdens alle verhoren een advocaat aanwezig mag zijn. Hij/zij kan ingrijpen wanneer verhoren onbehoorlijk verlopen of als er iets anders op papier komt dan de verdachte bedoelt te zeggen. In ernstiger zaken worden de verhoren bovendien opgenomen. Dat zou standaard mogen.

Nabestaanden raken door de zwijgende houding van verdachten hevig gefrustreerd. Dat is een belangrijk argument als de verhoorsituatie van de verdachte met zoveel zorgvuldigheid is omgeven. Natuurlijk heeft de verdachte in alle stadia de vrijheid om al dan niet te verklaren, maar het is niet te begrijpen dat daaraan door de rechter geen consequenties zouden mogen verbonden: wel verklaringsvrijheid maar niet een door de wet gedekt recht om te zwijgen. Het gezegde, dat zwijgen iemands goed recht is, blijkt alleen in het strafrecht te gelden. We worden er niet mee opgevoed, zelfs niet in het belastingrecht (art. 47 AWR, de informatieplicht). Als er iets misgaat tijdens de opvoeding zullen ouders zwijgen van het kind niet accepteren. Hetzelfde geldt op school en onder vrienden. Anderzijds nodigt bedreiging met straf uit tot liegen.

Sinds de herinvoering van het wettelijk zwijgrecht is het criminele speelveld aanmerkelijk veranderd. Het is grootser, ernstiger, zwaarder en internationaler geworden. De wijze waarop deze criminaliteit ondertussen is georganiseerd is volledig losgezongen van hoe de gewone burger de samenleving ervaart en ingericht wenst te zien. Het wettelijk zwijgrecht hoort bij de vorige eeuw waarin de onderscheiden posities in het strafproces na de Tweede Wereldoorlog opnieuw haar weg moesten vinden. Daar hoorde het zwijgrecht bij. Ons strafrecht is niet ingericht of bedoeld om op die anachronistische wijze met het strafproces te blijven omgaan. Daarvoor is de aard van de criminaliteit in korte tijd te veel veranderd. Bovendien moet aan de vrijheid die dat soort criminele organisaties zichzelf toedelen het andere deel van de Siamese tweeling worden gevoegd, het nemen van verantwoordelijkheid. Als veel vrijheid wordt genomen, dan is daaraan veel verantwoordelijkheid gekoppeld. En juist daaraan ontbreekt het.

We hebben zeventien verdachten in het Marengo-proces en we hadden er twaalf in de Passagezaak. 29 verdachten die werkelijk geen enkele boodschap hebben aan onze samenleving en de spelregels die we met elkaar hebben afgesproken. Niettemin ontwrichten deze zaken met aanverwanten en soortgelijken ons strafrechtelijk systeem. Talloze andere strafzaken, die schreeuwen om behandeling, blijven tot groot ongenoegen liggen. Passage begon in 2007 en het hof deed uitspraak op 29 juni 2017: liquidaties, pogingen daartoe of voorbereiding ervan, een criminele organisatie met op voor- en achtergrond drugs en wapens.

De monden blijven stijf gesloten. Voor Fred Ros leverde dat niets op. Hij besloot als kroongetuige te gaan verklaren. Dit gebeurde niet omdat hij tot inkeer kwam, maar om aldus strafkorting te versieren. Justitie is erin meegegaan. Dit ligt ethisch gecompliceerd. Het gevoel dat het ons systeem corrupteert. Normaliter is de groepsdruk binnen of het *commitment* met de criminele groepering zo groot ('wie praat die gaat'), dan wel is de opvoeding zodanig ingericht dat praten met de politie buiten het vocabulaire is gehouden (de advocaat: 'Het zwijgen mag mijn cliënt niet worden aangerekend, het zit in zijn cultuur, kampbewoners praten uit principe niet met de politie'), dat zwijgen de enige optie is. Advocaten plegen zich het vuur uit de sloffen te lopen om voor deze cliënten op te komen. Zij gaan daarin ver, ook in het bedenken van alternatieve scenario's. Er volgen eindeloze verzoeken tot nader onderzoek, het dossier moet met andere dossiers worden aangevuld zodat de omvang schier onoverzichtelijk wordt en als niet alle verzoeken worden ingewilligd, zal het proces al snel oneerlijk worden bevonden als niet passend in een zichzelf respecterende rechtsstaat. Er zullen in geval van de verdachte Taghi straks talloze verweren worden gevoerd, waaronder het oneerlijke proces op grond waarvan het OM niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. De kluwen aan verweren zal onontwarbaar zijn en dat lijkt de bedoeling.

Ik heb sterk de indruk dat het publiek het helemaal heeft gehad met deze kosten- en mensverslindende rechtszaken waarin verdachten weigeren klare wijn te schenken. Als het niet klopt wat er is gerechercheerd en de verdenkingen ten onrechte op de dagvaarding zijn terecht gekomen, dan zijn zij de eersten die daarover klaarheid kunnen geven. Het verweer dat de verdachte mag zwijgen en geen bewijs tegen zichzelf hoeft te verschaffen, wordt onderschreven, maar als het gaat om het verweer dat het anders is gegaan dan door het OM wordt gepresenteerd, dan gaat het om ontlasting en niet om belasting en mag worden geëist dat de verdediging haar onderzoekswensen terdege onderbouwt waarom het door het OM gepresenteerde scenario ondeugdelijk is. Nu wordt van de opsporing en het OM gevergd dat er bewijs wordt verzameld die allerlei alternatieven uitsluiten. Maar daarvoor is de opsporing niet opgericht. Er kunnen moeilijk alternatieven worden onderzocht waarover door de verdachte niets wordt aangedragen en die uit de koker komen van de advocaat. Ik herinner mij een collega die mij in de wandelgangen aanspreekt dat hij

een nieuwe moordzaak heeft binnengekregen en een prachtig alternatief scenario heeft bedacht. Mijn vraag of dat ons werk is, het bedenken van alternatieve scenario's, deed het gesprek geen goed.

Voorbeeld: in het dossier interpreteert de politie op basis van constructie een bepaald telefoontje waarin over 'koken' wordt gesproken, als het koken van amfetaminen. Nee, betoogt de raadsman van de zwijgende verdachte, dat telefoontje gaat over 'eten koken', kijk maar naar het tijdstip: 18.30 uur.

Een ander voorbeeld: in de uitspraak van de Hoge Raad van 2 juli 2019 betoogt de raadvrouw dat het bewijs louter gebaseerd op het DNA uit het bloedspoor van de verdachte onvoldoende is voor een bewezenverklaring.²² Zo'n DNA-spoor is weliswaar zeldzaam maar nog steeds niet uniek.

De kans dat er op de wereld iemand anders rondloopt met hetzelfde profiel is kleiner dan 1 miljard. De verdachte zwijgt in alle talen. Niettemin wordt met droge ogen betoogd dat er geen rekening met verwanten is gehouden noch met een eventuele fout in de keten van DNA-onderzoek. Er is in de opstelling van de verdachte werkelijk geen enkele aanleiding om te veronderstellen dat hier een fout spoor wordt gevolgd. Met instemming van de Hoge Raad verwerpt het hof het verweer met de overweging dat er helemaal niets naar voren is gebracht dat de abstract geopperde twijfel ondersteunt: 'Gelet op het voorgaande en in aanmerking genomen de omstandigheid dat verdachte geen verklaring heeft gegeven voor de aanwezigheid van zijn DNA op de plaatsen delict, verklaart het hof bewezen dat verdachte zich aan beide tenlastegelegde feiten heeft schuldig gemaakt.'

Weliswaar wordt het zwijgen niet rechtstreeks als bewijsmiddel gebruikt, maar door opname in de bewijsmotivering verschilt de kracht ervan niet wezenlijk, met dien verstande dat het gebruik van het zwijgen door de rechter als aanvullend wordt gebezigd nadat, in dit geval, er al overtuigend DNA-bewijs voorhanden is waarop alleen al een bewezenverklaring kan steunen.²³ De Groot geeft aan wat de verdachte had kunnen stellen dat tot nader onderzoek had genoopt. Het was dan geen zwijgende verdachte meer geweest.

Maar stel dat de verdachte zwijgt totdat hij met het hele dossier bekend is en vervolgens met een ander scenario komt, noopt dit dan tot nader onderzoek? Ook dan zien we de rechter weerbarstiger worden: wat maakt dat de verdachte zo lang wacht met zijn verklaring en komt met een verklaring die het scenario van het OM in stand laat behoudens wat betreft de conclusie? Dan zou wat mij betreft het aanvankelijk zwijgen in de bewijsmotivering kunnen worden meegenomen en kan zijn latere alternatieve scenario als ongeloofwaardig terzijde worden geschoven.

22 Zie HR 2 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1064 met conclusie van A-G D.J.C. Aben, ECLI:NL:PHR:2019:727.

23 Zie de A-G in zijn conclusie, ECLI:NL:PHR:2019:727, nader besproken door H.W.J. de Groot, 'Uit de praktijk. Onveilig DNA bij de Hoge Raad', *Expertise en Recht* 2020(1), p. 23 e.v.

Persrechter Joan Holthuis: ‘Zeker bij zaken waarin de verdachte in voorlopige hechtenis zit, zie je regelmatig dat hij (of zij) het hele traject zijn mond houdt en pas maanden later bij de inhoudelijke zitting wil verklaren. Een verdachte kan dan de indruk wekken dat hij zijn verklaring aan het dossier heeft aangepast. Je loopt het risico dat je dan niet meer wordt geloofd.’²⁴ Holthuis ziet over het algemeen weinig voordeel in zwijgen.

De gedachte van De Groot dat de rechter een sprongetje moet maken van de diagnostische waarde die het NFI toekent aan het spoor naar de juridische overtuigingskracht, wat de taak van de rechter is, is strikt genomen juist maar ook kunstmatig bij een waarde die doorgaans hoger ligt dan 1 miljard. Dat is *far beyond a reasonable doubt*.

Ingewikkelder of desgewenst interessanter is de vraag wanneer de verdenking louter berust op de verklaring van een getuige en de verdachte zwijgt of bloot ontkent. In beginsel verhindert art. 342 lid 2 Sv in een dergelijk geval een bewezenverklaring. Het is een situatie die zich vaak voordoet in één-op-één gevallen zoals bij zedendelicten. Hier doet de probabilistische bewijswaarde van de getuigenverklaring derhalve niet ter zake, terwijl de impact van een dergelijk delict onvergelijkbaar veel zwaarder weegt dan bij menig vermogensdelict. Dit vraagt dringend om een andere benadering.

Ik was getroffen door een interview met Channel Miller.²⁵ Zij verwoordt krachtig hoe zij het strafproces heeft ervaren als verkrachte vrouw die tijdens de schanddaad dissocieerde.²⁶ Ze werd bewusteloos aangetroffen achter een vuilcontainer op de campus. Het is een vunzig detail dat illustreert hoe achteloos de dader met zijn slachtoffer is omgegaan, zodat een pretense verdachtmaking naar haar medewerking bizar mag worden genoemd.

Ze mocht alleen op de zittingen aanwezig zijn waarop zij zelf werd ondervraagd. De rest las zij, als object van onderzoek, in transcripties. Ze wil de hardheid van het strafproces zichtbaar maken en de kleinzieligheid van de vragen van de verdediging die zij als een verbale, herhaalde verkrachting ervoer. Ze werd door de verdediging steeds afgekapd omdat ze geen herinnering had aan de verkrachting. Ze was wel in bovenomschreven toestand aangetroffen. De verdediging zal opmerken dat ook het onsympathieke deel van de zoektocht naar de waarheid moet worden verricht. Maar de verdediging heeft geen enkel belang bij waarheidsvinding waarop zij zich hier beweerdelijk laat voorstaan. Het gaat erom de verklaring van het slachtoffer als getuige onderuit te schoffelen, evenals dat in een strafzaak wordt getracht met de argumenten van het OM.

24 Interview in Advocatenblad, zie D. van Dijk, ‘Zwijgrecht in strafzaken: spreken is zilver’, *Advocatenblad* 2017(5), p. 34.

25 N. Ezzeroli, ‘Verkrachtingsslachtoffer Chanel Miller eist met haar nieuwe boek recht van spreken’, *De Volkskrant* 8 april 2020, naar aanleiding van haar boek: *Ik heb een naam*.

26 De meeste mensen bevroren en plegen geen verzet, blijkt uit een radiodocumentaire van Lennah Koster, uitgezonden op NPO Radio 1 op 26 april 2020.

De bekende strafrechtadvocaat Peter Plasman antwoordt in *HP/De Tijd*²⁷ op de vraag of hij zich bekommert om de gepijnigde psyche van het slachtoffer, daarin totaal niet te zijn geïnteresseerd. Hij vergewist zich ervan of zijn cliënt schuldig is, omdat hij slechts in schuldige cliënten is geïnteresseerd. Het is dan zo knap dat hij iemand dan toch vrij krijgt.

In de bijlage van het *Brabants Dagblad* van 15/16 februari 2020 staat een interview met de Amsterdamse strafpleiter Khalid Kassem die zelfingenomen opmerkt: 'Ik sta bekend als een heel goede strafpleiter (...)' Hij vertelt de rechter verhalen om deze aan het twijfelen te brengen. Hij vertelt een andere versie dan het verhaal dat de officier van justitie brengt. Dat doet hij zo beeldend mogelijk: 'De waarheid telt voor mij niet, schuld of onschuld van mijn cliënt evenmin.' Zijn enige doel is twijfel zaaien opdat zijn cliënt niet wordt veroordeeld.

De advocaat Babur Berg instrueert zijn cliënten regelmatig te zwijgen: 'Ik adviseer altijd pas te verklaren als ik de inhoud van het dossier ken.'²⁸ In dezelfde aflevering van het *Advocatenblad* zegt advocaat Job Knoester dat het cruciaal is dat sommige verdachten hun mond houden: 'Ik neem dan een arsenaal van trucs van rechercheurs door.'²⁹

Hoogleraar Lonneke Stevens zegt over het toenmalig experiment dat de advocaat voorafgaand aan het verhoor de verdachte spreekt: 'Er was wel degelijk een verband tussen overleg met de advocaat al in een vroeg stadium en het zwijgen van de verdachte tijdens het politieverhoor.'

Opnieuw Knoester: 'Al denk ik wel dat de winst met zwijgen nog altijd groter is dan het risico dat je als verdachte loopt door wel te praten. Ik zeg wel altijd tegen mijn cliënten dat ze mij alles en de waarheid moeten vertellen. Dan kan ik het beste advies geven.'

Zouden advocaten willen reflecteren of wat zij doen een soort gemeenschap bevordert waarin wij met z'n allen willen leven? Zoiets als de accountant die alle trucs kent om belastingheffing te ontlopen?

Er is op het eerste gezicht wel een verschil tussen de strafrechtadvocaat en de belastingadviseur. Het strafrecht heeft een uitermate merkwaardig uitgangspunt. Het strafbare feit geeft in meer of mindere mate een ontwrichting van de samenleving. Dat is dus een probleem. De oplossing van het probleem is op voorhand gegeven, namelijk straf. Dit is op zijn zachtst gezegd merkwaardig, misschien wel contraproductief voor de bulk van strafzaken. Ik heb hierbij niet het oog op de hiervoor genoemde echt criminele zaken.

De vraag die opkomt is, waarom niet eerst wordt gekeken wat het probleem heeft veroorzaakt en wie daar in meer of mindere mate voor verantwoordelijk zijn? Als op die manier naar waarheid wordt gezocht, dan moet vervolgens worden gezien hoe de oplossing

27 Zie *HP/De Tijd* 1 oktober 2019.

28 Zie Van Dijk 2017, p. 32.

29 Zie *Advocatenblad* 2017(5).

van het probleem het best kan worden vorm gegeven, op de eerste plaats jegens het slachtoffer (beter: benadeelde). Daarvan kan straf een onderdeel zijn, maar is zeker geen vast gegeven, laat staan dat het tevoren vast moet staan.

Waarom zou met deze benadering niet veel meer de rechtsstaat zijn gediend, waarbij de advocaat tot taak heeft alles in te brengen wat de positie van zijn cliënt verduidelijkt. Het is bijna nooit zo eenduidig als we nu doen geloven door die ene verdachte naar voren te schuiven: hij heeft het gedaan, hij moet worden bestraft. Stevo Akkerman stelt dat wie de trekker overhaalt, wordt aangewezen als de schuldige, maar dat er ook zoiets bestaat als voedingsbodem, legitimatie, context.³⁰ Zoals hiervoor al opgemerkt, zal een rijkraad zich wellicht schuldig maken aan belastingontwijking en niet aan inbraak, omdat – in tegenstelling tot een laaggeletterde – inbreken niet zijn context is.

Een hier geboren Marokkaan is in Marokko een Nederlandse Marokkaan en hier een Marokkaanse Nederlander. Aan hem worden twee identiteiten toegedicht met dito consequenties terwijl het dezelfde persoon is. Kortom, een probleem dat hier wordt veroorzaakt door de Marokkaanse Nederlander is een probleem met een achtergrond: het is niet alleen zijn probleem, wij zadelen hem met iets op dat hem op achterstand zet.

4 DE UITLUIDING VAN HET WETTELIJK BESCHERMD ZWIJGRECHT

Samengevat: Ik heb omwegen bewandeld om aan te geven dat in onze samenleving, waarvan het strafrecht deel uitmaakt, strijd en concurrentie de basis vormen voor al het handelen. Ik sprokkelde daarvoor op andere gebieden. Ik heb daarvoor de nodige woorden gebruikt, omdat ik vrees te missen wat ik uiteindelijk wil zeggen. Ik wil overbrengen dat wanneer en door wie onze keuzes worden bepaald, allemaal niet zoveel met rationele argumenten heeft te maken. Het zijn steeds emotionele processen, inclusief wie er toegang heeft tot de macht. Dat heeft allemaal niets van doen met door argumenten geschraagde overtuigingen. Hiervoor vind ik inspiratie bij Eleanor Gordon-Smith: 'Het is niet zozeer een uitdaging om overtuigingen te veranderen, maar eerder om het systeem van eerbied aan te pakken dat die ideeën voortbrengt.'³¹

In het strafrecht is het niet anders. Het zwijgrecht is er om verantwoordelijkheid te ontgaan. Er is geen enkele reden meer hieraan nog wettelijke bescherming te geven. Dit doet niet af aan de verklaringsvrijheid. Het vooruitzicht van straf is geen uitnodiging om de waarheid te spreken. Het verbaast dat er in onze (straf)rechtspleging zo weinig liefde voor de waarheid is. Sterker nog, er wordt nergens zoveel gelogen dan in de rechtszaal,

30 S. Akkerman, 'Je kon erop wachten: de AfD wast de handen in onschuld', *Trouw* 21 februari 2020.

31 Zie Gordon-Smith 2019, p. 80.

terwijl dat een plek van waarheidsvinding en conflictoplossing zou kunnen zijn en (veel) minder een poel van strijd om het gelijk.

Strafrechtadvocaten hebben op dezelfde voet als belastingadviseurs geen boodschap aan waarheidsvinding c.q. juiste belastingheffing. Ik stel voor hierop te bezinnen en te bezien welke taakinvulling bijdraagt aan een invulling van wat onze samenleving nodig heeft en wat door het collectief als zinvol wordt ervaren. De overheid heeft de belangrijke taak hieraan richting te geven en ten principale het gesprek aan te gaan welke samenleving wij willen en die vragen onverhuld aan ons voor te leggen. Wij moeten als burgers zelf onze eigen verantwoordelijkheid nemen op de gebieden die in onze macht liggen. Zo kan worden gesteld dat kopen veelal een keuze is met impact, zoals veel van ons handelen: neem ik de auto of de fiets; koop ik een biefstuk of een stukje vis, gooi ik het lege blikje op straat of in de afvalbak. Hoe gemakkelijk kan het eigenlijk zijn.