

Een beroep op het zwijgrecht: fundamenteel recht van verdediging of mes in eigen rug?

Een empirisch onderzoek naar de gevolgen van een beroep op het zwijgrecht in de straftoemeting

Camille De Ridder

Master in de rechten

Meesterproef Thesis
Module **Strafrecht**

Promotor
Prof. dr. Miet Vanderhallen

1^e assessor
Drs. Laurens Claes

2^e assessor
Dr. Sanne Raats

Aantal tekens: 130.820



INHOUDSOPGAVE

INLEIDING	6
DEEL I. HET ZWIJGRECHT <i>DE IURE</i>	9
HOOFDSTUK 1. HET ZWIJGRECHT ALS ONDERDEEL VAN HET RECHT OP EEN EERLIJK PROCES ..	9
Afdeling 1. Historische schets	9
Afdeling 2. Het vermoeden van onschuld en het verbod op zelfincriminatie	10
Afdeling 3. Recht op bijstand van een advocaat	12
HOOFDSTUK 2. HET ZWIJGRECHT IN BELGIË	15
Afdeling 1. Wettelijke verankering	15
Afdeling 2. Draagwijdte van het zwijgrecht.....	16
Afdeling 3. Toepassingsgebied.....	17
3.1. Temporeel toepassingsgebied	17
3.1.1. De cautie.....	17
3.1.2. Begrip “verhoor”	18
3.2. Personeel toepassingsgebied.....	20
3.2.1. Salduz-categorieën	20
3.2.2. Prerogatief voor verdachten	21
HOOFDSTUK 3. BEPERKINGEN AAN HET ZWIJGRECHT	23
Afdeling 1. Zwijgrecht versus medewerkingsplicht.....	23
1.1. Dwangmaatregelen	23
1.2. Ontsluitingsplicht	24
Afdeling 2. Gevolgen van het zwijgrecht in de straftoemeting	26
2.1. Argwaan in de praktijk.....	27
2.2. De straftoemetingsvrijheid.....	28
2.3. Invloed van zwijgen op de straftoemeting	28
2.3.1. Verbod om de wijze van verdediging te sanctioneren	28
2.3.2. Weigering van alternatieve straffen en bestraffingsmodaliteiten.....	31
DEEL II. HET ZWIJGRECHT <i>DE FACTO</i>	32
HOOFDSTUK 1. REFLECTIE LAW IN THE BOOKS.....	32
HOOFDSTUK 2. ONDERZOEKSOPZET- EN METHODOLOGIE	33
Afdeling 1. Opzet	33
Afdeling 2. Methodologie.....	33

2.1. Werkwijze	34
2.2. Instrumentarium	35
2.3. Respondenten	36
2.4. Data-analyse	37
HOOFDSTUK 3. GEVOLGEN VAN EEN BEROEP OP HET ZWIJGRECHT IN DE STRAFTOEMETING .	38
Afdeling 1. Beslissing van de strafmaat	38
Afdeling 2. Beïnvloedende factoren op de straftoemeting	40
2.1. Zwijgen of ontkennen als beïnvloedende factor	40
2.2. Strafmaat indien zwijgen/ontkennen een beïnvloedende factor is	40
2.2. Overig beslissingsgedrag in functie van verdedigingsstrategie	41
Afdeling 3. Zwijgen/ontkennen als beïnvloedende factor	43
Afdeling 4. Invloed van de verdedigingsstrategie op de straftoemeting	45
4.1. Zwijgen of ontkennen?	45
4.1.1. Controlegroep	45
4.1.2. Experimentele groep	47
4.1.3. Tussenconclusie	48
4.2. Zwijgen/ontkennen of bekennen?	49
4.2.1. Controlegroep	49
4.2.2. Experimentele groep	50
4.2.3. Tussenconclusie	51
Afdeling 5. De schuldvraag	52
5.1. Controlegroep	52
5.2. Experimentele groep	53
Afdeling 6. Conclusie	54
Afdeling 7. Beperkingen en aanbevelingen	56
DEEL III. BESLUIT	57
BIBLIOGRAFIE	60
BIJLAGEN	66
BIJLAGE 1: BEKNOPT SAMENVATTING	66
BIJLAGE 2: CASUS	68
2.1. Casus controlegroep	68
2.2. Casus experimentele groep	70
BIJLAGE 3: VRAGENLIJSTEN	72

3.1. Vragenlijst controlegroep	72
3.2. Vragenlijst experimentele groep.....	75

LIJST VAN AFKORTINGEN

EHRM: Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EVRM: Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

UVRM: Universele Verklaring van de Rechten van de Mens

BUPO-Verdrag: Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten

Sw.: Strafwetboek

Sv.: Wetboek van Strafvordering

V.T.Sv.: Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering

OM: Openbaar Ministerie

CJPOA: Criminal Justice and Public Order Act

DANKWOORD

Deze masterscriptie vormt het sluitstuk van mijn opleiding aan de Faculteit Rechten van de Universiteit Antwerpen. Een uitdagende en boeiende opleiding die mij in staat stelde om met een verruimde blik na te denken over maatschappelijk relevante vraagstukken, waaronder het onderwerp van mijn masterscriptie.

Met het einde in zicht wil ik graag de mogelijkheid benutten om enkele personen te bedanken. Zowel voor de steun de afgelopen jaren als gedurende het schrijven van deze masterscriptie verdienen een aantal mensen een gemeend woord van dank. Zonder hen zou ik niet staan waar ik vandaag sta.

Vooreerst wens ik prof. dr. Vanderhallen te bedanken om mij dit uitdagende en boeiende onderwerp aan te reiken, alsook voor de leerrijke tips en inzichten die mij hebben geholpen om deze masterscriptie naar een hoger niveau te tillen. Dit empirisch onderzoek was een enorme uitdaging, maar hierdoor ook een prominente meerwaarde aan mijn laatste masterjaar.

Daarnaast zou ik graag mijn ouders willen bedanken. Eerst en vooral om mogelijk te maken dat ik deze studies kon aanvatten, daarnaast om steeds in mij te blijven geloven.

Ook mijn vriend Niels zou ik graag willen bedanken voor zijn luisterend oor. Bedankt voor de motiverende woorden en voor de onvoorwaardelijke steun.

Tot slot zou ik graag al mijn vrienden en familie willen bedanken om te zorgen voor de nodige ontspanning en motivatie gedurende mijn loopbaan aan de universiteit. Bedankt voor alles!

Camille De Ridder
Dinsdag 3 mei 2022

INLEIDING

1. Verdachten hebben het recht om te zwijgen. Dit recht vloeit voort uit het vermoeden van onschuld, één van de fundamentele hoekstenen van het strafprocesrecht.¹ Iedereen wordt geacht onschuldig te zijn tot het tegendeel bewezen is. Bovendien kan niemand gedwongen worden zichzelf te beschuldigen.² Het is immers de taak van de overheid om de schuld van verdachten te bewijzen, waarbij op geen enkele wijze ongeoorloofde druk of dwang mag worden uitgeoefend.³ Op die manier vormt het zwijgrecht een bescherming ten aanzien van (kwetsbare) verdachten die ongewild tegen zichzelf dreigen te verklaren.

2. De vraag rijst in welke mate verdachten zich met een gerust hart kunnen beroepen op het zwijgrecht. Uit verschillende hoeken in de praktijk blijkt immers dat een beroep op het zwijgrecht argwanend wordt bekeken. Terwijl politieambtenaren bij aanvang van het verhoor melding maken van het zwijgrecht waarover de verdachte beschikt, wordt door hen ook gewezen op bepaalde nadelen die verbonden zouden zijn aan zwijgen.⁴ Ook strafrechters geven aan zich kritisch op te stellen ten aanzien van zwijgende verdachten.⁵

3. Bovendien is in bepaalde landen – waaronder Engeland – wettelijk verankerd dat de rechter negatieve gevolgen kan koppelen aan zwijgen. Zo voorziet Section 34 van de Criminal Justice and Public Order Act dat de rechter negatieve gevolgtrekkingen mag maken wanneer een verdachte tijdens zijn verhoor verzuimt een feit te vermelden dat voor de rechter ten gronde wel wordt aangevoerd en waarvan redelijkerwijze kon worden verwacht dat het ten tijde van het verhoor werd vermeld.⁶ Deze negatieve gevolgtrekkingen kunnen enkel betrekking hebben op de schuldvraag, en dus niet op de straftoemeting.⁷

¹ P. TERSAGO, “Beuze's unfortunate legacy? De nieuwe wending in de Salduz-rechtspraak kritisch besproken vanuit juridisch en empirisch perspectief”, *NC* 2020, afl. 2, 115.

² L. STEVENS, *Nemo-tenetur beginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005, 1.

³ EHRM 29 juni 2007, *O'Halloran and Francis/Verenigd Koninkrijk*; EHRM 11 juli 2006, *Jalloh/Duitsland*.

⁴ A. BEAZLEY, F. GILLEIR, M. PANZAVOLTA, J. ROZIE, M. SAUERLAND, P. TERSAGO en M. VANDERHALLEN, “Right to silence and related rights in pre-trial suspects’ interrogations in the EU: legal and empirical study and promoting best practice”, 2021, <https://empriseproject.org/wp-content/uploads/2021/12/Emprise-Belgie%CC%88-onderzoeksrapport.pdf>, 166-167.

⁵ P. TERSAGO, *Verklaringen van verdachten in het strafproces*, Mortsels, Intersentia, 2020, 459.

⁶ Section 34 of the Criminal Justice and Public Order Act 1994; I. C. H. CLARE, G. H. GUDJONSSON en P. M. HARARI, “Understanding of the Current Police Caution (England and Wales)”, *Journal of Community & Applied Social Psychology* 1998, afl. 8, 323; K.A. CAVANAUGH, “Emergency Rule, Normalcy Exception: The Erosion of the Right to Silence in the United Kingdom”, *Cornell International Law Journal* 2002, afl. 135, 498.

⁷ D. BECKMAN, “You Have the Right to Be Silent. Anything You Do Not Say May Be Used Against You. Is the Right to Silence in Great Britain Really a Protection?”, *Penn State International Law Review* 1995, afl. 14, 116.

4. Het lijkt weinig twijfel dat het toestaan van negatieve gevolgtrekkingen, getrokken uit de uitoefening van het zwijgrecht, een dwangmethode inhoudt.⁸ Een systeem dat een dergelijke vorm van psychologische dwang toestaat, komt manifest in strijd met het vermoeden van onschuld en het recht om zichzelf niet te beschuldigen. Het staat rechters toe ongepast voordeel te trekken uit de verdedigingsstrategie van een verdachte met het doel hem te dwingen een verklaring of bekentenis af te leggen of hem op een andere manier te beschuldigen.⁹ Een dergelijk systeem werkt het risico op valse zelfbeschuldiging in de hand.¹⁰ Bovendien verschuift het vermoeden van onschuld hierdoor naar een vermoeden van schuld.

5. Verdachten mogen zich verdedigen op een wijze die zij het meest effectief achten en moeten zich daarbij met een gerust hart kunnen beroepen op het zwijgrecht. Aangezien strafrechters het zwijgen door verdachten argwanend bekijken, kan gedacht worden dat zij deze argwaan in de straftoemeting compenseren door een hogere straf uit te spreken.¹¹ Omwille van de kwetsbare positie waarin verdachten zich bevinden, zal aan de hand van deze meesterproef worden onderzocht welke gevolgen gekoppeld mogen worden aan een beroep op het zwijgrecht en of strafrechters in de praktijk niet verder gaan dan juridisch voorzien. De onterechte afstraffing van een beroep op het zwijgrecht – een fundamenteel recht van verdediging – impliceert immers de uitholling ervan en een schending van het vermoeden van onschuld.

6. Bijgevolg zal aan de hand van deze meesterproef worden nagegaan of – en in welke mate – strafrechters het zwijgen door verdachten verdisconteren in de straftoemeting. In het eerste deel van deze meesterproef wordt aan de hand van een grondig literatuuronderzoek onderzocht in hoeverre zwijgen juridisch gezien consequenties mag hebben in de straftoemeting (*law in the books*). In het tweede deel wordt aan de hand van een empirisch onderzoek nagegaan of rechters zich in de praktijk aan deze beperkingen kunnen houden (*law in action*).

⁸ K.A. CAVANAUGH, “Emergency Rule, Normalcy Exception: The Erosion of the Right to Silence in the United Kingdom”, *Cornell International Law Journal* 2002, afl. 135, 498; D. BECKMAN, “You Have the Right to Be Silent. Anything You Do Not Say May Be Used Against You. Is the Right to Silence in Great Britain Really a Protection?”, *Penn State International Law Review* 1995, afl. 14, 116.

⁹ EHRM 25 juni 2013, *Niculescu/Roemenië*; EHRM 30 mei 2013, *Martin/Estland*; EHRM 1 april 2010, *Pavlenko/Rusland*.

¹⁰ G.H. GUDJONSSON, *The psychology of interrogations and confessions. A handbook*, Sussex, Wiley, 2003, 196; P. TERSAGO, “Beuze's unfortunate legacy? De nieuwe wending in de Salduz-rechtspraak kritisch besproken vanuit juridisch en empirisch perspectief”, *NC* 2020, afl. 2, 126.

¹¹ A. BEAZLEY, F. GILLEIR, M. PANZAVOLTA, J. ROZIE, M. SAUERLAND, P. TERSAGO en M. VANDERHALLEN, “Right to silence and related rights in pre-trial suspects’ interrogations in the EU: legal and empirical study and promoting best practice”, 2021, <https://empriseproject.org/wp-content/uploads/2021/12/Emprise-Belgie%CC%88-onderzoeksrapport.pdf>, 225.

De centrale vraag van deze meesterproef luidt bijgevolg als volgt: **“Wat is de impact van zwijgen door verdachten op de straftoemeting?”**. Op deze vraag zal een antwoord worden gezocht aan de hand van twee deelvragen:

- Mogen er – en zo ja, in welke mate – in de fase van de straftoemeting juridische gevolgen gekoppeld worden aan een beroep op het zwijgrecht?
- Kunnen strafrechters zich in de praktijk houden aan deze juridische beperkingen?

DEEL I. HET ZWIJGRECHT *DE IURE*

7. Vooreerst moet worden nagegaan wat het zwijgrecht concreet inhoudt. In dit eerste deel wordt onderzocht waar het zwijgrecht vandaan komt om de bestaansredenen of de *ratio legis* ervan te begrijpen. Daarnaast zal worden nagegaan hoe het zwijgrecht zowel nationaal als internationaal wordt beschermd. Tot slot wordt onderzocht of er – en zo ja, welke – juridische gevolgen gekoppeld mogen worden aan een beroep op het zwijgrecht.

HOOFDSTUK 1. HET ZWIJGRECHT ALS ONDERDEEL VAN HET RECHT OP EEN EERLIJK PROCES

AFDELING 1. HISTORISCHE SCHETS

8. Het zwijgrecht is een wereldwijd erkend beginsel dat ertoe strekt dat verdachten het recht hebben om geen antwoord te geven op de hen gestelde vragen. Het recht om te zwijgen ligt vervat in de ruimere bescherming van het recht op een eerlijk proces, zoals wettelijk verankerd in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM).¹²

9. De wortels van dit recht gaan echter terug tot eeuwenoude documenten, zoals de *Magna Charta*, de *Bill of Rights* en de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*.¹³ Eén van de eerste moderne documenten dat melding maakt van het recht op een eerlijk proces is de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (hierna: UVRM).¹⁴ Het UVRM is het eerste document – aangenomen door een universele organisatie – dat mensenrechten verkondigt. Hierdoor vormt het een mijlpaal in de geschiedenis van de mensenrechten.¹⁵ Hoewel de artikelen 10 en 11 UVRM gelijkenissen vertonen met artikel 6 EVRM, gaat het hier slechts om een algemeen recht op een gelijk, eerlijk en openbaar proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie. Ook het vermoeden van onschuld werd hier opgenomen.¹⁶

¹² Verdrag 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

¹³ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 2*, Mortsel, Intersentia, 2004, 380.

¹⁴ Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van 10 december 1948.

¹⁵ S. SMIS, C. JANSSENS, S. MIRGAUX en K. VAN LAETHEM, *Handboek mensenrechten*, Mortsel, Intersentia 2011, 97.

¹⁶ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 2*, Mortsel, Intersentia, 2004, 380.

10. Hoewel het belang van de UVRM niet mag worden onderschat, wordt de verklaring beschouwd als een loutere beginselverklaring¹⁷ die – in tegenstelling tot het EVRM – niet juridisch bindend is.¹⁸ Daarnaast is het recht op een eerlijk proces uitgebreid terug te vinden in artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (hierna: BUPO-Verdrag).¹⁹ Ook het zwijgrecht werd expliciet vastgelegd in artikel 14.3(g) BUPO-Verdrag. Vandaag de dag vormt artikel 6 EVRM één van de belangrijkste bepalingen dat het recht op een eerlijk proces – en bijgevolg het zwijgrecht – waarborgt. Het EVRM refereert evenwel niet uitdrukkelijk aan het zwijgrecht, maar sinds 1993 erkent het EHRM dat het zwijgrecht impliciet vervat zit in artikel 6 EVRM.²⁰

AFDELING 2. HET VERMOEDEN VAN ONSCHULD EN HET VERBOD OP ZELFINCRIMINATIE

11. Het zwijgrecht staat nauw in verband met het beginsel *nemo tenetur* en het vermoeden van onschuld.²¹ Deze beginselen vloeien rechtstreeks voort uit het recht op een eerlijk proces.²² Het vermoeden van onschuld werd zelfs wettelijk verankerd in artikel 6, §2 EVRM.²³ Het verbod van gedwongen zelfincriminatie impliceert dat niemand gedwongen kan worden zichzelf te incrimineren.²⁴ Het is de taak van het Openbaar Ministerie (hierna: OM) om de schuld van verdachten te bewijzen. Verdachten hebben daarom het recht om gedurende de strafprocedure een passieve houding aan te nemen en zich te beroepen op hun zwijgrecht.²⁵ Bijgevolg moet een verdachte worden behandeld alsof hij onschuldig is totdat het OM voldoende bewijzen levert om een onafhankelijk en onpartijdig gerecht ervan te overtuigen dat hij schuldig is.²⁶

¹⁷ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 1*, Mortsel, Intersentia, 2005, 60.

¹⁸ S. SMIS, C. JANSSENS, S. MIRGAUX en K. VAN LAETHEM, *Handboek mensenrechten*, Mortsel, Intersentia, 2011, 97.

¹⁹ Internationaal verdrag 19 december 1966 inzake burgerrechten en politieke rechten.

²⁰ Art. 6 EVRM; EHRM 25 februari 1993, *Funke/Frankrijk*; EHRM 8 februari 1996, *Murray/Verenigd Koninkrijk*; EHRM 17 december 1996, *Saunders/Verenigd Koninkrijk*.

²¹ Overw. 24 Richtl. Europees Parlement en Raad nr. 2016/343, 9 maart 2016 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in straf-procedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn, *Pb.L.* 11 maart 2016, 8 (hierna: Richtlijn 2016/343); R. VERSTRAETEN en P. TRAEEST, “Het recht van verdediging in de onderzoeksfase”, *NC* 2008, afl. 2, 90.

²² EHRM 25 februari 1993, *Funke/Frankrijk*.

²³ Artikel 6, §2 EVRM.

²⁴ P. TERSAGO, “Beuze's unfortunate legacy? De nieuwe wending in de Salduz-rechtspraak kritisch besproken vanuit juridisch en empirisch perspectief”, *NC* 2020, afl. 2, 115; L. STEVENS, *Nemo-tenetur beginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005, 1; J. MEESE, “The sound of silence. Het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel in strafzaken. Een historisch en rechtsvergelijkend overzicht” in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Zwijgrecht versus spreekplicht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (37) 38.

²⁵ P. THEVISSSEN en S. BERBUTO, “Rechten van verdediging” in X., *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl; M. BOCKSTAELE, “Verhoren” in A. VANDEPLAS, P. ARNOU, S. VAN OVERBEKE (eds.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl.

²⁶ J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 2*, Mortsel, Intersentia, 2004, 524.

12. De overheid moet de ten laste gelegde feiten bewijzen zonder gebruik te maken van bewijsmateriaal dat is verkregen door middel van ongeoorloofde druk of dwang die de verdachte dwingt tot spreken en aldus afbreuk doet aan de wil van de verdachte om een passieve houding aan te nemen in de strafprocedure.²⁷ Daarbij moet onder “dwang” niet enkel fysieke of psychologische dwang worden begrepen. Ook de dreiging met een strafsanctie bij een weigering om mee te werken aan de bewijsverkrijging kan worden beschouwd als dwang.²⁸

13. Enerzijds houdt het vermoeden van onschuld een waarborg in betreffende de wijze waarop een verdachte moet worden behandeld in het kader van een strafproces. De rechter die met de zaak belast is, moet deze benaderen zonder vooringenomenheid.²⁹ Zowel de gunstige als de ongunstige elementen van elke partij moeten met dezelfde aandacht worden onderzocht. De rechter mag bijgevolg niet uitgaan van de overtuiging dat de verdachte schuldig is, noch blijk geven van zijn overtuiging dat een persoon schuldig is voordat een rechtbank hem schuldig heeft verklaard.³⁰ Anderzijds vormt het vermoeden een voorschrift met betrekking tot de bewijslast. Meer bepaald ligt de bewijslast bij de vervolgende partij en speelt elke redelijke twijfel in het voordeel van de verdachte.³¹ Dit voorschrift versterkt de positie van de verdachte ten aanzien van de vervolgende partij, aangezien de verdachte het recht heeft om niet mee te werken aan de bewijslevering.³² Hij mag een louter passieve houding aannemen zonder dat men enkel op basis daarvan zaken kan afleiden in termen van schuld.³³ Deze passieve houding impliceert bovendien dat de verdachte het recht heeft om te zwijgen en zelfs om te liegen.³⁴

²⁷ EHRM 11 juli 2006, *Jalloh/Duitsland*.

²⁸ EHRM 29 juni 2007, *O'Halloran and Francis/Verenigd Koninkrijk*.

²⁹ P. THEVISSSEN en S. BERBUTO, “Rechten van verdediging” in X., *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl; P. LEMMENS, “Het recht op een eerlijk proces volgens artikel 6 van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens” in P. TAEELMAN (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016, (753) 770.

³⁰ P. THEVISSSEN en S. BERBUTO, “Rechten van verdediging” in X., *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl.

³¹ EHRM 17 december 1996, *Saunders/Verenigd Koninkrijk*; P. LEMMENS, “Het recht op een eerlijk proces volgens artikel 6 van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens” in P. TAEELMAN (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016, (753) 781.

³² C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2011, 699.

³³ P. THEVISSSEN en S. BERBUTO, “Rechten van verdediging” in X., *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl; M. BOCKSTAELE, “Verhoren” in A. VANDEPLAS, P. ARNOU, S. VAN OVERBEKE (eds.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl.

³⁴ EHRM 17 december 1996, *Saunders/Verenigd Koninkrijk*; EHRM 8 februari 1996, *Murray/Verenigd Koninkrijk*; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK, *Handboek EVRM, Deel 2*, Mortsel, Intersentia, 2004, 535; P. DE HERT, “Het zwijgrecht van verdachten en getuigen”, *Vigiles* 1999, 20.

AFDELING 3. RECHT OP BIJSTAND VAN EEN ADVOCAAAT

14. Ook het recht op bijstand van een advocaat vormt een fundamentele hoeksteen van het recht op een eerlijk proces en is terug te vinden in artikel 6, §3, c) EVRM. De bijstand van een advocaat – zowel voor als tijdens het verhoor – is cruciaal voor de bescherming van de rechten van verdediging.³⁵ Zo is het EHRM van oordeel dat de toegang tot een advocaat vanaf het eerste verhoor een belangrijke rol speelt, gezien de onwetendheid van verdachten omtrent hun rechten en de kwetsbare positie waarin verdachten zich bevinden.³⁶

15. Het recht op bijstand door een advocaat heeft voornamelijk tot doel om de wapengelijkheid tussen de verdachte en de overheid te verzekeren. De aanwezigheid van een advocaat moet voorkomen dat de verdachte onder druk wordt gezet of dat hij gedwongen wordt om zelfincriminerende verklaringen af te leggen.³⁷ Het EHRM heeft geoordeeld dat er sprake kan zijn van een onherstelbare schending van de rechten van verdediging wanneer een verdachte incriminerende verklaringen aflegt tijdens een politieverhoor, zonder mogelijkheid van bijstand door een advocaat, die nadien gebruikt worden voor een veroordeling.³⁸

16. Naar aanleiding van de Salduz-rechtspraak³⁹ en de Salduz-wetgeving⁴⁰ heeft de Belgische wetgever in artikel 47bis Sv. verankerd dat geen veroordeling kan worden uitgesproken op basis van verklaringen die werden afgenomen in strijd met het consultatie- en bijstandsrecht.⁴¹ Ook het Hof van Cassatie gaf gehoor aan de oproep tot erkenning van de rechten in artikel 6 EVRM. Op 23 november 2010 koos het Hof resoluut voor de erkenning van het recht op bijstand van een advocaat, niet alleen voorafgaand, maar ook tijdens het verhoor.⁴²

³⁵ EHRM 27 november 2008, *Salduz/Turkije*; P. WAETERINCKX en C. VAN DE HEYNING, *Mensenrechten in de praktijk*, Mortsels, Intersentia, 2016, 242.

³⁶ EHRM 21 april 2011, *Nechiporuk and Yonkalo/Oekraïne*; EHRM 13 maart 2014, *Pakshayev/Rusland*; EHRM 9 april 2015, *A.T./Luxemburg*; EHRM 20 oktober 2015, *Dvorski/Kroatië*.

³⁷ P. GERARD en H. LAMON, “Recht op bijstand advocaat in strafzaken is een mensenrecht”, *DJK* 2018, afl. 378, 1.

³⁸ EHRM 19 december 2013, *Yury Volkov/Oekraïne*; EHRM 9 april 2015, *A.T./Luxemburg*; EHRM 20 oktober 2015, *Dvorski/Kroatië*.

³⁹ EHRM 27 november 2008, *Salduz/Turkije*.

⁴⁰ Wet tot wijziging van het Wetboek van strafvordering en van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, om aan elkeen die wordt verhoord en aan elkeen wiens vrijheid wordt benomen rechten te verlenen, waaronder het recht om een advocaat te raadplegen en door hem te worden bijgestaan, *BS* 5 september 2011; Wet van 21 november 2016 betreffende bepaalde rechten van personen die worden verhoord, *BS* 24 november 2016.

⁴¹ Art. 47bis, §6, 9) Sv.; P. WAETERINCKX en C. VAN DE HEYNING, *Mensenrechten in de praktijk*, Mortsels, Intersentia, 2016, 244.

⁴² Cass. 23 november 2010, *RW* 2011-12, afl. 6, 308, concl. P. DUINSLAEGER, noot T. DECAIGNY.

17. De richtlijn van de Europese Unie aangaande het recht op toegang tot een advocaat heeft deze rechten versterkt.⁴³ Hierdoor heeft elke verdachte recht op bijstand van een advocaat, onafhankelijk van een eventuele aanhouding.⁴⁴ Dankzij de bijstand van een advocaat tijdens het verhoor wordt toezicht gehouden op de eerbiediging van het recht van de verdachte om zichzelf niet te beschuldigen en van de vrijheid om een verklaring af te leggen, te antwoorden op de hem gestelde vragen of te zwijgen.⁴⁵ Verder beoogt de aanwezigheid van de advocaat dat erover wordt gewaakt dat de verdachte op een fatsoenlijke wijze wordt behandeld, zonder dat ten aanzien van hem gebruik wordt gemaakt van ongeoorloofde druk of dwang.⁴⁶

18. Het recht op bijstand van een advocaat is van toepassing “*op de verdachten of beklaagden in een strafprocedure, vanaf het ogenblik waarop zij door de bevoegde autoriteiten van een lidstaat door middel van een officiële kennisgeving of anderszins in kennis worden gesteld dat zij ervan worden verdacht of beschuldigd een strafbaar feit te hebben begaan, ongeacht of hen hun vrijheid is ontnomen*”.⁴⁷ Verdachten hebben aldus recht op bijstand vanaf het moment dat zij zich officieel geconfronteerd zien met strafrechtelijke tenlasteleggingen.⁴⁸

19. Voor de effectieve uitoefening van de rechten van verdediging is het uiteraard van belang dat verdachten op de hoogte zijn van de rechten waarover zij beschikken. Het EHRM benadrukt dat één van de belangrijkste taken van de advocaat erin gelegen is zijn cliënt te informeren over zijn rechten en erover te waken dat niet op onrechtmatige wijze afbreuk wordt gedaan aan het recht om te zwijgen en zichzelf niet te incrimineren.⁴⁹ Voorts wijst het Hof van Cassatie erop dat de advocaat een cruciale rol speelt tijdens het verhoor. De advocaat neemt voor zijn cliënt de functie waar van zowel de bepleiter van diens belangen als de hoeder van diens rechten.⁵⁰

⁴³ Richtlijn 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming (hierna: Richtlijn 2013/48/EU).

⁴⁴ P. WAETERINCKX en C. VAN DE HEYNING, *Mensenrechten in de praktijk*, Mortsel, Intersentia, 2016, 244.

⁴⁵ Cass. 24 januari 2012, *RW* 2012-13, afl. 19, 740, noot P. TERSAGO

⁴⁶ Art. 47bis, §6, 6) en 7) Sv.; Cass. 24 januari 2012, *RW* 2012-13, afl. 19, 740, noot P. TERSAGO; M. BOCKSTAELE, “Verhoren” in A. VANDEPLAS, P. ARNOU, S. VAN OVERBEKE (eds.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl.

⁴⁷ Art. 2, §1 Richtlijn 2013/48/EU.

⁴⁸ P. GERARD en H. LAMON, “Recht op bijstand advocaat in strafzaken is een mensenrecht”, *DJK* 2018, afl. 378, 1.

⁴⁹ EHRM 9 november 2018, *Beuze/België*; P. GERARD en H. LAMON, “Recht op bijstand advocaat in strafzaken is een mensenrecht”, *DJK* 2018, afl. 378, 1.

⁵⁰ Cass. 24 januari 2012, *RW* 2012-13, afl. 19, 740, noot P. TERSAGO; J. VAN GAEVER, “Verhoor verdachten: zelfde regels voor politiediensten als voor onderzoeksrechter” (noot onder Cass. 24 januari 2012), *T. Strafr.* 2012, afl. 3, 172.

20. Uit voorgaande zou kunnen worden afgeleid dat het recht op bijstand van een advocaat bijdraagt tot een betere waarborg van de rechten van verdediging, waaronder het zwijgrecht. De advocaat kan de cliënt aan het zwijgrecht herinneren, de betekenis ervan verduidelijken en de cliënt adviseren of het al dan niet raadzaam is om dit recht uit te oefenen. Sporen van een verband tussen het zwijgrecht en het recht op bijstand van een advocaat zijn ook in de wet terug te vinden. Volgens artikel 47bis, lid 3, Sv. kan – indien de verdachte is uitgenodigd voor een verhoor en zonder advocaat verschijnt – het verhoor plaatsvinden, maar pas nadat de betrokkene is gewezen op zijn zwijgrecht en op zijn recht om niet tegen zichzelf te getuigen.⁵¹

21. Logischerwijze zou gedacht kunnen worden dat verdachten vaker een beroep doen op het zwijgrecht wanneer zij worden bijgestaan door een advocaat. Advocaten zullen hun cliënt voorafgaand aan het verhoor immers herinneren aan het zwijgrecht en kunnen hun cliënt zelfs sturen in het al dan niet afleggen van verklaringen. Uit eerder onderzoek blijkt nochtans dat het antwoord op deze vraag genuanceerd is. Enerzijds geven politieambtenaren aan dat het gebruik van het zwijgrecht gemiddeld genomen stijgt wanneer verdachten worden bijgestaan door een advocaat.⁵² Dit zou voornamelijk het geval zijn in zwaardere dossiers.⁵³ Anderzijds menen advocaten dat zij niet systematisch adviseren om te zwijgen. Het advies hieromtrent is volgens hen afhankelijk van de aard van het misdrijf en de kennis van het strafdossier die op dat moment beschikbaar is.⁵⁴ Daarnaast blijkt uit een recent onderzoek naar het gebruik en de gevolgen van het zwijgrecht (hierna: EmpRiSe onderzoek) dat wanneer verdachten beroep doen op het zwijgrecht, dit steeds gebeurde na een vertrouwelijk overleg met de advocaat en/of bijstand van de advocaat tijdens het verhoor.⁵⁵

⁵¹ A. BEAZLEY, F. GILLEIR, M. PANZAVOLTA, J. ROZIE, en M. VANDERHALLEN, “Silence with caution: the right to silence in police investigations in Belgium”, *New Journal of European Criminal Law* 2021, 417.

⁵² F. VERLET, *Salduz Plus: een min voor politieverhoorders? Impact en draagvlak in Vlaanderen*, onuitg. Masterproef Rechten UGent, 2018, https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/479/199/RUG01-002479199_2018_0001_AC.pdf.

⁵³ M. VANDERHALLEN, A. DE JONG, H. TELEN en T. SPRONKEN, *Toga's in de verhoorkamer. De invloed van rechtsbijstand op het politieverhoor*, Boom Lemma Uitgevers, Den Haag, 2014; H. PENNE, A. RAES, S. DE KEULENAER, A. DELADRIERE, M. FRANSSSENS, E. DEVEUX, K. DECRAMER, S. SIVRI, "Evaluatie Salduz-wet. Eindrapport", 2013, http://www.dsb-spc.be/doc/pdf/Salduz_eindrapport_NL.pdf.

⁵⁴ M. VANDERHALLEN, A. DE JONG, H. TELEN en T. SPRONKEN, *Toga's in de verhoorkamer. De invloed van rechtsbijstand op het politieverhoor*, Boom Lemma Uitgevers, Den Haag, 2014, 86-87; A. BEAZLEY, F. GILLEIR, M. PANZAVOLTA, J. ROZIE, M. SAUERLAND, P. TERSAGO en M. VANDERHALLEN, “Right to silence and related rights in pre-trial suspects’ interrogations in the EU: legal and empirical study and promoting best practice”, 2021, <https://empriseproject.org/wp-content/uploads/2021/12/Emprise-Belgie%CC%88-onderzoeksrapport.pdf>, 68-69.

⁵⁵ A. BEAZLEY, F. GILLEIR, M. PANZAVOLTA, J. ROZIE, M. SAUERLAND, P. TERSAGO en M. VANDERHALLEN, “Right to silence and related rights in pre-trial suspects’ interrogations in the EU: legal and empirical study and promoting best practice”, 2021, <https://empriseproject.org/wp-content/uploads/2021/12/Emprise-Belgie%CC%88-onderzoeksrapport.pdf>, 98.

22. Daarentegen werd in een ander onderzoek vastgesteld dat zelfs in de aanwezigheid van een advocaat eerder beperkt wordt gezwegen.⁵⁶ Uit het EmpRiSe onderzoek kan evenmin worden afgeleid of verdachten meer zouden zwijgen indien ze worden geadviseerd en/of bijgestaan door een advocaat. Dat het gebruik van het zwijgrecht soms werd ingegeven door het advies van de advocaat bleek uit een enkel geval waar de verdachte bij het gebruik van het zwijgrecht verwees naar het advies van zijn advocaat.⁵⁷ Bijgevolg kan geconcludeerd worden dat wanneer verdachten een beroep doen op het zwijgrecht, dit meestal gebeurt na overleg met een advocaat, maar dat overleg met een advocaat niet noodzakelijk tot gevolg heeft dat een beroep wordt gedaan op het zwijgrecht. Het ene impliceert immers niet *per se* het andere.

HOOFDSTUK 2. HET ZWIJGRECHT IN BELGIË

AFDELING 1. WETTELIJKE VERANKERING

23. Het zwijgrecht en het non-incriminatiebeginsel werden – naar aanleiding van de Salduz-rechtspraak en de Salduz-wetgeving – wettelijk verankerd in artikel 47*bis* Sv.⁵⁸ Voordien werden het zwijgrecht en het non-incriminatiebeginsel in België niet wettelijk geregeld, maar werden zij beschouwd als algemene rechtsbeginselen.⁵⁹ Zo werd in rechtspraak van het Hof van Cassatie uit de jaren 80 en 90 reeds gemotiveerd dat deze beginselen onderdeel uitmaken van de rechten van de verdediging en dat zij hierdoor algemene rechtsbeginselen zijn.⁶⁰ In die rechtspraak werd bepaald dat aan de verdachte geen rechtsplichten kunnen worden opgelegd “*met het oog op diens actieve medewerking aan het onderzoek*”. Toen al werd de nadruk gelegd op de mondelinge bescherming van verdachten tegen zelfincriminatie.⁶¹

⁵⁶ P. TERSAGO, “Beuze's unfortunate legacy? De nieuwe wending in de Salduz-rechtspraak kritisch besproken vanuit juridisch en empirisch perspectief”, *NC* 2020, afl. 2, 103-123.

⁵⁷ A. BEAZLEY, F. GILLEIR, M. PANZAVOLTA, J. ROZIE, M. SAUERLAND, P. TERSAGO en M. VANDERHALLEN, “Right to silence and related rights in pre-trial suspects’ interrogations in the EU: legal and empirical study and promoting best practice”, 2021, <https://empriseproject.org/wp-content/uploads/2021/12/Emprise-België-onderzoeksrapport.pdf>, 213.

⁵⁸ M. MINNAERT, “De Salduz-wet”, *NC* 2011, afl. 5, 275; Wet tot wijziging van het Wetboek van straffordering en van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis, om aan elkeen die wordt verhoord en aan elkeen wiens vrijheid wordt benomen rechten te verlenen, waaronder het recht om een advocaat te raadplegen en door hem te worden bijgestaan, *BS* 5 september 2011; Wet van 21 november 2016 betreffende bepaalde rechten van personen die worden verhoord, *BS* 24 november 2016; EHRM 27 november 2008, *Salduz/Turkije*.

⁵⁹ M. MINNAERT, “De Salduz-wet”, *NC* 2011, afl. 5, 280.

⁶⁰ Cass. 13 mei 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 1230, concl. DUJARDIN; Cass. 6 mei 1993, *RW* 1993-94, 382, noot A. DE NAUW.

⁶¹ Cass. 6 mei 1993, *RW* 1993-94, 382, noot A. DE NAUW.

AFDELING 2. DRAAGWIJDTE VAN HET ZWIJGRECHT

24. Artikel 47bis, §2, 2) Sv. bepaalt dat de verdachte die verhoord wordt de keuze heeft “om een verklaring af te leggen, te antwoorden op de hem gestelde vragen of te zwijgen”. Het zwijgrecht strekt er dus toe dat een verdachte het recht heeft om te weigeren vragen te beantwoorden die aan hem worden gesteld of om geen informatie mee te delen aan de vervolgende instanties. Verdachten hebben op grond van het non-incriminatiebeginsel immers het recht om niet mee te werken aan de eigen veroordeling en om zichzelf niet te beschuldigen.⁶²

25. De vervolgende instanties kunnen de verdachte ook niet dwingen om dat wel te doen. Zo bepaalt overweging 27 van de preambule van Richtlijn 2016/343 dat het “het recht om te zwijgen en het recht om zichzelf niet te belasten, impliceren dat de bevoegde autoriteiten verdachten of beklaagden niet tegen hun wil mogen dwingen informatie te verstrekken”.⁶³ De doelstelling van het zwijgrecht is immers te voorkomen dat de verdachte wordt onderworpen aan een willekeurige veroordeling of straftoemeting.⁶⁴ Op die manier sluit het zwijgrecht aan bij de bewijsregels in het strafprocesrecht. Een verdachte heeft het recht zichzelf niet te incrimineren, maar moet ook zijn onschuld niet bewijzen.⁶⁵ Zijn onschuld wordt vermoed en het is aan de vervolgende partij (lees: het OM) om de schuld van de verdachte aan te tonen.⁶⁶

Aangezien verdachten niet gedwongen kunnen worden om verklaringen af te leggen, biedt het zwijgrecht een waarborg tegen valse bekentenissen.⁶⁷ De overheid moet het ten laste gelegde feit bewijzen zonder gebruik te maken van bewijsmateriaal dat is verkregen door middel van ongeoorloofde druk of dwang.⁶⁸ Bijgevolg komt het zwijgrecht de betrouwbaarheid van de verdachtenverklaringen ten goede en zou het vermoeden van onschuld gewaarborgd moeten blijven. Of dit laatste ook het geval is, moet nog blijken uit deel II van deze meesterproef.

⁶² J. MEESE, “The sound of silence. Het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel in strafzaken. Een historisch en rechtsvergelijkend overzicht” in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Zwijgrecht versus spreekplicht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (37) 37-38.

⁶³ Overw. 27 Richtlijn 2016/343.

⁶⁴ C. VAN DEN WYNGAERT en P. TRAEST, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2017, 703.

⁶⁵ J. ROZIE, M. VANDERHALLEN en P. TERSAGO, “Het zwijgrecht als tweesnijdend zwaard: een fundamenteel recht van verdediging of een katalysator voor schuldigverklaring? De toepassing van het zwijgrecht in strafzaken empirisch onderzocht”, *NC* 2021, afl. 6, 477.

⁶⁶ J. MEESE, “Het bewijs in strafzaken” in P. TAELMAN (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016, (509) 511.

⁶⁷ EHRM 1 april 2010, *Pavlenko/Rusland*; EHRM 30 mei 2013, *Martin/Estland*; EHRM 25 juni 2013, *Niculescu/Roemenië*.

⁶⁸ EHRM 11 juli 2006, *Jalloh/Duitsland*.

AFDELING 3. TOEPASSINGSGEBIED

26. Naast het feit dat het zwijgrecht wettelijk verankerd werd, is het van belang om na te gaan wanneer een beroep op het zwijgrecht mogelijk is. Deze vraag wordt onderverdeeld enerzijds in de vraag wanneer het zwijgrecht speelt (temporeel toepassingsgebied), anderzijds op wie het zwijgrecht van toepassing is (personeel toepassingsgebied).

3.1. Temporeel toepassingsgebied

3.1.1. De cautie

27. Om rechten effectief te kunnen uitoefenen, is het uiteraard noodzakelijk om op de hoogte te zijn van die rechten.⁶⁹ Personen die ondervraagd worden – waaronder verdachten – moeten dus in kennis worden gesteld van hun rechten. Deze kennisgeving wordt de cautie genoemd.⁷⁰

28. Volgens het EHRM impliceert de cautie dat de overheid er voorafgaand aan het verhoor voor moet zorgen dat de verdachte op de hoogte is van “*de aard van het onderzoek, van de belangen die op het spel staan, hieronder begrepen de ernst van de sancties die kunnen worden opgelegd, van zijn rechten van verdediging en, in het bijzonder, van zijn zwijgrecht*”.⁷¹ Het is daarbij niet voldoende dat de overheid de noodzakelijke info louter mededeelt.⁷² Zij hebben ook de verplichting om ervoor te zorgen dat de verdachte de mededeling begrijpt, zodat deze geïnformeerd kan deelnemen aan het verhoor.⁷³ Bovendien moet er bijzondere aandacht worden besteed aan bepaalde verdachten, zoals minderjarigen, immature en andere kwetsbare verdachten.⁷⁴ Zo moeten de bewoordingen van de mededeling van voornoemde rechten worden aangepast in functie van de leeftijd van de betrokkene of in functie van een mogelijke kwetsbaarheid van de betrokkene die zijn vermogen aantast om deze rechten te begrijpen.⁷⁵

⁶⁹ F.M.W. BILLING, *The Right to Silence in Transnational Criminal Proceedings: Comparative Law Perspectives*, Cham, Springer International Publishing AG, 2016, 67.

⁷⁰ J. MEESE en P. TERSAGO, "Het recht voor elkeen die wordt verhoord op consultatie van en bijstand door een advocaat na de «Salduz-wet» van 13 augustus 2011", *RW* 2011-12, afl. 21, 936-937.

⁷¹ EHRM 8 februari 1996, *Murray/Verenigd Koninkrijk*; EHRM 27 november 2008, *Salduz/Turkije*; EHRM 11 maart 2009, *Panovits/Cyprus*.

⁷² P. TERSAGO, *Verklaringen van verdachten in het strafproces*, Mortsel, Intersentia, 2020, 136.

⁷³ EHRM 28 oktober 2010, *Lazarenko/Oekraïne*; EHRM 24 september 2009, *Pishchalnikov/Rusland*; P. TERSAGO, *Verklaringen van verdachten in het strafproces*, Mortsel, Intersentia, 2020, 136.

⁷⁴ EHRM 11 maart 2009, *Panovits/Cyprus*, P. TERSAGO, *Verklaringen van verdachten in het strafproces*, Mortsel, Intersentia, 2020, 136-137.

⁷⁵ Artikel 47bis, §6, 2) Sv.

Artikel 47bis, §1 Sv. bepaalt dat een persoon aan wie geen misdrijf ten laste wordt gelegd voor het verhoor in kennis moet worden gesteld van het feit dat hij niet kan worden verplicht zichzelf te beschuldigen. Artikel 47bis, §2 Sv. is daarentegen enkel op verdachten gericht en bepaalt dat verdachten – naast de mededeling van het non-incriminatiebeginsel – op de hoogte moeten worden gebracht van het feit dat zij het recht hebben om te zwijgen.⁷⁶

29. Daarnaast moet de verdachte in kennis worden gesteld van de feiten waarover hij zal worden ondervraagd en moet worden meegedeeld dat hij onder andere het recht heeft om voor het verhoor een vertrouwelijk overleg te hebben met een advocaat, dat zijn verklaringen als bewijs in rechte kunnen worden gebruikt, dat hij kan vragen dat een bepaalde opsporingshandeling wordt verricht of een bepaald verhoor wordt afgenomen en dat hij recht heeft op een tolk.⁷⁷ Tot slot moet aan verdachten, zonder onnodig uitstel en voor het eerste verhoor, een schriftelijke verklaring van deze rechten worden overhandigd.⁷⁸ Deze schriftelijke verklaring moet dus niet meer worden overhandigd bij een tweede of derde verhoor in het kader van dezelfde feiten.⁷⁹

3.1.2. Begrip “verhoor”

30. Het zwijgrecht dient meegedeeld te worden voor de aanvang van het verhoor. We kunnen ons daarom de vraag stellen wat dient te worden verstaan onder het begrip “verhoor”. Bij de introductie van het zwijgrecht en het non-incriminatiebeginsel in België werd – op aanraden van de Raad van State – een definitie van het “verhoor” opgesteld in een amendement bij de voorbereiding van de Salduz-wet.⁸⁰ Volgens dit amendement dient onder het begrip verhoor te worden begrepen “een geleide ondervraging aangaande misdrijven die ten laste kunnen worden

⁷⁶ M. BOCKSTAELE, “Verhoren” in A. VANDEPLAS, P. ARNOU, S. VAN OVERBEKE (eds.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl.

⁷⁷ Art. 47bis, §2 Sv.

⁷⁸ Art. 47bis, §5 Sv; Koninklijk besluit van 23 november 2016 tot uitvoering van artikel 47bis, §5 van het Wetboek van Strafvordering, BS 25 november 2016.

⁷⁹ M. BOCKSTAELE, “Verhoren” in A. VANDEPLAS, P. ARNOU, S. VAN OVERBEKE (eds.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl.

⁸⁰ Adv.Rvs nr. 49 413/AV bij het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis en van het Wetboek van strafvordering, om aan elkeen die wordt verhoord en aan elkeen die van zijn vrijheid wordt beroofd rechten te verlenen, waaronder het recht om een advocaat te raadplegen en door hem te worden bijgestaan, BS 5 september 2011; Amendement (S. VERHERSTRAETEN) op het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis en van het Wetboek van strafvordering, om aan elkeen die wordt verhoord en aan elkeen die van zijn vrijheid wordt beroofd rechten te verlenen, waaronder het recht om een advocaat te raadplegen en door hem te worden bijgestaan, *Parl.St.* Kamer, 2010-2011, nr. 1279/003, 2.

gelegd, door een daartoe bevoegde persoon geacteerd in een proces-verbaal, in het kader van een opsporings- of gerechtelijk onderzoek, met als doel de waarheid te vinden.”⁸¹ De definitie werd niet opgenomen in de wet omdat een exhaustieve lijst niet wenselijk is. Op die manier worden geen situaties uitgesloten en worden interpretatieproblemen voorkomen.⁸² Toch verwijst veel rechtsleer naar de definitie die in de wetsvoorbereiding van de Salduz-wet werd gebruikt om het verhoor te omschrijven.⁸³

31. Daarnaast wordt het begrip “verhoor” gedefinieerd in een omzendbrief van het college van procureurs-generaal. Deze definitie ligt sterk in lijn met de definitie in de parlementaire voorbereidingen. Volgens de omzendbrief *“kadert een verhoor in een opsporings- of een gerechtelijk onderzoek en betreft het een stelselmatige ondervraging van een verdachte door een onderzoeksrechter of een agent of officier van gerechtelijke politie met algemene of bijzondere bevoegdheid, met het oog op het verzamelen van bewijselementen en de waarheidsvinding.”*⁸⁴

32. De omzendbrief geeft tot slot een opsomming van situaties die niet als een verhoor worden beschouwd.⁸⁵ Het gaat bijvoorbeeld om een buurtonderzoek of de verzameling van algemene inlichtingen op de plaats van het misdrijf tijdens de eerste fase van een onderzoek ter vorming van een algemeen beeld van de situatie. Rechtsleer benadrukt dat het onderscheid tussen een verhoor en een gewoon gesprek op die manier klein wordt, waardoor zowel juridisch als in de praktijk onduidelijkheid kan ontstaan.⁸⁶ Het gebrek aan een concrete en eenduidige opvatting van het begrip “verhoor” zorgt bijgevolg voor rechtsonzekerheid. Mijns inziens kan een concrete, doch ruime definitie van het begrip hier soelaas bieden.

⁸¹ Amendement (S. VERHERSTRAETEN) op het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis en van het Wetboek van strafvordering, om aan elkeen die wordt verhoord en aan elkeen die van zijn vrijheid wordt beroofd rechten te verlenen, waaronder het recht om een advocaat te raadplegen en door hem te worden bijgestaan, *Parl.St. Kamer*, 2010-2011, nr. 1279/003, 2.

⁸² Y. LIÉGEOIS, “De ‘Salduz+’ wet van 21 november 2016: een nieuw hoogtepunt in het recht van toegang tot een advocaat onder dictaat van Europa”, *NC* 2017, afl. 2, 107-108; Wetsontwerp betreffende bepaalde rechten van personen die worden verhoord, *Parl.St. Kamer* 2015-2016 nr. 54-2030/1, 37.

⁸³ A. JACOBS, “Het verhoor en de noodzaak aan onmiddellijke cautie van de verdachte” in M. BOCKSTAELE en P. PONSZAERS (eds.), *Aandachtspunten bij de implementatie van de EU-richtlijn 2013/48*, Antwerpen, Maklu, 2015, (99) 99; M. VAN DE PLAS, “Inleiding” in R. SCHELLINGEN en N. SCHOLTEN (eds.), *Het verdachtenverhoor: meer dan het stellen van vragen*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, (25) 26.

⁸⁴ Omz. COL 8/2011 18 oktober 2018 (herziene versie) van het college van procureurs-generaal inzake het recht op toegang tot een advocaat, 62.

⁸⁵ Omz. COL 8/2011 18 oktober 2018 (herziene versie) van het college van procureurs-generaal inzake het recht op toegang tot een advocaat, 63.

⁸⁶ A. JACOBS, “Het verhoor en de noodzaak aan onmiddellijke cautie van de verdachte” in M. BOCKSTAELE en P. PONSZAERS (eds.), *Aandachtspunten bij de implementatie van de EU-richtlijn 2013/48*, Antwerpen, Maklu, 2015, (99) 108.

3.2. Personeel toepassingsgebied

3.2.1. Salduz-categorieën

33. Zoals reeds besproken is het huidige artikel 47*bis* Sv. – de wettelijke verankering van het zwijgrecht en het non-incriminatiebeginsel – het resultaat van de wet van 21 november 2016 (de Salduz *bis*-wet) en de Richtlijn 2013/48.⁸⁷ Deze regeling schrijft voor dat de rechten die door de wet worden toegekend afhankelijk zijn van de categorie van personen op wie ze betrekking hebben.⁸⁸ Er wordt een onderscheid gemaakt tussen personen aan wie geen misdrijf ten laste wordt gelegd (getuigen, benadeelden, aangevers en slachtoffers) en personen aan wie een misdrijf ten laste wordt gelegd (verdachten). Wat deze laatste categorie betreft, wordt een bijkomend onderscheid gemaakt, al naargelang voor het gepleegde misdrijf een vrijheidsstraf kan worden gevorderd en of de verdachte wel of niet wordt verhoord na vrijheidsbeneming.⁸⁹

34. Meer concreet zijn de vier verschillende “Salduz-categorieën” (1) personen die niet verdacht worden van een misdrijf; (2) verdachten van een misdrijf waarvoor geen vrijheidsstraf kan worden gevorderd en die niet van hun vrijheid zijn benomen; (3) verdachten van een misdrijf waarvoor een vrijheidsstraf kan worden gevorderd en die niet van hun vrijheid zijn benomen en (4) verdachten die reeds van hun vrijheid zijn benomen.⁹⁰

35. Op basis van deze categorieën wordt bepaald aan welke rechtsonderhorigen voorafgaand aan elk verhoor moet worden meegedeeld dat ze zich op het non-incriminatiebeginsel en/of op het zwijgrecht kunnen beroepen.⁹¹

⁸⁷ Wet van 21 november 2016 betreffende bepaalde rechten van personen die worden verhoord, *BS* 24 november 2016; Richtlijn 2013/48/EU van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en in procedures ter uitvoering van een Europees aanhoudingsbevel en het recht om een derde op de hoogte te laten brengen vanaf de vrijheidsbeneming en om met derden en consulaire autoriteiten te communiceren tijdens de vrijheidsbeneming

⁸⁸ J. MEESE en P. TERSAGO, "Het recht voor elkeen die wordt verhoord op consultatie van en bijstand door een advocaat na de «Salduz-wet» van 13 augustus 2011", *RW* 2011-12, afl. 21, 936; Y. LIÉGEOIS, "De ‘Salduz+’ wet van 21 november 2016: een nieuw hoogtepunt in het recht van toegang tot een advocaat onder dictaat van Europa", *NC* 2017, afl. 2, 106.

⁸⁹ Y. LIÉGEOIS, "De ‘Salduz+’ wet van 21 november 2016: een nieuw hoogtepunt in het recht van toegang tot een advocaat onder dictaat van Europa", *NC* 2017, afl. 2, 106.

⁹⁰ M. BOCKSTAELE, "Verhoren" in A. VANDEPLAS, P. ARNOU, S. VAN OVERBEKE (eds.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl; Y. LIÉGEOIS, "De ‘Salduz+’ wet van 21 november 2016: een nieuw hoogtepunt in het recht van toegang tot een advocaat onder dictaat van Europa", *NC* 2017, afl. 2, 106.

⁹¹ J. MEESE en P. TERSAGO, "Het recht voor elkeen die wordt verhoord op consultatie van en bijstand door een advocaat na de «Salduz-wet» van 13 augustus 2011", *RW* 2011-12, afl. 21, 936; Y. LIÉGEOIS, "De ‘Salduz+’ wet

3.2.2. Prerogatief voor verdachten

36. Aan alle categorieën van rechtsonderhorigen moet voorafgaand aan elk verhoor worden meegedeeld dat ze niet verplicht kunnen worden om zichzelf te beschuldigen.⁹² Niet enkel verdachten, maar ook getuigen, slachtoffers en aangevers moeten dus op de hoogte worden gebracht van het non-incriminatiebeginsel.⁹³ Dit wordt expliciet benadrukt in omzendbrief COL 8/2011 van het college van procureurs-generaal.⁹⁴ Het recht om zichzelf niet te moeten beschuldigen wordt in deze omzendbrief benoemd met de term “zwijgrecht *light*”.⁹⁵

37. De mededeling van het zwijgrecht is daarentegen enkel verplicht bij verdachten, onafhankelijk van hun Salduz-classificatie.⁹⁶ Die mededeling houdt in dat “*hij de keuze heeft na bekendmaking van zijn identiteit om een verklaring af te leggen, te antwoorden op de hem gestelde vragen of te zwijgen*”.⁹⁷ Verdachten kunnen – na de bekendmaking van hun identiteit – niet verplicht worden om met de autoriteiten te spreken of hun vragen te beantwoorden.⁹⁸ Bijgevolg hebben enkel personen die verdacht worden van het plegen van een misdrijf formeel gezien een zwijgrecht in het strafrechtelijk vooronderzoek.⁹⁹

38. Voor andere personen dan verdachten voorziet de wet geen verplichting om het zwijgrecht mee te delen.¹⁰⁰ De reden daarvoor is dat het zwijgrecht door de Belgische wetgever niet zinvol werd geacht voor aangevers en slachtoffers en zelfs tegenstrijdig voor personen die wettelijk

van 21 november 2016: een nieuw hoogtepunt in het recht van toegang tot een advocaat onder dictaat van Europa”, *NC* 2017, afl. 2, 106.

⁹² Artikel 47bis, §1 en §2 Sv.

⁹³ M. BOCKSTAELE, “Verhoren” in A. VANDEPLAS, P. ARNOU, S. VAN OVERBEKE (eds.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl.

⁹⁴ Omz. COL 8/2011 18 oktober 2018 (herziene versie) van het college van procureurs-generaal inzake het recht op toegang tot een advocaat, 59; M. BOCKSTAELE, “Verhoren” in A. VANDEPLAS, P. ARNOU, S. VAN OVERBEKE (eds.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl.

⁹⁵ Omz. COL 8/2011 18 oktober 2018 (herziene versie) van het college van procureurs-generaal inzake het recht op toegang tot een advocaat, 6; Y. LIÉGEOIS, “De ‘Salduz+’ wet van 21 november 2016: een nieuw hoogtepunt in het recht van toegang tot een advocaat onder dictaat van Europa”, *NC* 2017, afl. 2, 106.

⁹⁶ M. BOCKSTAELE, “Verhoren” in A. VANDEPLAS, P. ARNOU, S. VAN OVERBEKE (eds.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl.

⁹⁷ Art. 47bis, §2 Sv.

⁹⁸ Y. LIÉGEOIS, “De ‘Salduz+’ wet van 21 november 2016: een nieuw hoogtepunt in het recht van toegang tot een advocaat onder dictaat van Europa”, *NC* 2017, afl. 2, 126.

⁹⁹ T. DECAIGNY, M. COLETTE en P. DE HERT, “Wet consultatie- en bijstandsrecht. Wet van 13 augustus 2011 als antwoord op de Salduz-rechtspraak”, *NJW* 2011, afl. 247, 523.

¹⁰⁰ Art. 47bis, §1 Sv.

gehouden zijn om een verklaring af te leggen, zoals getuigen, al dan niet onder eed.¹⁰¹ Zij kunnen niet worden gedwongen om zichzelf te beschuldigen, maar kunnen in sommige gevallen wel worden verplicht om een verklaring af te leggen.¹⁰² Zo werd tijdens de parlementaire besprekingen aangenomen dat de getuige verplicht is de vragen van de onderzoeksrechter te beantwoorden. Indien de getuige weigert een verklaring af te leggen, wordt hij gelijkgesteld met degene die heeft geweigerd te verschijnen en kan hij de strafsanctie oplopen zoals omschreven in artikel 80 Sv.¹⁰³ Ook het college van procureurs generaal heeft omwille van dezelfde redenen in een omzendbrief aangegeven dat het zwijgrecht voor getuigen of slachtoffers weinig zinvol is. *“Nochtans is het weinig zinvol het recht om geen verklaring af te leggen of niet te antwoorden op vragen op te nemen bij klagers, slachtoffers, aangevers of getuigen. Soms is het zelfs tegenstrijdig bijvoorbeeld voor personen die wettelijk gehouden zijn om een verklaring af te leggen, zoals de getuige, al dan niet onder eed. De getuige is verplicht de vragen van de onderzoeksrechter te beantwoorden. Indien de getuige verschijnt, de eed aflegt, maar dan weigert een verklaring af te leggen, wordt hij gelijkgesteld met degene die heeft geweigerd te verschijnen en kan hij aldus de strafsanctie oplopen zoals omschreven in artikel 80 van het Wetboek van strafvordering.”*¹⁰⁴

39. Tot slot lijkt een zwijgrecht voor getuigen, slachtoffers of klagers contra-intuïtief te zijn. Deze personen nemen in de meeste gevallen immers zelf het initiatief om bij de verhorende instanties een verklaring af te leggen.¹⁰⁵ Omgekeerd zouden deze personen zich verdacht maken indien zij weigeren te antwoorden op vragen van de verhoorders, waardoor zij op een bepaald moment als verdachte kunnen worden gekwalificeerd.¹⁰⁶

¹⁰¹ M. MINNAERT, “De Salduz-wet”, *NC* 2011, afl. 5, 276-277.

¹⁰² Art. 80 Sv.

¹⁰³ Toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 20 juli 1990 betreffende de voorlopige hechtenis en van het Wetboek van Strafvordering, om aan elkeen die wordt verhoord en aan elkeen die van zijn vrijheid wordt beroofd rechten te verlenen, waaronder het recht om een advocaat te raadplegen en door hem te worden bijgestaan, *Parl.St.* Senaat 2010-11, nr. 5-663/1, 11-12.

¹⁰⁴ Omz. COL 8/2011 18 oktober 2018 (herziene versie) van het college van procureurs-generaal inzake het recht op toegang tot een advocaat, 59.

¹⁰⁵ M. BOCKSTAELE, “Verhoren” in A. VANDEPLAS, P. ARNOU, S. VAN OVERBEKE (eds.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl.

¹⁰⁶ F. KONING, *Ik word verhoord. Wat nu?*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 40.

HOOFDSTUK 3. BEPERKINGEN AAN HET ZWIJGRECHT

40. Uit wat voorafgaat weten we dat verdachten het recht hebben om te zwijgen. De vraag rijst of juridisch gezien bepaalde gevolgen gekoppeld mogen worden aan de uitoefening van dit recht. Indien dit het geval is, dient nader te worden bekeken over welke gevolgen het gaat. In het tweede deel van deze meesterproef wordt de proef op de som genomen en wordt onderzocht of rechters zich aan deze beperkingen kunnen houden.

AFDELING 1. ZWIJGRECHT *VERSUS* MEDEWERKINGSPLICHT

41. Het recht op stilzwijgen en het non-incriminatiebeginsel vormen een belangrijke schakel in de waarborg van het recht op een eerlijk proces. Wanneer het zwijgrecht van naderbij wordt onderzocht, blijkt echter dat het niet gaat om een absoluut recht.¹⁰⁷ Beperkingen zijn toegestaan, voor zover het eerlijk karakter van het strafproces niet wordt aangetast.¹⁰⁸ Zo staat vast dat het uitoefenen van ongeoorloofde druk of dwang het recht op een eerlijk proces schendt.¹⁰⁹

1.1. Dwangmaatregelen

42. Niet elke vorm van dwang is echter ongeoorloofd. Zo kunnen bepaalde dwangmaatregelen worden opgelegd in het kader van een strafrechtelijk vooronderzoek om materiële bewijsmiddelen te verzamelen.¹¹⁰ Meer concreet betreft het onderzoeksdaden die bepaalde individuele rechten en vrijheden kunnen aantasten. Voorbeelden zijn de huiszoeking, de DNA-afname op bevel van de onderzoeksrechter en het onderzoek aan het lichaam.¹¹¹ Het EHRM stelt dat het door het EVRM gewaarborgde zwijgrecht geen betrekking heeft op onderzoekshandelingen die uitsluitend betrekking hebben op de gegevensvergaring die onafhankelijk van de wil van de betrokken verdachte kan geschieden.¹¹² De uitgeoefende dwang kan op generlei wijze de inhoud van de gegevens – en dus van het bewijs – inhoudelijk beïnvloeden, aangezien de gegevens zuiver onafhankelijk van de wil van de persoon bestaan

¹⁰⁷ EHRM 8 februari 1996, *Murray/Verenigd Koninkrijk*; Cass. 5 oktober 2010, *Arr.Cass.* 2010, afl. 10, 2398.

¹⁰⁸ EHRM 26 april 2016, *Murray/Koninkrijk der Nederlanden*.

¹⁰⁹ EHRM 17 december 1996, *Saunders/Verenigd Koninkrijk*; J. MEESE, “The sound of silence. Het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel in strafzaken. Een historisch en rechtsvergelijkend overzicht” in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Zwijgrecht versus spreekplicht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (37) 44.

¹¹⁰ Art. 90undecies en art. 90duodecies Sv.; F. DERUYCK en Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 90.

¹¹¹ Cass. 4 februari 2020, *NC* 2020, afl. 5, 465; F. DERUYCK en Y. VAN LANDEGHEM, *Overzicht van het Belgisch strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 90.

¹¹² EHRM 17 december 1996, *Saunders/Verenigd Koninkrijk*.

en kunnen worden verkregen.¹¹³ Omwille van deze redenen zal een speeksel- of bloedafname de toets van het EHRM doorstaan. De uitvoering van deze dwangmaatregelen gaat dus gepaard met dwang, doch zonder miskenning van het zwijgrecht of het non-incriminatiebeginsel.¹¹⁴

1.2. Ontsluitingsplicht

43. Daarnaast hebben verdachten op grond van artikel 88*quater* Sv. de wettelijke plicht om de pincode of het wachtwoord van een gsm-toestel of een computer mee te delen waarvan vermoed wordt dat de verdachte er kennis van heeft.¹¹⁵ Wanneer verdachten verplicht worden om een pincode of wachtwoord mee te delen, gaat het niet meer om het verzamelen van materiële bewijsmiddelen, maar om het verzamelen van informatie door de verdachte te doen spreken. In dat geval gaat het om een verplichting iets te zeggen, namelijk het meedelen van de pincode of het wachtwoord.¹¹⁶ Of een verdachte – die nochtans het recht heeft te zwijgen – gedwongen kan worden om een antwoord te geven op de vraag wat de pincode of het wachtwoord is om een toestel te ontgrendelen, is een vraag waarover reeds veel inkt is gevloeid.¹¹⁷

44. Voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van een aantasting van het zwijgrecht of het non-incriminatiebeginsel, maakt het EHRM een onderscheid tussen materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat – zoals speeksel of bloed (cf. *supra*) – en materiaal dat afhankelijk van de wil van de verdachte bestaat. Enkel wanneer er dwang wordt gebruikt om gegevens afhankelijk van de wil van de verdachte te verkrijgen, komt volgens het Hof artikel 6 EVRM in het gedrang.¹¹⁸ Op grond van deze rechtspraak bestaat er in de Belgische rechtsleer verdeeldheid over het feit of een wachtwoord of pincode een gegeven is dat afhankelijk, dan wel onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat.¹¹⁹

¹¹³ EHRM 17 december 1996, *Saunders/Verenigd Koninkrijk*.

¹¹⁴ EHRM 21 december 2000, *Heaney and McGuinness/Ierland*; EHRM 21 december 2000, *Quinn/Ierland*; EHRM 17 december 1996, *Saunders/Verenigd Koninkrijk*; J. MEESE, “Recht om te zwijgen maar toch verplicht om te spreken?”, *RW* 2019-20, afl. 34, 1322.

¹¹⁵ Art. 88*quater* Sv.

¹¹⁶ J. MEESE, “Recht om te zwijgen maar toch verplicht om te spreken?”, *RW* 2019-20, afl. 34, 1322.

¹¹⁷ C. CONINGS, en J. KERKHOFS, "U hebt het recht te zwijgen. Uw login kan en zal tegen u worden gebruikt? Over ontsluitplicht, zwijgrecht en 'nemo tenetur'", *NC* 2018, afl. 5, 457; C. VAN DE HEYNING, “Het zwijgrecht in digitale tijden: de strijd om decryptiesleutels naar het Grondwettelijk Hof”, *T.Strafr.* 2019, afl. 6, 308; J. MEESE, “Recht om te zwijgen maar toch verplicht om te spreken?”, *RW* 2019-20, afl. 34, 1322; C. VAN DE HEYNING en J. COPPENS, "Het bevel tot medewerking van artikel 88*quater* Sv., het zwijgrecht en het verbod op zelfincriminatie" (noot onder Corr. Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde) 17 november 2014), *T.Strafr.* 2016, afl. 3, 262.

¹¹⁸ EHRM 31 januari 2017, *Kalneniene/België*; EHRM 17 december 1996, *Saunders/Verenigd Koninkrijk*.

¹¹⁹ C. CONINGS, en J. KERKHOFS, "U hebt het recht te zwijgen. Uw login kan en zal tegen u worden gebruikt? Over ontsluitplicht, zwijgrecht en 'nemo tenetur'", *NC* 2018, afl. 5, 457; J. MEESE, “Recht om te zwijgen maar toch verplicht om te spreken?”, *RW* 2019-20, afl. 34, 1322.

45. Volgens CONINGS en KERKHOFS moet dit onderscheid in de context van de verklaringsvrijheid worden gezien. De wilsafhankelijkheid van het bestaan van het materiaal moet volgens hen beoordeeld worden op het ogenblik dat de dwang wordt uitgeoefend. Indien het bewijsmateriaal op dat ogenblik nog moet ontstaan, is het bestaan – en dus ook de inhoud – afhankelijk van de wil van de verdachte. In dergelijke situatie verhoogt het risico op een vertekende weergave van de werkelijkheid wanneer er dwang wordt uitgeoefend om deze gegevens te bekomen. Aangezien de afgedwongen sleutel – namelijk het wachtwoord of de pincode – al bestaat op het ogenblik dat die wordt afgedwongen via een ontsleutelplicht, is het bestaan van de sleutel volgens hen wilsonafhankelijk. De sleutel bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte en de correctheid van de meegedeelde sleutel kan onmiddellijk worden gecontroleerd. Bovendien lijkt de sleutel op een verklaring, maar kan het daar volgens hen niet mee worden gelijkgesteld. Het gaat om een vast, reeds bestaand gegeven. Het risico op aantasting van de betrouwbaarheid van het bewijs, die de bescherming van de verklaringsvrijheid essentieel maakt, speelt niet op het niveau van de afgedwongen sleutel.¹²⁰

46. MEESE is daarentegen van mening dat de afgedwongen sleutel een gegeven is dat afhankelijk van de wil van de verdachte bestaat, aangezien de verdachte deze gegevens zelf heeft gecreëerd. In tegenstelling tot bloed of speeksel kan de kennis van een toegangscode niet uit het lichaam van een verdachte worden gehaald. Een wachtwoord of code is namelijk geen fysiek of tastbaar gegeven. In dit geval gaat het om informatie die enkel bestaat in het hoofd van de verdachte. De verplichting om een wachtwoord op te geven, komt neer op de verplichting om een verklaring af te leggen, wat manifest in strijd is met het zwijgrecht. Volgens hem bestaat er een duidelijk verschil tussen dwang die wordt opgelegd om materiële bewijsmiddelen te verkrijgen en dwang die wordt gebruikt om verdachten te doen spreken.¹²¹

47. Zowel het Grondwettelijk Hof als het Hof van Cassatie hebben recent bevestigd dat in het strafrechtelijk vooronderzoek een ontsleutelingsplicht kan worden opgelegd aan verdachten, zonder dat dit een inbreuk vormt op het zwijgrecht of het non-incriminatiebeginsel.¹²² Wordt daaraan geen gevolg gegeven, dan kan de verdachte zelfs veroordeeld worden tot een gevangenisstraf die kan oplopen tot vijf jaar.¹²³

¹²⁰ C. CONINGS, en J. KERKHOFS, "U hebt het recht te zwijgen. Uw login kan en zal tegen u worden gebruikt? Over ontsleutelplicht, zwijgrecht en 'nemo tenetur'", *NC* 2018, afl. 5, 463-464.

¹²¹ J. MEESE, "Recht om te zwijgen maar toch verplicht om te spreken?", *RW* 2019-20, afl. 34, 1322.

¹²² Cass. 4 februari 2020, *NC* 2020, afl. 5, 465; GwH 20 februari 2020, nr. 28/2020.

¹²³ Art. 88*quater*, §1 en §3 Sv.

Het Hof van Cassatie voegt hieraan toe dat het verbod van gedwongen zelfincriminatie en het vermoeden van onschuld moeten worden afgewogen tegen het verbod van rechtsmisbruik, zoals vermeld in artikel 17 EVRM. Volgens het Hof strekt het verbod van gedwongen zelfincriminatie er vooral toe om onbetrouwbare verklaringen te vermijden.¹²⁴ Tot slot preciseert het Hof dat wel vereist is dat de opsporings- of onderzoeksinstantie op het moment van de opvraging het toestel reeds heeft opgespoord, zonder het gebruik van dwang, en dat de instantie aantoont dat de verdachte zonder redelijke twijfel de toegangscode kent.¹²⁵

AFDELING 2. GEVOLGEN VAN HET ZWIJGRECHT IN DE STRAFTOEMETING

48. Eens de rechter overtuigd is van de schuld van een verdachte, dient hij over te gaan tot de beslissing van de straftoemeting. De straftoemeting vormt de laatste schakel in de strafprocedure, waarbij de belangen van de dader, het slachtoffer en de samenleving tegen elkaar moeten worden afgewogen om tot een rechtvaardige straf te komen.¹²⁶ Het betreft een delicate oefening waarbij naar een evenwicht moet worden gezocht tussen de tegenstrijdige belangen en verwachtingen, met als doel een gepaste sanctie voor de dader.¹²⁷

49. Deze evenwichtsoefening wordt nog moeilijker wanneer de verdachte zwijgt. Schuldinzicht, goede voornemens, inkeer of berouw tegenover de slachtoffers als elementen die de strafrechter tot mildheid kunnen stemmen, kunnen dan niet worden vastgesteld. De strafrechter moet zich er in deze situatie voor hoeden dat hij de verdedigingsstrategie – namelijk het zwijgen door de verdachte – niet sanctioneert.¹²⁸ Hoewel verdachten het recht hebben om te zwijgen, rijst de vraag of een beroep op dit zwijgrecht consequenties kan hebben in de straftoemeting. Het antwoord op deze vraag lijkt voor de hand liggend, aangezien de uitoefening van een recht in principe niet zou mogen worden afgestraft.¹²⁹

¹²⁴ Cass. 4 februari 2020, *NC* 2020, afl. 5, 465.

¹²⁵ Cass. 4 februari 2020, *NC* 2020, afl. 5, 465; J. MEESE, “U hebt het recht om te zwijgen, maar als u uw zwijgrecht gebruikt, riskeert u daarvoor wel tot vijf jaar gevangenisstraf”, 2020, <https://joachimmeese.be/criminis/zwijgrecht-versus-verplichting-tot-ontgrendelen-gsm/>.

¹²⁶ S. RAATS, *Consistente straftoemeting*, Mortsel, Intersentia, 2016, 5-6; J. ROZIE, “Tegenspraak in de bestrafing”, *NC* 2014, afl. 2, 91.

¹²⁷ V. VEREECKE, “Zwijgen of niet meewerken kan zich tegen de beklaagde keren” (noot onder Cass. 5 mei 2020), *RABG* 2020, afl. 17, 1415.

¹²⁸ F. VAN VOLSEM, “De straftoemeting in geval van een ontkennende maar schuldige beklaagde”, *RABG* 2013, afl. 12, 817.

¹²⁹ J. MEESE, “The sound of silence. Het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel in strafzaken. Een historisch en rechtsvergelijkend overzicht” in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Zwijgrecht versus spreekplicht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (37) 42.

2.1. Argwaan in de praktijk

50. Toch blijkt uit het EmpRiSe onderzoek dat zwijgende verdachten door zowel strafrechters als politieambtenaren argwanend worden bekeken.¹³⁰ Zo verklaarde een magistraat van het hof van beroep tijdens het onderzoek: *“In mijn ogen, wanneer iemand zich onschuldig waant, dan zal hij zich niet snel beroepen op ... tactiek. Dan schreeuw je je onschuld uit. Dan zeg je van “dat kan niet, dat klopt niet”, dat zou zijn eerste verklaring moeten zijn, denk ik.”*

51. Volgens hen biedt het verhoor een onschuldige verdachte de kans om alle informatie mee te delen die zijn onschuld aantoont. Een verdachte die dat niet doet, komt voor hen verdacht over. Zowel politieambtenaren als magistraten verklaarden dat iemand die daadwerkelijk onschuldig is, dit actief zou verdedigen en zou willen uitleggen waarom hij niets met de feiten te maken heeft. Wanneer verdachten dit niet doen, verklaarden de respondenten zich vragen te stellen bij die “tactische” keuze om geen verklaring af te leggen. Meer nog, enkele politieambtenaren stelden zelfs dat het zwijgen door de verdachte wel degelijk “betekenisvol” kan zijn, in die zin dat het zwijgen voor hen betekent dat ze op het juiste spoor zitten en dat de elementen waarover men zwijgt verder moeten worden onderzocht. Een zwijgende verdachte maakt zich des te verdachter en kan bij de verhoorder de indruk wekken dat ze “de juiste” hebben.¹³¹ Twee politieambtenaren verklaarden namelijk het volgende:

“Niet antwoorden is uiteindelijk óók een antwoord. Het feit van niet te willen antwoorden op een bepaalde vraag, geeft wel een indicatie naar uw onderzoek. Dat wil zeggen dat je met bepaalde vragen goed zit, meestal. Dat je met bepaalde elementen uit het onderzoek wel goed zit. Dan weet je van “Wow, hier moeten we wel een keertje op doordoen, met ons onderzoek”. In die zin is dat wat mij betreft niet echt een probleem als mensen zwijgen. Niet antwoorden is ook een antwoord.”

¹³⁰ P. TERSAGO, *Verklaringen van verdachten in het strafproces*, Mortsel, Intersentia, 2020, 459; A. BEAZLEY, F. GILLEIR, M. PANZAVOLTA, J. ROZIE, M. SAUERLAND, P. TERSAGO en M. VANDERHALLEN, “Right to silence and related rights in pre-trial suspects’ interrogations in the EU: legal and empirical study and promoting best practice”, 2021, <https://empriseproject.org/wp-content/uploads/2021/12/Emprise-Belgie%CC%88-onderzoeksrapport.pdf>, 166-167.

¹³¹ P. TERSAGO, *Verklaringen van verdachten in het strafproces*, Mortsel, Intersentia, 2020, 459; A. BEAZLEY, F. GILLEIR, M. PANZAVOLTA, J. ROZIE, M. SAUERLAND, P. TERSAGO en M. VANDERHALLEN, “Right to silence and related rights in pre-trial suspects’ interrogations in the EU: legal and empirical study and promoting best practice”, 2021, <https://empriseproject.org/wp-content/uploads/2021/12/Emprise-Belgie%CC%88-onderzoeksrapport.pdf>, 166-167.

“Als die persoon blijft zwijgen dan weten van “oké, het is hier de juiste persoon die voor ons zit, maar er is nog een beetje werk aan”. (...) Dus als iemand zegt “ik beroep mij op mijn zwijgrecht”, dan weten we meestal van “oké, we hebben de juiste”.”

52. Gezien de aanzienlijke argwaan bij zowel politieambtenaren als strafrechters is het nuttig om na te gaan welke gevolgen juridisch gezien gekoppeld mogen worden aan een beroep op het zwijgrecht en of strafrechters zich in de praktijk aan deze beperkingen kunnen houden.

2.2. De straftoemingsvrijheid

53. Hoewel de Belgische strafrechter gebonden is door de strafvork en het straffenarsenaal dat hem door de wet ter beschikking wordt gesteld, beschikt hij bij het bepalen van de strafmaat over een ruime beoordelingsvrijheid.¹³² Binnen die wettelijke grenzen beslist de strafrechter bijgevolg met een ruime appreciatiemarge over de gepaste sanctie voor de betrokken dader.¹³³

2.3. Invloed van zwijgen op de straftoemeting

2.3.1. Verbod om de wijze van verdediging te sanctioneren

54. Hoewel de rechter over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt, is het vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie dat de rechter bij de straftoemeting geen rekening mag houden met de wijze waarop de verdachte zijn verdediging heeft georganiseerd.¹³⁴ Verdachten hebben het recht om hun verdediging te organiseren op de manier waarop zij dat wensen.¹³⁵ Een ontkennende houding, de weigering om een verklaring af te leggen of een beroep op het zwijgrecht kan bijgevolg niet in aanmerking worden genomen om de aard of de zwaarte van de straf te rechtvaardigen.¹³⁶

¹³² F. VAN VOLSEM, “De straftoemeting in geval van een ontkennende maar schuldige beklaagde”, *RABG* 2013, afl. 12, 819.

¹³³ Cass. 5 maart 2003, *Arr.Cass.* 2003, afl. 3, 560; Cass. 21 september 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1130.

¹³⁴ Cass. 7 februari 2012, *NC* 2013, afl. 1, 59; Cass. 24 mei 2011, *NC* 2012, afl. 2, 169; Cass. 13 maart 2007, *Arr.Cass.* 2007, afl. 3, 584; Cass. 29 april 1997, *RW* 1997-98, 812, noot A. VANDEPLAS; Cass. 16 oktober 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 187; Cass. 10 februari 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 755; F. VAN VOLSEM, “De straftoemeting in geval van een ontkennende maar schuldige beklaagde”, *RABG* 2013, afl. 12, 821.

¹³⁵ V. VEREECKE, “Zwijgen of niet meewerken kan zich tegen de beklaagde keren” (noot onder Cass. 5 mei 2020), *RABG* 2020, afl. 17, 1419.

¹³⁶ Cass. 7 februari 2012, *NC* 2013, afl. 1, 59; Cass. 24 mei 2011, *NC* 2012, afl. 2, 169; J. ROZIE, M. VANDERHALLEN en P. TERSAGO, “Het zwijgrecht als tweesnijdend zwaard: een fundamenteel recht van verdediging of een katalysator voor schuldigverklaring? De toepassing van het zwijgrecht in strafzaken empirisch onderzocht”, *NC* 2021, afl. 6, 481; J. ROZIE, “Tegenspraak in de bestrafing”, *NC* 2014, afl. 2, 97.

55. Uit een bevraging in het EmpRiSe onderzoek blijkt dat magistraten zich ervoor hoeden om het zwijgen door verdachten rechtstreeks te verdisconteren in de straftoemeting.¹³⁷ Zij zijn zich er maar al te goed van bewust dat dit wettelijk niet mogelijk is en dat het Hof van Cassatie hier streng op toekijkt.¹³⁸ Niettemin verklaarden zij het zwijgen door verdachten “*in het achterhoofd wel mee te nemen*”. De afstraffing van een beroep op het zwijgrecht zal dus niet expliciet blijken uit de motivering van het vonnis of arrest, maar zal wel impliciet doorgang vinden in de straftoemeting. Hierdoor lijken magistraten toe te geven dat er een discrepantie kan bestaan tussen hun werkelijke motivering en hun motivering in het vonnis of het arrest. Een magistraat bekende in die zin: “*wat er in arrest staat is maar een schijntje van wat er in het hoofd van een magistraat omgaat (lacht)*”. Dit is uiteraard ongewenst, aangezien op die manier niet kan worden achterhaald of strafrechters in de straftoemeting rekening hebben gehouden met een beroep op het zwijgrecht. Dergelijke tekortkomingen in het strafproces zijn het gevolg van het feit dat de straftoemeting geen exacte wetenschap is, maar een beslissing die onderhevig is aan psychologische denkprocessen van de individuele strafrechter.¹³⁹ Dit vormt nogmaals een bevestiging van het feit dat onderzoek nodig is naar de effectieve gevolgen van een beroep op het zwijgrecht in de straftoemeting. De vraag rijst immers of – en in welke mate – deze verklaringen overeenstemmen met de realiteit.

56. Daarentegen kan het gebrek aan schuldinzicht, de gemoedsgesteldheid van de verdachte, de persoonlijkheid van de verdachte of de negatieve houding tegenover slachtoffers wel in aanmerking worden genomen bij het bepalen van de straf.¹⁴⁰ De rechten van verdediging impliceren immers niet dat bij de straftoemeting geen rekening mag worden gehouden met negatieve uitlatingen van de verdachte, met zijn negatieve attitudes of met zijn gedragingen ter terechtzitting, zolang de wijze van verdediging van de verdachte niet wordt bestraft.¹⁴¹ Dit laatste lijkt vanzelfsprekend, aangezien het tegendeel zou neerkomen op het bestraffen van de uitoefening van een fundamenteel recht van de verdachte.

¹³⁷ A. BEAZLEY, F. GILLEIR, M. PANZAVOLTA, J. ROZIE, M. SAUERLAND, P. TERSAGO en M. VANDERHALLEN, “Right to silence and related rights in pre-trial suspects’ interrogations in the EU: legal and empirical study and promoting best practice”, 2021, <https://empriseproject.org/wp-content/uploads/2021/12/Emprise-Belgie%CC%88-onderzoeksrapport.pdf>, 189-190.

¹³⁸ F. VAN VOLSEM, “De straftoemeting in geval van een ontkennde maar schuldige beklagde”, *RABG* 2013, afl. 12, 821.

¹³⁹ J. ROZIE, “Tegenspraak in de bestraffing”, *NC* 2014, afl. 2, 91.

¹⁴⁰ Cass. 20 oktober 2004, *Arr.Cass.* 2004, afl. 10, 1641; Cass. 23 maart 2004, *RW* 2004-05, afl. 20, 790; F. VAN VOLSEM, “De straftoemeting in geval van een ontkennde maar schuldige beklagde”, *RABG* 2013, afl. 12, 819.

¹⁴¹ Cass. 24 mei 2011, *NC* 2012, afl. 2, 169.

57. Het probleem met de motivering van een straf omwille van het gebrek aan schuldinzicht is echter dat een zwijgende verdachte uiteraard nooit blijk kan geven van enig schuldinzicht. Op dit punt, met name of in de motivering kan worden verwezen naar gebrek aan schuldinzicht, worden we geconfronteerd met verwarrende rechtspraak van het Hof van Cassatie.¹⁴² Het verrekenen van het gebrek aan schuldinzicht, in combinatie met andere elementen, zou volgens bepaalde cassatierechtspraak geen miskennis inhouden van het recht van verdediging.¹⁴³ Andere rechtspraak benadrukt dat het gebrek aan schuldinzicht een onwettige motivering van de straf en de strafmaat inhoudt.¹⁴⁴

58. Twee arresten van het Hof zagen geen probleem in het meenemen in de motivering van het gebrek aan schuldinzicht.¹⁴⁵ Volgens het eerste arrest beoordeelden de appelrechters – met de vaststelling dat de beklaagde niet over enig schuldinzicht beschikt – niet de wijze waarop hij zich heeft verdedigd, maar wel zijn persoonlijkheid en ingesteldheid. Bijgevolg was geen sprake van de miskennis van het principe dat de beklaagde vrij kan kiezen op welke manier hij zijn verdediging voert.¹⁴⁶ In een ander arrest werd geoordeeld dat het verantwoord van een straf door de vaststelling dat de beklaagde niet beschikt over schuldinzicht niet inhoudt dat de wijze van verweer in aanmerking wordt genomen, indien voor die straftoemeting ook wordt verwezen naar het gerechtelijk verleden.¹⁴⁷

59. Deze rechtspraak kan geenszins duidelijk worden genoemd. Bovendien voelt het tegenstrijdig dat de ontkenning of het stilzwijgen door de beklaagde niet in rekening mag worden gebracht, terwijl het gebrek aan schuldinzicht wel een invloed kan hebben op de straftoemeting. Wie de feiten ontkent of zich beroept op het zwijgrecht, kan immers onmogelijk schuldinzicht vertonen.¹⁴⁸

¹⁴² J. ROZIE, M. VANDERHALLEN en P. TERSAGO, “Het zwijgrecht als tweesnijdend zwaard: een fundamenteel recht van verdediging of een katalysator voor schuldigverklaring? De toepassing van het zwijgrecht in strafzaken empirisch onderzocht”, *NC* 2021, afl. 6, 481; F. VAN VOLSEM, “De straftoemeting in geval van een ontkennende maar schuldige beklaagde”, *RABG* 2013, afl. 12, 826-827.

¹⁴³ Cass. 20 oktober 2004, *Arr.Cass.* 2004, afl. 10, 1641; Cass. 23 maart 2004, *RW* 2004-05, afl. 20, 790.

¹⁴⁴ Cass. 7 januari 2014, *NC* 2015, afl. 3, 191, noot L. ARNOU; Cass. 7 februari 2012, *NC* 2013, afl. 1, 59; Cass. 24 mei 2011, *NC* 2012, afl. 2, 169; Cass. 29 januari 2008, *NC* 2008, afl. 2, 141.

¹⁴⁵ F. VAN VOLSEM, “De straftoemeting in geval van een ontkennende maar schuldige beklaagde”, *RABG* 2013, afl. 12, 826.

¹⁴⁶ Cass. 6 december 2011, P.10.1157.N, onuitgeg.; F. VAN VOLSEM, “De straftoemeting in geval van een ontkennende maar schuldige beklaagde”, *RABG* 2013, afl. 12, 826.

¹⁴⁷ Cass. 22 mei 2012, *Arr.Cass.* 2012, afl. 5, 1351.

¹⁴⁸ J. ROZIE, M. VANDERHALLEN en P. TERSAGO, “Het zwijgrecht als tweesnijdend zwaard: een fundamenteel recht van verdediging of een katalysator voor schuldigverklaring? De toepassing van het zwijgrecht in strafzaken empirisch onderzocht”, *NC* 2021, afl. 6, 481

2.3.2. Weigering van alternatieve straffen en bestraffingsmodaliteiten

60. Tot slot zal de strafrechter over minder informatie beschikken door het stilzwijgen door de verdachte. Dit zou in het nadeel van de verdachte kunnen spelen, aangezien de strafrechter instemming van de betrokkene nodig heeft om de gunst van een alternatieve straf (zoals de werkstraf)¹⁴⁹, het elektronisch toezicht¹⁵⁰ of de (probatie)opschorting¹⁵¹ uit te spreken.¹⁵² Zonder deze informatie zou de rechter kunnen weigeren om één van deze gunsten toe te kennen.¹⁵³ Het fenomeen dat – hoewel de verdachte over het zwijgrecht beschikt – dit recht in de praktijk toch in zijn nadeel kan spelen, wordt ook de paradox van het zwijgrecht genoemd.¹⁵⁴

61. Gedurende mijn stage bij het hof van beroep te Antwerpen (kamer C5 – correctioneel) in het kader van de meesterproef kwam deze problematiek meermaals aan bod. De beklaagde verscheen niet ter zitting, terwijl diens raadsman de gunst van de (probatie)opschorting of een werkstraf vroeg. De voorzitter benadrukte in deze situatie steeds dat hij dergelijke modaliteiten niet kan toestaan zonder instemming van de beklaagde. Hij acht het bovendien van groot belang om vragen te kunnen stellen over de huidige leefomstandigheden van de beklaagde en over de mogelijkheid en de bereidheid om een alternatieve straf aan te vatten. Bovendien werd door de voorzitter steeds gemeld dat hij erop staat om de modaliteiten van de betrokken straf te overlopen met de beklaagde, zodat hij zeker is dat de beklaagde de voorwaarden begrijpt. De werkstraf of de (probatie)opschorting zijn gunsten die justitie toekent aan beklaagden, waardoor van de beklaagde minstens kan worden verwacht dat hij persoonlijk verschijnt en zijn huidige leefsituatie toelicht aan de leden van de kamer. De rechter is tenslotte nooit verplicht om deze gunst toe te kennen, zelfs niet wanneer de beklaagde aan alle toepassingsvoorwaarden voldoet.¹⁵⁵ Bijgevolg kan een beroep op het zwijgrecht – en *a fortiori* het niet verschijnen ter zitting – wel degelijk in het nadeel van de beklaagde spelen.

¹⁴⁹ Art. 37*quinquies*, §3, eerste lid Sw.

¹⁵⁰ Art. 37*ter*, §4, eerste lid Sw.

¹⁵¹ Art. 3, eerste lid Probatiwewet.

¹⁵² J. ROZIE, M. VANDERHALLEN en P. TERSAGO, “Het zwijgrecht als tweesnijdend zwaard: een fundamenteel recht van verdediging of een katalysator voor schuldigverklaring? De toepassing van het zwijgrecht in strafzaken empirisch onderzocht”, *NC* 2021, afl. 6, 481

¹⁵³ L. VAN PUYENBROECK, T. DESCHEPPER, “Straftoemeting” in P. BEKAERT, T. DESCHEPPER, T. DE MEESTER, J. DE WINTER, J. MAES, N. MOONS, J. MUYLLE, T. OP DE BEECK, J. SWENNEN, P. TERSAGO, C. VAN DE HEYNING, M. VANDERMEERSCH, L. VAN PUYENBROECK en W. VAN STEENBRUGGE (eds.), *Handboek voor de advocaat-stagiair. Strafprocesrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2021, (229) 235-236.

¹⁵⁴ K. VAN CAUWENBERGHE, “De paradox van het zwijgrecht”, *DJK* 2020, afl. 405, 10.

¹⁵⁵ V. VEREECKE, “Probatie-uitstel vereist instemming van de veroordeelde” (noot onder Cass. 2 januari 2018), *RABG* 2018, afl. 6, 520-521.

DEEL II. HET ZWIJGRECHT *DE FACTO*

HOOFDSTUK 1. REFLECTIE *LAW IN THE BOOKS*

62. Uit voorgaande uiteenzetting blijkt dat in de straftoemeting juridisch gezien geen gevolgen gekoppeld mogen worden aan het zwijgen door verdachten. Vanuit de praktijk weerklinkt echter een zekere argwaan ten aanzien van verdachten die zich beroepen op het zwijgrecht. Wanneer verdachten zwijgen, kan verondersteld worden dat bepaalde zaken bewust verborgen worden gehouden. Volgens hen zou een onschuldige verdachte zijn onschuld actief willen aantonen. Bijgevolg kan gedacht worden dat rechters deze argwaan ten aanzien van zwijgende verdachten zullen compenseren door een hogere straf uit te spreken.

De centrale vraag van deze meesterproef luidt dan ook: “Wat is de impact van zwijgen door verdachten op de straftoemeting?”. Op deze vraag werd reeds een antwoord gezocht aan de hand van de eerste deelvraag: “Mogen er – en zo ja, in welke mate – in de fase van de straftoemeting juridische gevolgen gekoppeld worden aan een beroep op het zwijgrecht?”. Bijgevolg dient nu een antwoord gevonden te worden op de tweede deelvraag: “Kunnen strafrechters zich in de praktijk houden aan deze juridische beperkingen?”.

63. In dit tweede deel wordt onderzocht of rechters – hoewel niet juridisch voorzien – gevolgen koppelen aan een beroep op het zwijgrecht. Dit onderzoek zal een antwoord trachten te bieden op de vraag of verdachten zich met een gerust hart kunnen beroepen op het zwijgrecht.

HOOFDSTUK 2. ONDERZOEKSOPZET- EN METHODOLOGIE

AFDELING 1. OPZET

64. Hoewel uit het EmpRiSe onderzoek¹⁵⁶ blijkt dat zowel politieambtenaren als strafrechters zich vragen stellen bij verdachten die een beroep doen op het zwijgrecht, werd nog geen empirisch onderzoek verricht naar de vraag of rechters deze argwaan verdisconteren in de straftoemeting. Het EmpRiSe onderzoek vormt de ideale aanzet voor dit onderzoek, aangezien het – in het licht van het vermoeden van onschuld – des te meer bewijst dat onderzoek naar de verdiscontering van het zwijgrecht in de straftoemeting nodig is.

65. In dit onderzoek wordt eerst nagegaan of strafrechters denken dat ze de uitoefening van het zwijgrecht meenemen in hun beslissing over de straftoemeting. Vervolgens zal aan de hand van controlerende vragen onderzocht worden of strafrechters het zwijgrecht effectief meenemen in de straftoemeting. Hoewel strafrechters zich bewust kunnen zijn van het feit dat het zwijgrecht niet mag worden afgestraft in de straftoemeting, zou het immers kunnen dat ze zich hier onbewust toch schuldig aan maken.

AFDELING 2. METHODOLOGIE

66. Voor dit onderzoek werd het experimenteel design “*randomized controlled trial*” of gerandomiseerd onderzoek met controlegroep gebruikt.¹⁵⁷ Hierbij wordt één variabele (*in casu* de strategie van de beklaagde) gemanipuleerd, terwijl de overige omstandigheden (*in casu* de feiten, het bewijs en de veroordeling) constant blijven.¹⁵⁸ Het experiment tracht, op een objectieve en meetbare wijze, een correlatie aan te tonen tussen de onafhankelijke variabele (*in casu* de strategie van de beklaagde) en de afhankelijke variabele (*in casu* de straftoemeting).¹⁵⁹ De respondenten worden willekeurig onderverdeeld in twee groepen, de controlegroep en de experimentele groep. De controlegroep ontvangt een casus waarin de beklaagde ontkent, terwijl de experimentele groep dezelfde casus ontvangt, met als enige verschil dat de beklaagde zwijgt.

¹⁵⁶ A. BEAZLEY, F. GILLEIR, M. PANZAVOLTA, J. ROZIE, M. SAUERLAND, P. TERSAGO en M. VANDERHALLEN, “Right to silence and related rights in pre-trial suspects’ interrogations in the EU: legal and empirical study and promoting best practice”, 2021, <https://empriseproject.org/wp-content/uploads/2021/12/Emprise-Belgie%CC%88-onderzoeksrapport.pdf>.

¹⁵⁷ J.M. KENDALL, “Designing a research project: randomised controlled trials and their principles”, *Emergency Medicine Journal* 2003, afl. 20, 164-165.

¹⁵⁸ W.H. VAN BOOM, “Empirisch privaatrecht: enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatewetenschap”, *TPR* 2013, afl. 1, 59.

¹⁵⁹ J.M. KENDALL, “Designing a research project: randomised controlled trials and their principles”, *Emergency Medicine Journal* 2003, afl. 20, 164-165; W.H. VAN BOOM, “Empirisch privaatrecht: enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatewetenschap”, *TPR* 2013, afl. 1, 59.

67. Willekeurige toewijzing of randomisatie minimaliseert selectiebias, waarbij zowel bekende als onbekende prognostische factoren in evenwicht worden gehouden bij de toewijzing van de casus.¹⁶⁰ De verschillende vergelijkingsgroepen stellen de onderzoeker in staat om eventuele effecten van de strategie van beklaagden (onafhankelijke variabele) op de straftoemeting (afhankelijke variabele) te bepalen in vergelijking met de controlegroep, terwijl de veroordeling – op basis van dezelfde feiten en overige bewijselementen – constant wordt gehouden.

68. Aan de respondenten werd een vereenvoudigd straf dossier voorgelegd, waarbij alle relevante elementen uit een bestaand straf dossier werden geëxtraheerd. Het bestaande straf dossier kon ik bekomen dankzij mijn stageplaats bij het hof van beroep te Antwerpen en werd volledig geanonimiseerd. Er werden fictieve namen en adressen gehanteerd. De selectie van de relevante elementen uit het straf dossier zorgde voor een verlaging van de werklust, waardoor meer respondenten geneigd zouden zijn om deel te nemen aan het experiment. Bovendien is het van belang dat respondenten niet geconfronteerd worden met een overdaad aan informatie, aangezien de essentie van het onderzoek hierdoor verloren dreigt te gaan.

2.1. Werkwijze

69. Zoals reeds vermeld, werden de respondenten willekeurig onderverdeeld in de controlegroep en de experimentele groep. Aan beide groepen werd hetzelfde straf dossier voorgelegd, met als enige verschil de verdedigingsstrategie van de beklaagde.

70. De titel van het experiment luidde: “*De beoordeling van de straftoemeting door strafrechters*”. Vervolgens volgde een korte uitleg bij deze titel: “*Hierbij wordt gepeild naar hoe strafrechters de straftoemeting beoordelen en welke factoren zij hierbij in overweging nemen.*” Op die manier werd het onderwerp van het experiment verruimd, zodat de respondenten niet gefocust zouden zijn op de verdedigingsstrategie van de beklaagde. Bijgevolg waren de respondenten niet op de hoogte over het specifieke onderwerp van het experiment.

¹⁶⁰ J.M. KENDALL, "Designing a research project: randomised controlled trials and their principles", *Emergency Medicine Journal* 2003, afl. 20, 164.

71. Daarnaast waren zowel ikzelf als de respondenten niet op de hoogte van wie welke casus zou behandelen. Dit – in combinatie met het feit dat de respondenten niet op de hoogte waren van de exacte insteek van het onderzoek – zorgt voor een *double blind* benadering die de betrouwbaarheid van het onderzoek alleen maar ten goede komt. Deze benadering heeft tot doel om vooringenomenheid van respondenten te vermijden.¹⁶¹

72. Vervolgens werden aan beide groepen enkele instructies gegeven. Er werd benadrukt dat de respondenten zich moeten inleven in de rol van de strafrechter. Zij kregen immers de opdracht om een gepaste straf te bepalen op basis van het strafdossier dat hen werd voorgelegd. Hierbij wordt gepeild naar hoe strafrechters de straftoemeting beoordelen en welke factoren zij hierbij in overweging nemen. Daarvoor werden de juridisch mogelijke straffen aangereikt met de wettelijke strafvork. Het was hierbij van belang dat er geen discrepantie bestaat tussen wat de onderzoeker en de respondent beschouwen als een zwaardere of lichtere straf. Dit was echter gemakkelijk te controleren, aangezien de mogelijke straf voor het betrokken misdrijf enkel een gevangenisstraf betrof. Er bestaat uiteraard geen betwisting over het feit dat een gevangenisstraf van 10 jaar zwaarder is dan die van 5 jaar.

2.2. Instrumentarium

73. Voor de ecologische validiteit van het onderzoek werd gekozen voor een vereenvoudigd strafdossier, gebaseerd op een bestaand strafdossier van het hof van beroep te Antwerpen. Op die manier stemt de casus zoveel mogelijk overeen met de werkelijkheid. Beide groepen kregen dezelfde casus voorgelegd, met als enige onderscheid de strategie van de beklaagde.

74. Om de informatie voor de respondenten te beperken, werd gekozen om het strafdossier te vereenvoudigen. Hierdoor beschikten de respondenten over voldoende informatie om een weloverwogen beslissing te kunnen nemen en werden ze tegelijk niet overspoeld met gegevens die de aandacht van de essentie zou kunnen afleiden. De casussen (bijlage 2) en de vragenlijsten (bijlage 3) werden als bijlage toegevoegd aan deze meesterproef.

¹⁶¹ J.M. KENDALL, "Designing a research project: randomised controlled trials and their principles", *Emergency Medicine Journal* 2003, afl. 20, 167; W.H. VAN BOOM, "Empirisch privaatrecht: enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaattwetenschap", *TPR* 2013, afl. 1, 59.

2.3. Respondenten

75. Voor dit onderzoek werd een beroep gedaan op rechtenstudenten uit verschillende jaren aan de Universiteit Antwerpen. Het experiment werd willekeurig (onderverdeeld in controlegroep en experimentele groep) uitgestuurd naar tweede bachelor, derde bachelor en tweede master. In totaal hebben 104 respondenten geldig deelgenomen aan het onderzoek. Hiervan bevonden zich 50 respondenten in de controlegroep en 54 respondenten in de experimentele groep.

76. Er werd geopteerd voor rechtenstudenten omwille van drie redenen. Eerst en vooral was het voor de betrouwbaarheid van het onderzoek niet ideaal om strafrechters te bevragen rond hun beoordeling van de straftoemeting. Strafrechters zouden immers geneigd kunnen zijn om de vragen eerder conform de verwachtingen van de maatschappij te beantwoorden. Dit zou de ecologische validiteit van het experiment niet ten goede komen. Daarnaast blijkt uit eerder empirisch onderzoek dat, hoewel “gewone” burgers minder getraind zijn dan strafrechters, geen grote verschillen merkbaar zijn in de beslissing van de straftoemeting. Wanneer burgers over even veel informatie beschikken als rechters, kunnen zij op een gelijkaardige manier als strafrechters overgaan tot een gepaste straftoemeting.¹⁶² Tot slot zijn rechtenstudenten vertrouwd met de basisbeginselen van het straf- en strafprocesrecht. Zij kunnen dus niet worden beschouwd als leek omtrent de principes van het strafrecht. Hoewel rechtenstudenten geen rechters zijn, blijkt ook uit eerder onderzoek dat zij als juridisch beoordelaars (en eventueel toekomstige rechters) wel als adequate proxy worden gezien voor echte magistraten.¹⁶³

77. Het experiment werd onder de derde bachelor verstuurd door prof. dr. Vanderhallen, in het kader van het vak “psychologie en rechtspsychologie”. De studenten van de tweede master werden door mezelf gecontacteerd. Om de responsgraad te verhogen, werd tot slot besloten om ook de studenten van de tweede bachelor te bevragen. De studenten van de tweede bachelor werden benaderd door prof. dr. Rozie, in het kader van het vak “strafrecht”. Zowel de respondenten van de derde bachelor als deze van de tweede master werden tweemaal benaderd. Aan de hand van een eenmalige *reminder* kon de responsgraad aanzienlijk worden verhoogd.

¹⁶² S. VANDERHAEGHEN, *De burger als rechter: een empirisch onderzoek*, onuitg. Masterscriptie UGent, 2013, https://scriptiebank.be/sites/default/files/thesis/2021-04/283_De%20burger%20als%20rechter%2C%20een%20empirisch%20onderzoek_Stef%20Vanderhaeghen-pagina%27s-verwijderd.pdf; J.W. DE KEIJSER, P.J. VAN KOPPEN en H. ELFFERS, *Op de stoel van de rechter: Oordeelt het publiek net zo als de strafrechter?*, Den Haag, Raad voor de Rechtspraak, 2006, 33.

¹⁶³ C.C.J.H. BIJLEVELD en H. ELFFERS, “Sekse en straftoemeting. Een experiment”, *Tijdschrift voor Criminologie* 2010, afl. 52, 365-373.

2.4. Data-analyse

78. Voor de data-analyse werd gebruik gemaakt van het statistisch computerprogramma SPSS. Eerst en vooral werd een data-cleaning uitgevoerd, waarbij 18 ongeldige antwoorden geëlimineerd konden worden. Het betroffen respondenten die aan het experiment begonnen, maar na de eerste vraag (*informed consent*) afhaakten. Zodoende werden 8 respondenten uitgesloten uit de controlegroep en 10 respondenten uit de experimentele groep.

79. Vervolgens werd van de verzamelde data zowel een kwantitatieve als een kwalitatieve analyse gemaakt. De nadruk lag op de kwantitatieve analyse, waarbij bepaalde antwoorden kwalitatief geïnterpreteerd werden. Zo konden de respondenten op bepaalde vragen ook een “persoonlijk” antwoord geven, wanneer zij zich niet konden vinden in de opgegeven antwoorden. Het kwalitatieve luik biedt de mogelijkheid om het onderliggend denkkader van de respondenten bloot te leggen en tracht de kwantitatieve resultaten verder uit te diepen. Dit zorgt voor een genuanceerde en complete uitkomst van het onderzoek.

HOOFDSTUK 3. GEVOLGEN VAN EEN BEROEP OP HET ZWIJGRECHT IN DE STRAFTOEMETING

80. Aan de hand van het programma SPSS konden de resultaten van het experiment geanalyseerd worden. In dit hoofdstuk worden de resultaten van het experiment besproken en geanalyseerd. Tot slot zal een verklaring worden gezocht voor (merkwaardige) resultaten.

AFDELING 1. BESLISSING VAN DE STRAFMAAT

81. De eerste vraag van het onderzoek peilde naar de strafmaat die de betrokken respondenten zouden opleggen aan de beklaagde. Opvallend is alleszins dat het gemiddelde van de gekozen strafmaat in de controlegroep en de experimentele groep quasi gelijkaardig is. In beide groepen koos de meerderheid voor een opsluiting van 5 jaar. In de controlegroep koos 26% ($n = 13$) voor een opsluiting van 5 jaar (*tabel 1a*), met een gemiddelde van 6,65 jaar in totaal. In de experimentele groep koos 33,3% ($n = 18$) voor een opsluiting van 5 jaar (*tabel 1b*), met een gemiddelde van 6,44 jaar in totaal. Bijgevolg blijkt dat in beide groepen – ongeacht de verdedigingsstrategie van de beklaagde – gekozen werd voor een eerder lage straf.

82. Daarnaast kan worden opgemerkt dat er zich, wat de zwaarte van de straf betreft, in beide groepen een gelijkaardige evolutie voordoet. In beide groepen daalt het percentage van de respondenten immers in functie van een stijgende strafmaat. Het verschil in de gemiddelde strafmaat tussen beide groepen (0,21 jaar) is eerder klein te noemen, waardoor op dit punt geen merkwaardige vaststellingen werden gedaan. Op basis van deze resultaten kan wel geconcludeerd worden dat de strategie van de beklaagde – ontkennen of zwijgen – geen invloed heeft gehad op de strafmaat en dat de gemiddelde strafmaat in beide groepen eerder laag ligt.

Tabel 1a: strafmaat controlegroep (gemiddelde = 6,65 jaar)

Strafmaat	Controlegroep (n = 50)
5 jaar	26% (n = 13)
6 jaar	22% (n = 1)
7 jaar	22% (n = 11)
8 jaar	10% (n = 5)
9 jaar	4% (n = 2)
10 jaar	8% (n = 4)
Anders, namelijk	8% (n = 4)

Tabel 1b: strafmaat experimentele groep (gemiddelde = 6,44 jaar)

Strafmaat	Experimentele groep (n = 54)
5 jaar	33,3% (n = 18)
6 jaar	18,5% (n = 10)
7 jaar	14,8% (n = 8)
8 jaar	16,7% (n = 9)
9 jaar	3,7% (n = 2)
10 jaar	3,7% (n = 2)
Anders, namelijk	9,3% (n = 5)

AFDELING 2. BEÏNVLOEDENDE FACTOREN OP DE STRAFTOEMETING

83. Vervolgens werd aan de respondenten gevraagd welke factoren een invloed hebben gehad op hun beslissing van de strafmaat. De respondenten hadden de keuze tussen volgende factoren en konden een onbeperkt aantal antwoorden aanduiden:

- De leeftijd van de beklaagde
- De aard en de ernst van de feiten
- Het feit dat de beklaagde ontkent *of* het feit dat de beklaagde zwijgt
- Het gebrek aan normbesef en aan respect voor andermans eigendom
- Het feit dat beklaagde nog een blanco strafregister heeft
- Anders, namelijk (open vraag)

2.1. Zwijgen of ontkennen als beïnvloedende factor

84. In de controlegroep heeft 34% ($n = 17$) van de respondenten aangegeven dat zij het ontkennen door de beklaagde hebben betrokken in de straftoemeting. In de experimentele groep daarentegen beweert slechts 13% ($n = 7$) dat het zwijgen door de beklaagde een invloed heeft gehad op hun beslissing. Bijgevolg valt op dat de respondenten sneller geneigd zijn om het ontkennen door de beklaagde mee te nemen in de straftoemeting dan het zwijgen. De manier waarop zij het zwijgen/ontkennen meenemen, wordt besproken in *afdeling 3*.

2.2. Strafmaat indien zwijgen/ontkennen een beïnvloedende factor is

85. Vervolgens werd bekeken wat de respondenten die het zwijgen door de beklaagde zouden meenemen in de straftoemeting ($n = 7$), hebben aangeduid als strafmaat. Deze respondenten beslisten tot een straf van 0 jaar, 6 jaar (2x), 7 jaar, 8 jaar (2x), en 10 jaar. Het gemiddelde betreft hier 6,43 jaar, wat volledig in lijn ligt met de gemiddelde strafmaat in de experimentele groep (6,44 jaar). De gemiddelde strafmaat van de respondenten die het ontkennen door de beklaagde meenemen ($n = 17$) is 6,35 jaar, wat ook in lijn ligt met de gemiddelde strafmaat in de controlegroep (6,65 jaar). We concluderen dat er momenteel geen afwijkingen zijn in de strafmaat, noch wanneer de beklaagde zwijgt, noch wanneer deze ontkent.

2.2. Overig beslissingsgedrag in functie van verdedigingsstrategie

86. Van de 7 respondenten die het zwijgen door de beklaagde zouden meenemen in hun beslissing, hebben 3 respondenten naast “het feit dat de beklaagde zwijgt” ook “anders, namelijk” aangeduid en dus een persoonlijk antwoord toegevoegd. De respondent die koos voor “10 jaar” voegde toe dat hij ook rekening heeft gehouden met “*de mogelijke feiten in Frankrijk*”. De respondent die koos voor “8 jaar” liet weten dat hij in zijn beslissing ook de “*voorbereidheid van de beklaagde*” heeft meegenomen. De respondent die koos voor “0 jaar” antwoordde daarentegen “*vermoeden van onschuld: materiaal in koffer, in de buurt aanwezig bewijst nog geen inbraak noch diefstal zolang niet bewezen wordt dat beklaagde daadwerkelijk in de woning was of de goederen in zijn bezit heeft*”. Uit een verdere analyse van de resultaten blijkt dat deze respondent niet zou overgaan tot de bewezenverklaring van de schuld. De overige 6 respondenten achtten de schuld daarentegen wel bewezen.

87. Daarnaast werd in beide groepen door ongeveer 20% van de respondenten een persoonlijk antwoord toegevoegd. In de controlegroep betrof het 24% ($n = 12$), in de experimentele groep 22,2% ($n = 12$). Eén argument steekt er met kop en schouders bovenuit. Zo beweren 10 respondenten in de controlegroep en 8 respondenten in de experimentele groep dat zij in hun beslissing rekening hebben gehouden met de woninginbraken in Frankrijk. Hun antwoorden werden doorgaans als volgt geformuleerd:

- De beklaagde kan mogelijk gelinkt worden aan 20 woninginbraken in Frankrijk
- Gevaar op recidive door de feiten in Frankrijk
- Herhaaldelijk karakter duidt op gebrek aan schuldinzicht
- Strafblad in Frankrijk
- Het feit dat de beklaagde in Frankrijk zoveel inbraken heeft gepleegd

88. Hieruit blijkt dat de meerderheid van deze respondenten met een persoonlijk antwoord rekening heeft gehouden met de woninginbraken in Frankrijk. Sommige respondenten zijn er echter onterecht vanuit gegaan dat de beklaagde reeds veroordeeld werd voor deze feiten. Er werd nochtans duidelijk vermeld dat de beklaagde mogelijk betrokken is bij enkele woninginbraken in Frankrijk, maar dat tot op heden geen officiële veroordelingen werden bijgebracht. Enkele respondenten vermelden dat zij rekening hebben gehouden met “het strafblad in Frankrijk” wat bijgevolg ontorechte aantijgingen zijn ten aanzien van de beklaagde.

Deze foutieve redenering zou verklaard kunnen worden door het feit dat de betrokken studenten onvoldoende kennis bezitten over het straf- en strafprocesrecht. Uit een verdere analyse van deze antwoorden blijkt dat 16 van de 18 respondenten bachelorstudenten zijn, waarbij het uiteraard mogelijk is dat hun kennis over het strafrecht minder verregaand is dan deze van de masterstudenten.

89. Tot slot blijkt uit de resultaten dat respondenten uit de experimentele groep – met de zwijgende beklagde – sneller geneigd zijn om positieve factoren te betrekken in de straftoemeting en dat zij minder rekening houden met negatieve factoren. Zo houdt 46% van de respondenten uit de controlegroep rekening met het feit dat de beklagde een blanco strafregister heeft, maar houdt ook 46% van de respondenten rekening met het gebrek aan normbesef. In de experimentele groep houdt daarentegen 57,4% rekening met het feit dat de beklagde een blanco strafregister heeft en betreft slechts 35,2% het gebrek aan normbesef in zijn beslissing. Een mogelijke verklaring hiervoor kan zijn dat rechters de onzekerheid die bestaat – door het feit dat de beklagde zwijgt – op een bepaalde manier willen compenseren, met name door op zoek te gaan naar gunstige elementen uit het strafdossier.

90. Mochten er in dit onderzoek bewijzen blijven opduiken voor deze laatste verklaring, dan is er mogelijk sprake van het fenomeen “compensatoir straffen”. Compensatoir straffen impliceert dat de rechter de twijfel die bestond in de bewijsbeslissing (en dus de schuldvraag) naderhand gaat compenseren door een lagere straf uit te spreken.¹⁶⁴ Van zodra de rechter beslist tot de bewezenverklaring, zal hij moeten beslissen over de straf. Bij de bepaling van de straf zou het echter niet meer relevant mogen zijn of de rechter met enige twijfel tot bewezenverklaring is overgegaan. Het is dus de taak van de rechter om – in het licht van het vermoeden van onschuld – een twijfelachtige bewijsbeslissing los te koppelen van de straftoemeting. Mogelijk blijkt het fenomeen van compensatoir straffen uit dit onderzoek. Hiervoor is echter verder bewijs nodig. Dit zou kunnen blijken uit het feit dat respondenten zijn overgegaan tot bewezenverklaring van de schuld, terwijl zij eerder onzeker of niet zeker waren omtrent de schuld, waarbij zij er vervolgens voor kiezen om een lagere straf op te leggen. Dit fenomeen wordt gedurende het onderzoek in het achterhoofd gehouden en zou eventueel kunnen blijken uit een verdere analyse van de resultaten.

¹⁶⁴ J.W. DE KEIJSER en P.J. VAN NOPPEN, “Compensatoir straffen: over de relatie tussen bewijs, overtuiging en straf” in J.W. DE KEIJSER en H. ELFFERS (eds.), *Het maatschappelijke oordeel van de rechter: wisselwerking tussen rechter en samenleving*, Den Haag, Boom, 2004, (133) 133.

Tabel 2a: beïnvloedende factoren (controlegroep)

Beïnvloedende factor	Controlegroep (n = 50)
De leeftijd van de beklaagde	30% (n = 15)
De aard en de ernst van de feiten	62% (n = 31)
Het feit dat de beklaagde ontkent	34% (n = 17)
Het gebrek aan normbesef en aan respect voor andermans eigendom	46% (n = 23)
Het feit dat de beklaagde een blanco strafregister heeft	46% (n = 23)
Anders, namelijk	24% (n = 12)

Tabel 2b: beïnvloedende factoren (experimentele groep)

Beïnvloedende factor	Experimentele groep (n = 54)
De leeftijd van de beklaagde	50% (n = 27)
De aard en de ernst van de feiten	53,7% (n = 29)
Het feit dat de beklaagde zwijgt	13% (n = 7)
Het gebrek aan normbesef en aan respect voor andermans eigendom	35,2% (n = 19)
Het feit dat de beklaagde een blanco strafregister heeft	57,4% (n = 31)
Anders, namelijk	22,2% (n = 12)

AFDELING 3. ZWIJGEN/ONTKENNEN ALS BEÏNVLOEDENDE FACTOR

91. Uit voorgaande analyse blijkt dat 34% van de respondenten uit de controlegroep in zijn beslissing rekening heeft gehouden met het ontkennen door de beklaagde. In de experimentele groep daarentegen verklaart slechts 13% dat zij het zwijgen door de beklaagde meenamen in de straftoemeting.

92. Nu gekend is in welke mate respondenten geneigd zijn om het ontkennen of het zwijgen door de beklaagde mee te nemen in de straftoemeting, is het van belang om na te gaan op welke manier de verdedigingsstrategie een invloed heeft gehad.

Tabel 3a: invloed zwijgen/ontkennen op de straftoemeting

Invloed op de straftoemeting	Ontkennen (controlegroep)	Zwijgen (experimentele groep)
Neiging om lager te straffen	17,6%	28,6%
Neiging om hoger te straffen	82,4%	57,1%
Anders, namelijk	0%	14,3%

93. De resultaten van de wijze waarop de verdedigingsstrategie (zwijgen/ontkennen) van de beklaagde wordt betrokken in de straftoemeting zijn eerder opmerkelijk. Zo blijkt dat 17,6% van de respondenten een lagere straf zou opleggen omwille van het feit dat de beklaagde ontkent. Daarentegen beweert maar liefst 82,4% van de respondenten dat zij een hogere straf zouden opleggen omwille van het ontkennen door de beklaagde. Wat de zwijgende beklaagde betreft, geeft 28,6% van de respondenten aan dat zij een lagere straf zouden opleggen omwille van het feit dat de beklaagde zwijgt. Daarnaast is 57,1% van de respondenten geneigd om een hogere straf op te leggen omwille van het zwijgen door de beklaagde.

94. Ten aanzien van de ontkennende beklaagde is 25,3% (82,4% - 57,1%) meer geneigd om strenger te straffen dan ten aanzien van de zwijgende beklaagde. Omgekeerd is ten aanzien van de zwijgende beklaagde 11% (28,6 - 17,6%) meer geneigd om een mildere straf uit te spreken dan ten aanzien van de ontkennende beklaagde. Hieruit blijkt dat de respondenten argwanender staan tegenover een ontkennende houding, dan tegenover het louter stilzwijgen.

95. In de controlegroep gaf geen enkele respondent aan dat hij de houding van de beklaagde op een andere manier in de straftoemeting zou betrekken (0%). In de experimentele groep daarentegen beweerde één respondent het zwijgen door de beklaagde op een andere manier mee te nemen in de straftoemeting (14,3%). De verklaring was de volgende “geen invloed – gebruik van fundamentele rechten mogen niet leiden tot strafverlaging of verhoging”. Deze respondent is zich er bijgevolg heel goed van bewust dat het zwijgrecht niet betrokken mag worden in de straftoemeting. Het feit dat deze respondent een antwoord op deze vraag heeft gegeven, betekent echter dat hij/zij op de vorige vraag toch heeft aangeduid dat het zwijgrecht een invloed heeft gehad op zijn/haar straftoemetingsbeslissing. Deze bevinding is tegenstrijdig en hieruit kan worden afgeleid dat deze respondent in principe niet gerekend kan worden bij het aantal respondenten dat het zwijgrecht heeft betrokken in de straftoemeting.

AFDELING 4. INVLOED VAN DE VERDEDIGINGSSTRATEGIE OP DE STRAFTOEMETING

4.1. Zwijgen of ontkennen?

96. In wat volgt, wordt verder geanalyseerd wat de invloed is van zwijgen in de straftoemeting. De verschillende vragen van het onderzoek worden overlopen, waarbij de resultaten van de controlegroep vergeleken worden met deze van de experimentele groep. Op die manier kan een genuanceerd besluit bekomen worden met betrekking tot het onderliggend denkkader van de respondenten.

4.1.1. Controlegroep

97. Aan de respondenten uit de controlegroep werd de vraag gesteld: “Zou uw straf anders zijn indien de beklagde zou zwijgen? En zo ja, op welke manier zou uw straf dan verschillen?” Deze vraag verscheen voor zowel de respondenten die beweerden dat zij het ontkennen door de beklagde zouden meenemen in de straftoemeting, als de respondenten die dit niet beweerden te doen. In *tabel 4a* zal een onderscheid worden gemaakt tussen deze twee groepen.

Tabel 4a: invloed zwijgen op de straftoemeting (controlegroep)

Invloed zwijgen op de straftoemeting	Groep: ontkennen als beïnvloedende factor	Groep: ontkennen niet als beïnvloedende factor
Neiging om lager te straffen	11,8%	0%
Neiging om hoger te straffen	52,9%	36,4%
Straf zou niet anders zijn	35,3%	63,6%
Anders, namelijk	0%	0%

Herhaling tabel 3a: invloed zwijgen/ontkennen op de straftoemeting

Invloed op de straftoemeting	Ontkennen (controlegroep)	Zwijgen (experimentele groep)
Neiging om lager te straffen	17,6%	28,6%
Neiging om hoger te straffen	82,4%	57,1%
Anders, namelijk	0%	14,3%

98. Vooreerst zullen de resultaten van de respondenten die hebben aangegeven het ontkennen door de beklaagde mee te nemen in de straftoemeting bekeken worden. Uit deze resultaten blijkt dat 11,8% de neiging heeft om lager te straffen, terwijl 52,9% geneigd is om zwaarder te straffen in geval van een zwijgende beklaagde. Dit betekent dat de meerderheid van de respondenten strenger zou zijn voor een beklaagde die zwijgt, dan voor een beklaagde die ontkent. Bovendien beweert 35,3% van de respondenten dat hun straf niet anders zou zijn wanneer de beklaagde zou zwijgen. De respondenten die eerder aangaven het ontkennen door de beklaagde niet mee te nemen in de straftoemeting, zijn iets milder voor de zwijgende beklaagde. Hoewel 0% van de respondenten geneigd zou zijn om lager te straffen, zou slechts 36,4% van de respondenten een hogere straf opleggen. Tot slot geeft 63,6% van deze respondenten aan dat hun straf niet anders zou zijn indien de beklaagde had gezwegen.

99. Hoewel reeds 82,4% van de respondenten uit de controlegroep beweerde hoger te straffen omwille van het feit dat de beklaagde ontkent (*tabel 3a*), zou meer dan de helft van deze respondenten nog strenger zijn voor zwijgende beklaagden (52,9%). Van de respondenten die beweerden het ontkennen niet mee te nemen in de straftoemeting, meent 36,4% dat zij een hogere straf zouden opleggen ten aanzien van een zwijgende beklaagde. Hieruit zou afgeleid kunnen worden dat zij onbewust toch rekening hebben gehouden met de wijze van verdediging in hun beslissing over de straftoemeting. Niettegenstaande de respondenten denken te weten waarop hun beslissing gebaseerd is, blijkt bijgevolg dat zij onbewust bepaalde factoren hebben betrokken in hun beslissingsproces.

100. Deze resultaten leggen bloot dat 52,9% van de respondenten het zwijgen door de beklaagde bewust afstraft in de beslissing van de straftoemeting. Daarentegen zou 36,4% van de respondenten onbewust toch rekening gehouden hebben met de wijze van verdediging van de beklaagde. Zij zouden immers hoger straffen indien de beklaagde een beroep had gedaan op zijn zwijgrecht. Niettemin zou 11,8% van de respondenten beslissen tot een lagere straf ten aanzien van de zwijgende beklaagde.

4.1.2. Experimentele groep

101. Aan de respondenten uit de experimentele groep werd dezelfde vraag gesteld: “Zou uw straf anders zijn indien de beklagde zou ontkennen? En zo ja, op welke manier zou uw straf dan verschillen?” Deze vraag verscheen voor zowel de respondenten die beweerden dat zij het zwijgen door de beklagde zouden meenemen in de straftoemeting, als de respondenten die dit niet beweerden te doen. In tabel 4b zal opnieuw een onderscheid worden gemaakt tussen deze twee groepen.

Tabel 4b: invloed ontkennen op de straftoemeting (experimentele groep)

Invloed ontkennen op de straftoemeting	Groep: zwijgen als beïnvloedende factor	Groep: zwijgen niet als beïnvloedende factor
Neiging om lager te straffen	0%	4,3%
Neiging om hoger te straffen	28,6%	40,4%
Straf zou niet anders zijn	71,4%	55,3%
Anders, namelijk	0%	0%

Herhaling tabel 3a: invloed zwijgen/ontkennen op de straftoemeting

Invloed op de straftoemeting	Ontkennen (controlegroep)	Zwijgen (experimentele groep)
Neiging om lager te straffen	17,6%	28,6%
Neiging om hoger te straffen	82,4%	57,1%
Anders, namelijk	0%	14,3%

102. Ook hier worden eerst de resultaten onderzocht van de respondenten die hebben aangegeven het zwijgen door de beklagde mee te nemen in de straftoemeting. Uit deze resultaten blijkt dat 0% de neiging heeft om lager te straffen, terwijl 28,6% geneigd is om zwaarder te straffen in geval van een ontkennende beklagde. Dit betekent dat de niemand onder de respondenten milder zou zijn voor een beklagde die ontkent, dan voor een beklagde die zwijgt. Bovendien beweert 71,4% van de respondenten dat hun straf niet anders zou zijn wanneer de beklagde zou ontkennen. De respondenten die eerder beweerden het zwijgen door de beklagde niet mee te nemen in de straftoemeting zijn iets strenger voor de zwijgende beklagde. Hoewel 4,3% van de respondenten geneigd zou zijn om lager te straffen, zou 40,4%

van de respondenten een hogere straf opleggen. Tot slot geeft 55,3% van deze respondenten aan dat hun straf niet anders zou zijn indien de beklaagde had ontkend.

103. Hoewel reeds 57,1% van de respondenten uit de experimentele groep beweerde hoger te straffen omwille van het feit dat de beklaagde zwijgt (*tabel 3a*), zou ongeveer de helft van deze respondenten nog strenger zijn voor ontkennende beklaagden (28,6%). Van de respondenten die beweerden het ontkennen niet mee te nemen in de straftoemeting, meent 40,4% dat zij een hogere straf zouden opleggen ten aanzien van een ontkennende beklaagde. Hieruit zou afgeleid kunnen worden dat zij onbewust toch rekening hebben gehouden met de wijze van verdediging in hun beslissing over de straftoemeting. Dezelfde bedenking kan hier worden gemaakt, met name dat de respondenten onbewust bepaalde factoren blijken mee te nemen in hun beslissingsproces.

104. Deze resultaten leggen bloot dat 28,6% van de respondenten het ontkennen door de beklaagde bewust afstraft in de beslissing van de straftoemeting. Daarentegen zou 40,4% van de respondenten onbewust toch rekening hebben gehouden met de wijze van verdediging van de beklaagde. Zij zouden immers hoger straffen indien de beklaagde had ontkend.

4.1.3. Tussenconclusie

105. Uit voorgaande kan geconcludeerd worden dat de respondenten die het zwijgen of het ontkennen bewust hebben betrokken in de straftoemeting, aanzienlijk strenger zijn voor de ontkennende beklaagde dan voor de zwijgende beklaagde. Dit zou verklaard kunnen worden door het feit dat de respondenten het ontkennen door een beklaagde beschouwen als liegen. Daarnaast blijkt dat zowel in de controlegroep als in de experimentele groep ongeveer 40% van de respondenten onbewust wel rekening hield met de verdedigingsstrategie van de beklaagde. Dit cijfer is zeer gelijkaardig in beide groepen, waardoor verder geen opmerkelijke vaststellingen kunnen worden gedaan. Tot slot blijkt dat de respondenten ten aanzien van de zwijgende beklaagde dubbel zo snel geneigd zijn (bijna 3 keer sneller) om een lagere straf op te leggen (11,8%) dan ten aanzien van de ontkennende beklaagde (4,3%).

4.2. Zwijgen/ontkennen of bekennen?

4.2.1. Controlegroep

106. Vervolgens werd aan de respondenten uit de controlegroep volgende vraag gesteld: “Zou uw straf anders zijn indien de beklaagde zou bekennen? En zo ja, op welke manier zou uw straf dan verschillen?” Deze vraag verscheen voor zowel de respondenten die beweerden dat zij het ontkennen door de beklaagde zouden meenemen in de straftoemeting, als de respondenten die dit niet beweerden te doen. In *tabel 4c* zal opnieuw een onderscheid worden gemaakt tussen deze twee groepen.

Tabel 4c: invloed bekennen op de straftoemeting (controlegroep)

Invloed bekennen op de straftoemeting	Groep: ontkennen als beïnvloedende factor	Groep: ontkennen niet als beïnvloedende factor
Neiging om lager te straffen	76,5%	57,6%
Neiging om hoger te straffen	17,6%	9,1%
Straf zou niet anders zijn	5,9%	33,3%
Anders, namelijk	0%	0%

107. Opnieuw worden eerst de resultaten geanalyseerd van de respondenten die hebben aangegeven het ontkennen door de beklaagde mee te nemen in de straftoemeting. Uit deze resultaten blijkt dat 76,5% de neiging heeft om lager te straffen, terwijl 17,6% geneigd is om zwaarder te straffen ten aanzien van een bekende beklaagde. Dit betekent dat de meerderheid van de respondenten milder zou zijn voor een beklaagde die bekend, dan voor een beklaagde die ontkent. Bovendien beweert 5,9% van de respondenten dat hun straf niet anders zou zijn wanneer de beklaagde zou bekennen. De respondenten die eerder beweerden het ontkennen door de beklaagde niet mee te nemen in de straftoemeting, reageren beduidend anders op de bekentenis. Hoewel 57,6% van de respondenten geneigd zou zijn om lager te straffen, zou slechts 9,1% van de respondenten een hogere straf opleggen. Tot slot geeft 33,3% van deze respondenten aan dat hun straf niet anders zou zijn indien de beklaagde had bekend.

108. Deze resultaten bewijzen voornamelijk dat de meerderheid van de respondenten uit de controlegroep beduidend milder zou straffen wanneer de beklaagde bekend.

4.2.2. Experimentele groep

109. Tot slot werd aan de respondenten uit de experimentele groep dezelfde vraag gesteld: “Zou uw straf anders zijn indien de beklaagde zou bekennen? En zo ja, op welke manier zou uw straf dan verschillen?” Deze vraag verscheen voor zowel de respondenten die beweerden dat zij het zwijgen door de beklaagde zouden meenemen in de straftoemeting, als de respondenten die dit niet beweerden te doen. In *tabel 4d* zal opnieuw een onderscheid worden gemaakt tussen deze twee groepen.

Tabel 4d: invloed bekennen op de straftoemeting (experimentele groep)

Invloed bekennen op de straftoemeting	Zwijgen als beïnvloedende factor	Zwijgen niet als beïnvloedende factor
Neiging om lager te straffen	85,7%	63,8%
Neiging om hoger te straffen	14,3%	6,4%
Straf zou niet anders zijn	0%	27,7%
Anders, namelijk	0%	2,1%

110. Vooreerst worden de resultaten geanalyseerd van de respondenten die hebben aangegeven het zwijgen door de beklaagde mee te nemen in de straftoemeting. Uit deze resultaten blijkt dat 85,7% de neiging heeft om lager te straffen, terwijl 14,3% geneigd is om zwaarder te straffen. Dit betekent dat de grote meerderheid van de respondenten milder zou zijn voor een beklaagde die bekend, dan voor een beklaagde die zwijgt. De respondenten die eerder aangaven het ontkennen door de beklaagde niet mee te nemen in de straftoemeting reageren – zoals in de controlegroep – op een andere manier op de bekentenis. Hoewel 63,8% van de respondenten geneigd zou zijn om lager te straffen, zou slechts 6,4% van de respondenten een hogere straf opleggen. Tot slot geeft 27,7% van deze respondenten aan dat hun straf niet anders zou zijn indien de beklaagde had bekend.

111. Deze resultaten benadrukken – net zoals in de controlegroep – dat de meerderheid van de respondenten een mildere straf zou opleggen wanneer de beklaagde bekend.

112. Tot slot heeft één van de respondenten aangegeven dat het bekennen door de beklagde een andere invloed heeft gehad, namelijk dat zij lager zou straffen indien de beklagde schuldinzicht vertoont. Uit het literatuuronderzoek in deze meesterproef blijkt echter dat het Hof van Cassatie streng toekijkt op het betrekken van het schuldinzicht in de motivering van de straftoemeting. Beklaagden die een beroep doen op het zwijgrecht, hebben immers niet de mogelijkheid om enig schuldinzicht te vertonen. Hierdoor zouden beklagden die zwijgen onterecht benadeeld kunnen worden.

4.2.3. Tussenconclusie

113. Op basis van deze analyse kan geconcludeerd worden dat de respondenten aanzienlijk milder zijn voor de bekende beklagde dan voor de ontkennende/zwijgende beklagde. Hierbij kan worden opgemerkt dat er opnieuw geen grote verschillen zijn tussen de controlegroep en de experimentele groep. In beide groepen lagen de cijfers ten aanzien van de bekende beklagde in dezelfde lijn. Bijgevolg blijkt dat de respondenten het strengst zijn voor de ontkennende beklagde, gevolgd door de zwijgende beklagde. Ten aanzien van de bekende beklagde is de overgrote meerderheid van de respondenten van mening dat deze persoon een lagere straf verdient dan wanneer hij zou zwijgen/ontkennen.

114. Wat de bekenningsbetreft, dient te worden opgemerkt dat niets de rechter belet om uit de houding van de beklagde of uit zijn wijze van verweer elementen af te leiden die in diens voordeel spelen. Zo kan de houding van de beklagde, zoals zijn spontane bekentenis, medewerking met het onderzoek of respect ten aanzien van de slachtoffers, een reden zijn voor de rechter om een lichtere straf op te leggen.¹⁶⁵ In de straftoemeting kan de houding van de beklagde bijgevolg nooit in diens nadeel, maar wel in diens voordeel in rekening worden gebracht. Het is dus toegestaan om een lagere straf op te leggen ten aanzien van een bekende beklagde, maar het ontkennen/zwijgen mag niet leiden tot een hogere straf.

Tabel 4e: invloed bekennen op de straftoemeting (vergelijking experimentele en controlegroep)

Invloed bekennen op de straftoemeting	Controlegroep	Experimentele groep
Neiging om lager te straffen	76,5% en 57,6%	85,7% en 63,8%

¹⁶⁵ V. VEREECKE, “Zwijgen of niet meewerken kan zich tegen de beklagde keren” (noot onder Cass. 5 mei 2020), *RABG* 2020, afl. 17, 1419.

AFDELING 5. DE SCHULDVRAAG

5.1. Controlegroep

115. Eerder werd vermeld dat het fenomeen van compensatoir straffen zou kunnen blijken uit dit onderzoek. Compensatoir straffen zou zich manifesteren indien respondenten overgaan tot bewezenverklaring van de schuld, terwijl zij eerder onzeker of niet zeker waren omtrent de schuldvraag en waarbij zij er vervolgens voor kiezen om een lagere straf op te leggen. Uit de resultaten met betrekking tot de schuldvraag blijkt dat 88% van de respondenten uit de controlegroep eerder/zeer zeker is over de schuld van de beklaagde (*tabel 5a*). Vervolgens ging 82% van de respondenten over tot bewezenverklaring van de schuld (*tabel 5b*).

116. Uit een analyse van de resultaten blijkt het fenomeen van compensatoir straffen echter niet op te treden. Alle respondenten die eerder onzeker of niet zeker waren omtrent de schuldvraag, gingen niet over tot de bewezenverklaring van de schuld. Bijgevolg had de beklaagde volgens hen niet veroordeeld moeten worden en zou de beslissing van de straftoemeting niet aan de orde zijn.

Tabel 5a: zekerheid over de schuld (controlegroep)

Zekerheid over de schuld	Controlegroep (<i>n</i> = 50)	Controlegroep (cumulatief %)
Zeep zeker	34% (<i>n</i> = 17)	34%
Eerder zeker	54% (<i>n</i> = 27)	88%
Geen mening	4% (<i>n</i> = 2)	92%
Eerder onzeker	8% (<i>n</i> = 4)	100%
Niet zeker	0% (<i>n</i> = 0)	100%

Tabel 5b: bewezenverklaring van de schuld (controlegroep)

Bewezenverklaring van de schuld	Controlegroep (<i>n</i> = 50)
Ja	82%
Neen	18%

5.2. Experimentele groep

117. Uit de resultaten van de experimentele groep blijkt dat 83,3% van de respondenten eerder/zeer zeker is over de schuld van de beklaagde (tabel 5c). Vervolgens ging 79,6% van de respondenten over tot bewezenverklaring van de schuld (tabel 5d). Deze resultaten liggen in lijn met deze van de controlegroep.

118. Bijgevolg blijkt het fenomeen van compensatoir straffen ook niet op te treden in de experimentele groep. Alle respondenten – mits één uitzondering – die eerder onzeker of niet zeker waren omtrent de schuldvraag, gingen niet over tot de bewezenverklaring van de schuld.

Tabel 5c: zekerheid over de schuld (experimentele groep)

Zekerheid over de schuld	Experimentele groep (<i>n</i> = 54)	Experimentele groep (cumulatief %)
Zeer zeker	20,4% (<i>n</i> = 11)	20,4%
Eerder zeker	63% (<i>n</i> = 34)	83,3%
Geen mening	3,7% (<i>n</i> = 2)	87%
Eerder onzeker	9,3% (<i>n</i> = 5)	96,3%
Niet zeker	3,7% (<i>n</i> = 2)	100%

Tabel 5d: bewezenverklaring van de schuld (experimentele groep)

Bewezenverklaring van de schuld	Experimentele groep (<i>n</i> = 54)
Ja	79,6%
Neen	20,4%

AFDELING 6. CONCLUSIE

119. In wat voorafging werden de verschillende onderdelen van het onderzoek geanalyseerd en werd getracht om het onderliggend denkkader van de respondenten bloot te leggen. Op basis van deze analyse zijn een aantal – niettemin beperkte – bevindingen naar boven gekomen.

De strafmaat – Eerst en vooral werd vastgesteld dat de strafmaat in de controlegroep en de experimentele groep zeer gelijkaardig is. Beide groepen kozen voor een eerder lage strafmaat, met een gemiddelde van 6,65 jaar in de controlegroep en 6,44 jaar in de experimentele groep. Hierdoor blijkt dat de strategie van de beklaagde geen invloed heeft gehad op de strafmaat.

Zwijgen/ontkennen als beïnvloedende factor – Ten tweede blijkt uit de resultaten dat de respondenten sneller geneigd zijn om het ontkennen mee te nemen in de straftoemeting dan het zwijgen. Zo gaf 34% van de respondenten aan het ontkennen door de beklaagde mee te nemen in zijn beslissing, terwijl slechts 13% van de respondenten het zwijgen zou betrekken. Daarnaast blijkt dat de gemiddelde strafmaat quasi identiek blijft wanneer de verdedigingsstrategie van de beklaagde wordt meegenomen in de straftoemeting.

Invloed verdedigingsstrategie op de straftoemeting – Verder kan geconcludeerd worden dat de respondenten die de verdedigingsstrategie bewust hebben betrokken in de straftoemeting, aanzienlijk strenger zijn voor de ontkennende beklaagde dan voor de zwijgende beklaagde. Dit zou verklaard kunnen worden door het feit dat de respondenten het ontkennen door een beklaagde beschouwen als liegen. Daarnaast blijkt dat zowel in de controlegroep als in de experimentele groep ongeveer 40% van de respondenten onbewust wel rekening hield met de verdedigingsstrategie van de beklaagde. Hoewel de respondenten denken te weten waarop hun beslissing gebaseerd is, blijkt bijgevolg dat zij onbewust bepaalde factoren hebben betrokken in hun beslissingsproces. Bovendien blijkt dat de respondenten ten aanzien van de zwijgende beklaagde dubbel zo snel geneigd zijn (bijna 3 keer sneller) om een lagere straf op te leggen dan ten aanzien van de ontkennende beklaagde. Daarbij bleek ook dat de respondenten ten aanzien van de zwijgende beklaagde sneller geneigd zijn om positieve factoren te betrekken in de straftoemeting en dat zij minder rekening houden met negatieve factoren.

Tot slot werd aan beide groepen gevraagd of het voor hen een verschil zou maken indien de beklaagde zou bekennen. Uit de resultaten bleek meteen dat in beide groepen een grote meerderheid van mening was dat deze beklaagde minder zwaar gestraft moet worden. Hieruit bleken wederom geen grote verschillen tussen de controlegroep en de experimentele groep.

120. Op basis van dit onderzoek kan geconcludeerd worden dat (i) respondenten sneller geneigd zijn om het ontkennen in de straftoemeting te verdisconteren, dan het stilzwijgen; (ii) slechts 13% van de respondenten een beroep op het zwijgrecht zou betrekken in de straftoemeting, waarvan de helft een hogere straf zou opleggen; (iii) dat respondenten dubbel zo snel geneigd zijn om een lagere straf uit te spreken ten aanzien van de zwijgende beklaagde dan ten aanzien van de ontkennende beklaagde; (iv) en dat ten aanzien van de zwijgende beklaagde sneller op zoek wordt gegaan naar positieve elementen uit het strafdossier.

AFDELING 7. BEPERKINGEN EN AANBEVELINGEN

121. Dit onderzoek kent een aantal beperkingen die vermeld moeten worden. Zo heeft de keuze voor rechtenstudenten als deelnemers aan het onderzoek zijn beperkingen, die een weerslag hebben op de externe validiteit van het onderzoek. Zij beschikken weliswaar over een basiskennis van het straf- en strafprocesrecht, maar ontberen uiteraard kennis over en ervaring in het nemen van straftoematingsbeslissingen. Gezien het uitblijven van het effect van onze experimentele manipulatie kan, met enige voorzichtigheid, gesteld worden dat als rechtenstudenten niet vatbaar zijn voor deze effecten, het onwaarschijnlijk is dat rechters er wel vatbaar voor zijn. Van rechters mag immers verwacht worden dat zij zich ambtshalve en door opleiding en ervaring wapenen tegen bepaalde invloeden op de oordeelsvorming. Dat laatste wordt overigens bevestigd door eerder onderzoek, waaruit bleek dat een jury die was samengesteld uit aanstaande rechters in de laatste fase van hun opleiding de door hen opgelegde straf niet lieten beïnvloeden door de aanwezigheid van een foto van het dode slachtoffer, terwijl de jury die bestonden uit studenten dat wel deden.¹⁶⁶

122. Een andere beperking betreft de grootte van de steekproef. De steekproef bedroeg 50 respondenten in de controlegroep en 54 respondenten in de experimentele groep. Het is daarom aangewezen om voor toekomstig onderzoek een grotere steekproef te hanteren. Indien de steekproef wordt uitgebreid en er sprake is van een representatieve steekproef, kunnen er meer veralgemeenbare uitspraken worden gedaan voor de gehele populatie. Bovendien is het mogelijk dat door deze beperkte steekproef geen significante verbanden werden gevonden voor de interactie-effecten. Verder was de gemiddelde leeftijd van de respondenten eerder laag te noemen, aangezien het gaat over rechtenstudenten uit de bachelor en de master. Dit zou een mogelijke beperking kunnen zijn, aangezien de gemiddelde leeftijd van een rechter uiteraard aanzienlijk hoger ligt. Zo bedroeg de gemiddelde leeftijd van de rechterlijke orde (magistraten en gerechtspersoneel) in 2017 46,88 jaar (45 jaar bij de vrouwen, 48,75 jaar bij de mannen).¹⁶⁷

¹⁶⁶ R. FINKELSTEIN en M. BASTOUNIS, "The Effect of the Deliberation Process and Jurors' Prior Legal Knowledge on the Sentence: the Role of Psychological Expertise and Crime Scene Photo", *Behavioral Sciences & the Law* 2010, afl. 28, 426-441.

¹⁶⁷ FOD Justitie, "Justitie in cijfers", 2017, https://justitie.belgium.be/sites/default/files/jic-nl-def_library.pdf.

DEEL III. BESLUIT

123. Aan de hand van deze meesterproef werd getracht een antwoord te bieden op de vraag of verdachten zich met een gerust hart kunnen beroepen op het zwijgrecht. Uit verschillende hoeken in de praktijk blijkt immers dat politieambtenaren en strafrechters vraagtekens durven te plaatsen bij verdachten die zwijgen. Nochtans is het zwijgrecht – hoewel niet absoluut – een fundamenteel recht dat deel uitmaakt van de rechten van verdediging zoals verankerd in artikel 6 EVRM. Op grond van het vermoeden van onschuld hebben verdachten het recht om hun verdediging te organiseren op de wijze die zij wensen. Bijgevolg hebben zij ook het recht om te zwijgen. Zij kunnen niet worden gedwongen om te antwoorden, noch om informatie mee te delen. Het behoort immers tot de opdracht van de overheid om de schuld van iedere verdachte te bewijzen en daarbij mag op geen enkele wijze druk of dwang worden uitgeoefend.

124. Gezien de kwetsbare positie waarin verdachten zich bevinden, dient erop te worden toegezien dat zij op de hoogte zijn van hun rechten en dat zij begrijpen wat deze rechten inhouden. Het Hof van Cassatie en het EHRM wijzen erop dat de advocaat hierin een cruciale rol speelt. Eén van de belangrijkste taken van de advocaat is erin gelegen zijn cliënt te informeren over zijn rechten van verdediging en erover te waken dat niet op onrechtmatige wijze afbreuk wordt gedaan aan het recht om te zwijgen en zichzelf niet te beschuldigen.

125. Twee wettelijke uitzonderingen op het zwijgrecht zijn de dwangmaatregelen en de ontsleutelingsplicht. Hoewel over deze laatste plicht veel onverdeeldheid bestaat in de Belgische rechtsleer, hebben zowel het Grondwettelijk Hof als het Hof van Cassatie recent bevestigd dat deze plicht in het strafrechtelijk vooronderzoek kan worden opgelegd aan verdachten, zonder dat dit een inbreuk vormt op het zwijgrecht of het non-incriminatiebeginsel.

126. Niettegenstaande deze wettelijke beperkingen, is het vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie dat de rechter bij de straftoemeting geen rekening mag houden met de wijze waarop de verdachte zijn verdediging heeft georganiseerd. Verdachten hebben het recht om hun verdediging te organiseren op de manier waarop zij dat wensen. Een ontkennende houding of een beroep op het zwijgrecht kan niet in aanmerking worden genomen om de aard of de zwaarte van de straf te rechtvaardigen.

127. Toch blijkt uit de praktijk dat een beroep op het zwijgrecht in het nadeel van de verdachte kan spelen. Zo kan het gebrek aan schuldinzicht, de persoonlijkheid van de verdachte of de negatieve houding tegenover slachtoffers in aanmerking worden genomen bij het bepalen van de straf. Hierbij werd opgemerkt dat de rechtvaardiging van een straf omwille van “het gebrek aan schuldinzicht” al snel in het nadeel van de zwijgende verdachte kan spelen. Een verdachte die beweert dat hij het meeste voordeel haalt door zich te beroepen op zwijgrecht, zal immers onmogelijk zijn spijt kunnen betuigen of schuldinzicht kunnen vertonen. Toch is er wel degelijk rechtspraak van het Hof van Cassatie die geen probleem ziet in een motivering op basis van het gebrek aan schuldinzicht. Op die manier wordt een beroep op het zwijgrecht afgestraft.

128. Daarnaast kan een beroep op het zwijgrecht ertoe leiden dat de rechter weigert om een gunst – zoals de werkstraf of de probatieopschorting – toe te kennen. De rechter is immers wettelijk verplicht om de instemming van de betrokkene te verkrijgen om een alternatieve straf of een bestraffingsmodaliteit toe te kennen. Bovendien heeft de rechter – en bij uitbreiding het overbelaste justitieel apparaat – er alle belang bij dat verdachten worden gehoord en uitvoerig worden ingelicht omtrent de inhoud van de straf of de modaliteit. Net omwille van het feit dat de alternatieve straffen en de bestraffingsmodaliteiten gunsten zijn die door justitie worden toegestaan, kan van de verdachte minstens worden verwacht dat hij persoonlijk verschijnt en zijn huidige leefsituatie toelicht aan de rechter. De rechter is tenslotte nooit verplicht om een gunst toe te kennen, zelfs niet wanneer de verdachte aan alle toepassingsvoorwaarden voldoet. Bijgevolg kan een beroep op het zwijgrecht wel degelijk in het nadeel van de verdachte spelen.

129. Niettegenstaande de beperkingen die krachtens de wet aan het zwijgrecht kunnen worden gesteld, werd in deel II van deze meesterproef onderzocht hoe rechters in de straftoemeting omgaan met het zwijgrecht. Dit onderzoek wees uit dat slechts 13% van de respondenten het zwijgen door de verdachte bewust zou betrekken in de straftoemeting. Daarnaast blijkt dat maar liefst 40% van de respondenten onbewust toch rekening heeft gehouden met de strategie van de beklaagde. Hoewel respondenten denken te weten waarop hun beslissing gebaseerd is, blijkt bijgevolg dat zij onbewust bepaalde factoren betrekken in hun beslissingsproces. Bovendien is uit dit onderzoek gebleken dat de respondenten ten aanzien van een zwijgende verdachte dubbel zo snel geneigd zijn om een lagere straf op te leggen dan ten aanzien van een ontkennende verdachte. Daarbij bleek ook dat respondenten ten aanzien van de zwijgende verdachte sneller geneigd zijn om positieve factoren te betrekken in de straftoemeting en dat zij minder rekening houden met negatieve factoren.

130. De conclusie van deze meesterproef is tweeledig. Enerzijds blijkt dat krachtens de wet beperkingen aan het zwijgrecht kunnen worden gesteld. Bijgevolg doen advocaten er goed aan om de verdachte grondig in te lichten omtrent de inhoud en het gebruik van het zwijgrecht. Anderzijds blijkt dat de strafrechter geen rekening mag houden met de verdedigingsstrategie – lees: het zwijgrecht – van de verdachte. Uit de resultaten van het gevoerde onderzoek blijkt de impact van het zwijgrecht op de straftoemeting enigszins beperkt te zijn. Ongeveer 10% van de respondenten zou het zwijgrecht bewust betrekken in de straftoemeting, waarvan de helft geneigd is om een hogere straf op te leggen. Bijgevolg lijken strafrechters zich te houden aan de juridische beperkingen die aan het zwijgrecht kunnen worden gesteld. Toch blijkt dat 40% van de respondenten onbewust rekening heeft gehouden met de verdedigingsstrategie van de beklaagde. Hieruit volgt dat mensen zich niet altijd bewust zijn van de factoren die zij betrekken in hun beslissing. Niettemin kon er geen uitholling van het zwijgrecht, noch een schending van het vermoeden van onschuld worden vastgesteld. Verdachten kunnen zich – op basis van dit onderzoek – met een gerust hart beroepen op het zwijgrecht. Gezien de aanwezige beperkingen dient de uitkomst van dit onderzoek echter gerelativeerd te worden. Desondanks vormt deze meesterproef een mooie opstap voor verder en uitgebreider onderzoek naar de gevolgen van het zwijgrecht in de straftoemeting.

BIBLIOGRAFIE

BEAZLEY, A., GILLEIR, F., PANZAVOLTA, M., ROZIE, J., SAUERLAND, M., TERSAGO, P. en VANDERHALLEN, M., “Right to silence and related rights in pre-trial suspects’ interrogations in the EU: legal and empirical study and promoting best practice”, 2021, <https://empriseproject.org/wp-content/uploads/2021/12/Emprise-België-onderzoeksrapport.pdf>, 257 p.

BEAZLEY, A., GILLEIR, F., PANZAVOLTA, M., ROZIE, J. en VANDERHALLEN, M., “Silence with caution: the right to silence in police investigations in Belgium”, *New Journal of European Criminal Law* 2021, 408-426.

BECKMAN, D., "You Have the Right to Be Silent. Anything You Do Not Say May Be Used Against You. Is the Right to Silence in Great Britain Really a Protection?", *Penn State International Law Review* 1995, afl. 14, 95-126.

BIJLEVELD, C.C.J.H. en ELFFERS, H., “Sekse en straftoemeting. Een experiment”, *Tijdschrift voor Criminologie* 2010, afl. 52, 365-373.

BILLING, F.M.W., *The Right to Silence in Transnational Criminal Proceedings: Comparative Law Perspectives*, Cham, Springer International Publishing AG, 2016, 372 p.

BOCKSTAELE, M., “Verhoren” in VANDEPLAS, A., ARNOU, P. en VAN OVERBEKE, S. (eds.), *Strafrecht en strafvordering. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl.

BOES, S., DEKKERS, A., GOEDEGEBUURE, A.F., KAMPEN, M. en VAN PROOIJEN, M., “Trapt de rechtsprekende burger door twijfel in de valkuil? Experimenteel onderzoek naar de invloed van de kracht van het bewijs en maatschappelijke onrust op de bewijsbeslissing en de straftoemeting”, *Panopticon* 2009, afl. 4, 35-55.

CAVANAUGH, K.A., “Emergency Rule, Normalcy Exception: The Erosion of the Right to Silence in the United Kingdom”, *Cornell International Law Journal* 2002, afl. 135, 491-513.

CLARE, I. C. H., GUDJONSSON, G. H. en HARARI, P. M., "Understanding of the Current Police Caution (England and Wales)", *Journal of Community & Applied Social Psychology* 1998, afl. 8, 323-329.

CONINGS, C. en KERKHOF, J., "U hebt het recht te zwijgen. Uw login kan en zal tegen u worden gebruikt? Over ontsleutelplicht, zwijgrecht en 'nemo tenetur'", *NC* 2018, afl. 5, 457-472.

DECAIGNY, T., COLETTE, M. en DE HERT, P., "Wet consultatie- en bijstandsrecht. Wet van 13 augustus 2011 als antwoord op Salduz-rechtspraak", *NJW* 2011, afl. 247, 522-531.

DERUYCK, F., en VAN LANDEGHEM, Y., *Overzicht van het Belgisch strafprocesrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 330 p.

DE HERT, P., "Het zwijgrecht van verdachten en getuigen", *Vigiles* 1999, afl. 2, 20-30.

DE KEIJSER, J.W. en VAN KOPPEN, P.J., "Compensatoir straffen: over de relatie tussen bewijs, overtuiging en straf" in DE KEIJSER J.W. en ELFFERS, H. (eds.), *Het maatschappelijke oordeel van de rechter: wisselwerking tussen rechter en samenleving*, Den Haag, Boom, 2004, 133-183.

DE KEIJSER, J.W., VAN KOPPEN, P.J. en ELFFERS, H., *Op de stoel van de rechter: Oordeelt het publiek net zo als de strafrechter?*, Den Haag, Raad voor de Rechtspraak, 2006, 79 p.

FINKELSTEIN, R. en BASTOUNIS, M., "The Effect of the Deliberation Process and Jurors' Prior Legal Knowledge on the Sentence: the Role of Psychological Expertise and Crime Scene Photo", *Behavioral Sciences & the Law* 2010, afl. 28, 426-441.

GERARD, P. en LAMON, H., "Recht op bijstand advocaat in strafzaken is een mensenrecht", *DJK* 2018, afl. 378, 1.

GUDJONSSON, G.H., *The psychology of interrogations and confessions. A handbook*, Sussex, Wiley, 2003, 684 p.

HOET, P., “Herroeping wegens niet-nakoming van de probatie als gevolg van een voorlopige hechtenis: het vermoeden van onschuld versus een foutieve tekortkoming” (noot onder Corr. West-Vlaanderen (afd. Kortrijk) 25 november 2020), *RABG* 2021, afl. 18, 1688-1694.

JACOBS, A., “Het verhoor en de noodzaak aan onmiddellijke cautie van de verdachte” in BOCKSTAELE, M. en PONSAERS, P. (eds.), *Aandachtspunten bij de implementatie van de EU-richtlijn 2013/48*, Antwerpen, Maklu, 2015, 99-110.

KENDALL, J.M., "Designing a research project: randomised controlled trials and their principles", *Emergency Medicine Journal* 2003, afl. 20, 164-168.

KONING, F., *Ik word verhoord. Wat nu?*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 140 p.

LEMMENS, P., "Het recht op een eerlijk proces volgens artikel 6 van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens" in TAELEMAN, P. (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016, 753-800.

LIÉGEOIS, Y., “De ‘Salduz+’ wet van 21 november 2016: een nieuw hoogtepunt in het recht van toegang tot een advocaat onder dictaat van Europa”, *NC* 2017, afl. 2, 105-129.

MEESE, J. en TERSAGO, P., "Het recht voor elkeen die wordt verhoord op consultatie van en bijstand door een advocaat na de «Salduz-wet» van 13 augustus 2011", *RW* 2011-12, afl. 21, 934-952.

MEESE, J., “The sound of silence. Het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel in strafzaken. Een historisch en rechtsvergelijkend overzicht” in ROZIE, J., RUTTEN, S. en VAN OEVELEN, A. (eds.), *Zwijgrecht versus spreekplicht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 37-72.

MEESE, J., “Het bewijs in strafzaken” in TAELEMAN P. (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016, 509-543.

MEESE, J., “Recht om te zwijgen maar toch verplicht om te spreken?”, *RW* 2019-20, afl. 34, 1322.

MEESE, J., “U hebt het recht om te zwijgen, maar als u uw zwijgrecht gebruikt, riskeert u daarvoor wel tot vijf jaar gevangenisstraf”, 2020, <https://joachimmeese.be/criminis/zwijgrecht-versus-verplichting-tot-ontgrendelen-gsm/>.

MINNAERT, M., “De Salduz-wet”, *NC* 2011, afl. 5, 273-309.

PENNE, H., RAES, A., DE KEULENAER, S., DELADRIERE, A., FRANSSSENS, M., DEVEUX, E., DECRAMER, K. en SIVRI, S., "Evaluatie Salduz-wet. Eindrapport", 2013, www.dsb-spc.be/doc/pdf/Salduz_eindrapport_NL.pdf.

RAATS, S., *Consistente straftoemeting*, Mortsel, Intersentia, 2016, 804 p.

ROZIE, J., “Tegenspraak in de bestrafing”, *NC* 2014, afl. 2, 91-117.

ROZIE, J., VANDERHALLEN, M., en TERSAGO, P., “Het zwijgrecht als tweesnijdend zwaard: een fundamenteel recht van verdediging of een katalysator voor schuldigverklaring? De toepassing van het zwijgrecht in strafzaken empirisch onderzocht”, *NC* 2021, afl. 6, 461-482.

SMIS, S., JANSSENS, C., MIRGAUX, S. en VAN LAETHEM, K., *Handboek mensenrechten*, Mortsel, Intersentia 2011, 660 p.

STEVENS, L., *Nemo-tenetur beginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005, 201 p.

TERSAGO, P., “Beuze's unfortunate legacy? De nieuwe wending in de Salduz-rechtspraak kritisch besproken vanuit juridisch en empirisch perspectief”, *NC* 2020, afl. 2, 103-132.

TERSAGO, P., *Verklaringen van verdachten in het strafproces*, Mortsel, Intersentia, 2020, 648 p.

THEVISSSEN, P. en BERBUTO, S., “Rechten van verdediging” in X., *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Wolters Kluwer, losbl.

VANDERHAEGHEN, S., *De burger als rechter: een empirisch onderzoek*, onuitg. Masterscriptie UGent, 2013, https://scriptiebank.be/sites/default/files/thesis/2021-04/283_De%20burger%20als%20rechter%2C%20een%20empirisch%20onderzoek_Stef%20Vanderhaeghen-pagina%27s-verwijderd.pdf.

VEREECKE, V., “Probatie-uitstel vereist instemming van de veroordeelde” (noot onder Cass. 2 januari 2018), *RABG* 2018, afl. 6, 520-523.

VEREECKE, V., “Zwijgen of niet meewerken kan zich tegen de beklaagde keren” (noot onder Cass. 5 mei 2020), *RABG* 2020, afl. 17, 1415-1419.

VERSTRAETEN, R. en TRAEST, P., “Het recht van verdediging in de onderzoeksfase”, *NC* 2008, afl. 2, 85-105.

VERLET, F., *Salduz Plus: een min voor politieverhoorders? Impact en draagvlak in Vlaanderen*, onuitg. Masterproef Rechten UGent, 2018, https://libstore.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/479/199/RUG01002479199_2018_0001_AC.pdf.

VANDERHALLEN, M., DE JONG, A., TELEN, H. en SPRONKEN, T., *Toga's in de verhoorkamer. De invloed van rechtsbijstand op het politieverhoor*, Boom Lemma Uitgevers, Den Haag, 2014, 195 p.

VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y., *Handboek EVRM, Deel 1*, Mortsel, Intersentia, 2005, 947 p.

VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y., *Handboek EVRM, Deel 2*, Mortsel, Intersentia, 2004, 1066 p.

VAN BOOM, W.H., “Empirisch privaatrecht: enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap”, *TPR* 2013, afl. 1, 7-84.

VAN CAUWENBERGHE, K., “De paradox van het zwijgrecht”, *DJK* 2020, afl. 405, 10.

VAN DE PLAS, M., “Inleiding” in SCHELLINGEN, R. en SCHOLTEN, N. (eds.), *Het verdachtenverhoor: meer dan het stellen van vragen*, Mechelen, Kluwer, 2014, 25-33.

VAN VOLSEM, F., “De straftoemeting in geval van een ontkennde maar schuldige beklaagde”, *RABG* 2013, afl. 12, 817-827.

VAN CAUWENBERGHE, K., “De paradox van het zwijgrecht”, *DJK* 2020, afl. 405, 10.

VAN DE HEYNING, C. en COPPENS, J., "Het bevel tot medewerking van artikel 88^{quater} Sv., het zwijgrecht en het verbod op zelfincriminatie" (noot onder Corr. Oost-Vlaanderen (afd. Dendermonde) 17 november 2014), *T.Strafr.* 2016, afl. 3, 260-265.

VAN DE HEYNING, C., “Het zwijgrecht in digitale tijden: de strijd om decryptiesleutels naar het Grondwettelijk Hof”, *T.Strafr.* 2019, afl. 6, 307-319.

VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2011, 1378 p.

VAN DEN WYNGAERT, C. en TRAEST, P., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2017, 1406 p.

VAN GAEVER, J., “Verhoor verdachten: zelfde regels voor politiediensten als voor onderzoeksrechter” (noot onder Cass. 24 januari 2012), *T. Strafr.* 2012, afl. 3, 172.

VAN PUYENBROECK, L. en DESCHEPPER, T., "Straftoemeting" in BEKAERT, P., DESCHEPPER, T., DE MEESTER, T., DE WINTER, J., MAES, J., MOONS, N., MUYLLE, J., OP DE BEECK, T., SWENNEN, J., TERSAGO, P., VAN DE HEYNING, C., VANDERMEERSCH, M., VAN PUYENBROECK, L. en VAN STEENBRUGGE, W. (eds.), *Handboek voor de advocaat-stagiair. Strafprocesrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2021, 229-255.

WAETERINCKX, P. en VAN DE HEYNING, C., *Mensenrechten in de praktijk*, Mortsel, Intersentia, 2016, 306 p.

BIJLAGEN

BIJLAGE 1: BEKNOPTE SAMENVATTING

Iedereen kent of heeft al gehoord van het zwijgrecht. In Angelsaksische stelsels wordt van dit recht melding gemaakt in de *caution*, ons allen bekend van de typische misdaadfilms- of series. Kort gesteld komt het zwijgrecht neer op het recht van verdachten om geen informatie mee te delen of om niet te moeten antwoorden de hen gestelde vragen. Op grond van het vermoeden van onschuld hebben verdachten het recht om hun verdediging te organiseren op een wijze die zij het meest effectief achten. Daarnaast kan niemand niemand worden gedwongen zichzelf te incrimineren. Het behoort immers tot de opdracht van het OM om de schuld van de verdachte te bewijzen, waarbij op geen enkele wijze druk of dwang mag worden uitgeoefend.

Wat het zwijgrecht betreft, blijkt dat bepaalde personen uit de praktijk moeite hebben met een verdachte die zich erop beroept. Waar rook is, is vuur; aldus politieambtenaren en strafrechters. Hierdoor wordt gevreesd dat strafrechters het zwijgen door de verdachte wel eens zouden kunnen afstraffen in de beslissing van de straftoemeting. Nochtans is het zwijgrecht een fundamenteel recht dat deel uitmaakt van de rechten van verdediging. De afstraffing van dit fundamenteel recht zou bijgevolg leiden tot een uitholling ervan en tot een schending van het vermoeden van onschuld waarvan het zwijgrecht deel uitmaakt.

In deze meesterproef werd aan de hand van een empirisch onderzoek nagegaan of rechters het zwijgen door verdachten verdisconteren in de straftoemeting. Enerzijds onderzoekt deze meesterproef in hoeverre zwijgen juridisch gezien consequenties mag hebben in de fase van de straftoemeting (*law in the books*). Of anders gesteld: zijn er juridische beperkingen aan het zwijgrecht? Anderzijds wordt onderzocht of rechters zich in de praktijk kunnen houden aan deze beperkingen en of zij niet verder gaan dan juridisch voorzien (*law in action*).

De eerste vraag peilt naar mogelijke juridische beperkingen die het zwijgrecht aan banden kunnen leggen. Uit een grondig literatuuronderzoek zijn enkele belangrijke bevindingen naar boven gekomen. Ten eerste is het vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie dat de rechter bij de straftoemeting geen rekening mag houden met de wijze waarop de verdachte zijn verdediging heeft georganiseerd. Er mogen in de straftoemeting dus geen negatieve gevolgen gekoppeld worden aan een beroep op het zwijgrecht.

Toch blijkt dat in bepaalde situaties beperkingen aan het zwijgrecht worden gesteld. Zo kunnen verdachten onderworpen worden aan dwangmaatregelen in het kader van een strafrechtelijk vooronderzoek. Het gaat om staalafnames van speeksel of bloed, maar ook huiszoekingen vallen onder deze categorie. Verder hebben verdachten de wettelijke plicht om de pincode of het wachtwoord van een gsm-toestel of een computer mee te delen waarvan vermoed wordt dat de verdachte er kennis van heeft. Wordt daaraan geen gevolg gegeven, dan kan de verdachte zelfs veroordeeld worden tot een gevangenisstraf van maximaal vijf jaar. Daarnaast kan een beroep op het zwijgrecht ertoe leiden dat de rechter weigert om een gunst – zoals de werkstraf of de probatieopschorting – toe te kennen. De rechter is immers wettelijk verplicht om de instemming van de verdachte te verkrijgen. Bovendien is de rechter nooit verplicht om een gunst toe te staan, zelfs niet wanneer de verdachte aan alle toepassingsvoorwaarden voldoet. Bijgevolg kan een beroep op het zwijgrecht wel degelijk in het nadeel van de verdachte spelen.

Aan de hand van de tweede vraag werd empirisch onderzocht of strafrechters zich in de praktijk aan deze beperkingen kunnen houden. Eerst en vooral kwam uit de resultaten voort dat ongeveer 10% van de respondenten het zwijgrecht bewust zou betrekken in de straftoemeting, waarvan de helft geneigd is om een hogere straf op te leggen. Bijgevolg lijken strafrechters zich te houden aan de juridische beperkingen die aan het zwijgrecht kunnen worden gesteld. Toch blijkt dat 40% van de respondenten onbewust rekening heeft gehouden met de strategie van de beklaagde. Hieruit volgt dat mensen zich niet altijd bewust zijn van de factoren die zij betrekken in hun beslissing. Bovendien is uit het onderzoek gebleken dat de respondenten ten aanzien van een zwijgende verdachte dubbel zo snel geneigd zijn om een lagere straf op te leggen dan ten aanzien van een ontkennende verdachte. Tot slot bleek dat de respondenten ten aanzien van de zwijgende verdachte sneller geneigd zijn om positieve factoren te betrekken in de straftoemeting en dat zij minder rekening houden met negatieve factoren.

Het antwoord op de onderzoeksvragen is bijgevolg genuanceerd. Enerzijds blijkt uit de wet dat er wel degelijk beperkingen aan het zwijgrecht kunnen worden gesteld. Anderzijds blijkt dat de strafrechter geen rekening mag houden met de verdedigingsstrategie van de verdachte. Uit het gevoerde onderzoek blijkt de impact van het zwijgrecht op de straftoemeting enigszins beperkt te zijn. Strafrechters lijken zich te houden aan de juridische beperkingen die aan het zwijgrecht kunnen worden gesteld. Er is dus geen sprake van een uitholling van het zwijgrecht, noch van een schending van het vermoeden van onschuld. Verdachten kunnen zich – op basis van dit onderzoek – met een gerust hart beroepen op het zwijgrecht.

BIJLAGE 2: CASUS

2.1. CASUS CONTROLEGROEP

Beklaagde

Kristjan **Meda**

geboren te Albanië op 14 maart 1999

van Albanese nationaliteit

zonder gekende woon- of verblijfplaats

thans aangehouden in de gevangenis van Brugge

bijgestaan door meester Vandoninck Julie, advocaat te Gent.

Tenlastelegging

Te Putte, op 22 oktober 2020

Een zaak die hem niet toebehoorde, bedrieglijk weggenomen te hebben, namelijk een gouden dameshorloge, ten nadele van Eva **Wouters**, geboren te Gent op 15 november 1967, en ten nadele van Samir **Hassan**, geboren te Kortrijk op 22 september 1973, met de omstandigheid dat de diefstal gepleegd werd door middel van braak en inklimming.

(art. 461 lid 1, en 463, lid 1 Sw.)

(art. 467 lid 1 en 2, 484 en 485 Sw.)

Bij de beoordeling van de gegrondheid van de tenlastelegging houdt de rechtbank rekening met volgende elementen van het strafdossier.

Achtergrond van beklagde

Beklaagde is 23 jaar, van Albanese origine en heeft in België een blanco strafblad. Politieel informatie uit het buitenland leert dat beklagde politieel gelinkt kan worden aan 20 woninginbraken in Frankrijk. Er worden weliswaar geen eerdere officiële veroordelingen bijgebracht.

Feiten

1. In de avond van 22 oktober 2020 deden meneer Hassan en mevrouw Wouters aangifte van een diefstal in hun woning in de Lijsterstraat 26 te Brugge. Zij wilden gaan slapen en zagen dat hun kamers op de eerste verdieping doorzocht waren. Uiteindelijk bleken er verschillende juwelen en een kostuum verdwenen te zijn. Schoenafdrukken in de dakgoot leerden dat er via het platte dak van de erker toegang tot het raam van de hoofdslaapkamer werd verschaft. Aan het slaapkamerraam kon men braaksporen vaststellen. Het koppel vermoedde dat de diefstal gebeurd moest zijn op het moment dat zij tussen 18.30 en 20.00 uur gaan wandelen waren.
2. Nazicht van de ANPR-camera's in de straat toonden aan dat een verdachte Renault Scenic met Frans kenteken op de avond van de feiten herhaaldelijk langs beide richtingen van de woning was gereden. De wagen stond op naam van beklaagde Meda. Het voertuig kon uiteindelijk onderschept worden met de beklaagde aan boord. In de koffer van het voertuig vond de politie een paar handschoenen, een werkkoffer met allerlei werktuigen, waaronder een beitel, een koevoet, schroevendraaiers, steeksleutels en een hamer. Beklaagde had een gsm op zak. Alle relevante goederen werden in beslag genomen.
3. Beklaagde Meda ontkent de feiten. Hij verklaart ten tijde van de feiten bij een vriend in Brugge te zijn geweest en dus geen inbraak te hebben gepleegd in de Lijsterstraat. Hij beweert enkele keren door de Lijsterstraat te hebben gereden om parking te zoeken.
4. Daarnaast leidde het onderzoek tot bijkomend bewijsmateriaal dat de betrokkenheid van beklaagde bij het tenlastegelegde feit bevestigde. Op het gsm-toestel van Meda werd retroactief telefonieonderzoek gedaan waaruit bleek dat het toestel verbinding maakte met een zendmast in Brugge, de plaats waar de diefstal werd gepleegd. Het tijdstip komt ook overeen met het moment waarop de slachtoffers gaan wandelen waren en de woning dus onbewaakt was.
5. Gelet op al deze elementen acht de rechtbank de tenlastelegging bewezen in hoofde van beklaagde.

2.2. CASUS EXPERIMENTELE GROEP

Beklaagde

Kristjan Meda

geboren te Albanië op 14 maart 1999

van Albanese nationaliteit

zonder gekende woon- of verblijfplaats

thans aangehouden in de gevangenis van Brugge

bijgestaan door meester Vandoninck Julie, advocaat te Gent.

Tenlastelegging

Te Putte, op 22 oktober 2020

Een zaak die hem niet toebehoorde, bedrieglijk weggenomen te hebben, namelijk een gouden dameshorloge, ten nadele van Eva **Wouters**, geboren te Gent op 15 november 1967, en ten nadele van Samir **Hassan**, geboren te Kortrijk op 22 september 1973, met de omstandigheid dat de diefstal gepleegd werd door middel van braak en inklimming.

(art. 461 lid 1, en 463, lid 1 Sw.)

(art. 467 lid 1 en 2, 484 en 485 Sw.)

Bij de beoordeling van de gegrondheid van de tenlastelegging houdt de rechtbank rekening met volgende elementen van het strafdossier.

Achtergrond van beklagde

Beklaagde is 23 jaar, van Albanese origine en heeft in België een blanco strafblad. Politie informatie uit het buitenland leert dat beklagde politieel gelinkt kan worden aan 20 woninginbraken in Frankrijk. Er worden weliswaar geen eerdere officiële veroordelingen bijgebracht.

Feiten

1. In de avond van 22 oktober 2020 deden meneer Hassan en mevrouw Wouters aangifte van een diefstal in hun woning in de Lijsterstraat 26 te Brugge. Zij wilden gaan slapen en zagen dat hun kamers op de eerste verdieping doorzocht waren. Uiteindelijk bleken er verschillende juwelen en een kostuum verdwenen te zijn. Schoenafdrukken in de dakgoot leerden dat er via het platte dak van de erker toegang tot het raam van de hoofdslaapkamer werd verschaft. Aan het slaapkamerraam kon men braaksporen vaststellen. Het koppel vermoedde dat de diefstal gebeurd moest zijn op het moment dat zij tussen 18.30 en 20.00 uur gaan wandelen waren.
2. Nazicht van de ANPR-camera's in de straat toonden aan dat een verdachte Renault Scenic met Frans kenteken op de avond van de feiten herhaaldelijk langs beide richtingen van de woning was gereden. De wagen stond op naam van beklaagde Meda. Het voertuig kon uiteindelijk onderschept worden met de beklaagde aan boord. In de koffer van het voertuig vond de politie een paar handschoenen, een werkkoffer met allerlei werktuigen, waaronder een beitel, een koevoet, schroevendraaiers, steeksleutels en een hamer. Beklaagde had een gsm op zak. Alle relevante goederen werden in beslag genomen.
3. Beklaagde Meda geeft aan zich te beroepen op zijn zwijgrecht. De politie stelt nog enkele vragen (waar hij die bewuste avond was, met welke auto hij rijdt, wat zijn gezinssituatie is), maar Meda blijft zijn zwijgrecht inroepen waarna het verhoor wordt afgesloten.
4. Daarnaast leidde het onderzoek tot bijkomend bewijsmateriaal dat de betrokkenheid van beklaagde bij het tenlastegelegde feit bevestigde. Op het gsm-toestel van Meda werd retroactief telefonieonderzoek gedaan waaruit bleek dat het toestel verbinding maakte met een zendmast in Brugge, de plaats waar de diefstal werd gepleegd. Het tijdstip komt ook overeen met het moment waarop de slachtoffers gaan wandelen waren en de woning dus onbewaakt was.
5. Gelet op al deze elementen acht de rechtbank de tenlastelegging bewezen in hoofde van beklaagde.

BIJLAGE 3: VRAGENLIJSTEN

3.1. VRAGENLIJST CONTROLEGROEP

Vraag 1: Welke straf zou u opleggen aan de beklaagde? Voor diefstal met braak en inklimming voorziet de wet een strafvork van 5 tot 10 jaar opsluiting.

- 5 jaar
- 6 jaar
- 7 jaar
- 8 jaar
- 9 jaar
- 10 jaar
- Anders, namelijk

Vraag 2: Wat heeft uw beslissing voor deze straf beïnvloed? (meerdere antwoorden mogelijk)

- De leeftijd van de beklaagde
- De aard en de ernst van de feiten
- Het feit dat de beklaagde ontkent
- Het gebrek aan normbesef en aan respect voor andermans eigendom
- Het feit dat beklaagde nog een blanco strafregister heeft
- Anders, namelijk

Vraag 3: Indien in vraag 2 “het feit dat de beklaagde ontkent” werd aangeduid: Hoe heeft u het ontkennen door de beklaagde meegenomen in de straftoemeting?

- Neiging om hoger te straffen
- Neiging om lager te straffen
- Anders, namelijk

Vraag 4: Indien in vraag 2 “het feit dat de beklaagde ontkent” werd aangeduid: Zou uw straf anders zijn indien de beklaagde zou zwijgen? En zo ja, op welke manier zou uw straf dan verschillen?

- Neiging om hoger te straffen
- Neiging om lager te straffen
- Mijn straf zou niet anders zijn
- Anders, namelijk

Vraag 5: Indien in vraag 2 “het feit dat de beklaagde ontkent” werd aangeduid: Zou uw straf anders zijn indien de beklaagde zou bekennen? En zo ja, op welke manier zou uw straf dan verschillen?

- Neiging om hoger te straffen
- Neiging om lager te straffen
- Mijn straf zou niet anders zijn
- Anders, namelijk

Vraag 6: Indien in vraag 2 “het feit dat de beklaagde ontkent” NIET werd aangeduid: Zou uw straf anders zijn indien de beklaagde zou zwijgen? En zo ja, op welke manier zou uw straf dan verschillen?

- Neiging om hoger te straffen
- Neiging om lager te straffen
- Mijn straf zou niet anders zijn
- Anders, namelijk

Vraag 7: Indien in vraag 2 “het feit dat de beklaagde ontkent” NIET werd aangeduid: Zou uw straf anders zijn indien de beklaagde zou bekennen? En zo ja, op welke manier zou uw straf dan verschillen?

- Neiging om hoger te straffen
- Neiging om lager te straffen
- Mijn straf zou niet anders zijn
- Anders, namelijk

Vraag 8: Hoe zeker bent u over de **schuld** van beklaagde Meda?

- Zeer zeker
- Eerder zeker (= boven elke redelijke twijfel zeker)
- Geen mening
- Eerder niet zeker
- Niet zeker

Vraag 9: Zou u overgaan tot **bewezenverklaring van de schuld** en beklaagde Meda bijgevolg veroordelen op basis van de bovenvermelde gegevens uit het strafdossier?

- Ja
- Neen

Bent u een student uit de bachelor of uit de master?

- Bachelor
- Master

Heel erg bedankt voor uw deelname aan dit experiment. Indien u kans wenst te maken op twee cinematickets, vul dan hieronder uw e-mailadres in. De winnaar zal na afloop van het experiment gecontacteerd worden.

3.2. VRAGENLIJST EXPERIMENTELE GROEP

Vraag 1: Welke straf zou u opleggen aan de beklaagde? Voor diefstal met braak en inklimming voorziet de wet een strafvork van 5 tot 10 jaar opsluiting.

- 5 jaar
- 6 jaar
- 7 jaar
- 8 jaar
- 9 jaar
- 10 jaar
- Anders, namelijk

Vraag 2: Wat heeft uw beslissing voor deze straf beïnvloed? (meerdere antwoorden mogelijk)

- De leeftijd van de beklaagde
- De aard en de ernst van de feiten
- Het feit dat de beklaagde zwijgt
- Het gebrek aan normbesef en aan respect voor andermans eigendom
- Het feit dat beklaagde nog een blanco strafregister heeft
- Anders, namelijk

Vraag 3: Indien in vraag 2 “het feit dat de beklaagde ontkent” werd aangeduid: Hoe heeft u het zwijgen door de beklaagde meegenomen in de straftoemeting?

- Neiging om hoger te straffen
- Neiging om lager te straffen
- Anders, namelijk

Vraag 4: Indien in vraag 2 “het feit dat de beklaagde zwijgt” werd aangeduid: Zou uw straf anders zijn indien de beklaagde zou ontkennen? En zo ja, op welke manier zou uw straf dan verschillen?

- Neiging om hoger te straffen
- Neiging om lager te straffen
- Mijn straf zou niet anders zijn
- Anders, namelijk

Vraag 5: Indien in vraag 2 “het feit dat de beklaagde zwijgt” werd aangeduid: Zou uw straf anders zijn indien de beklaagde zou bekennen? En zo ja, op welke manier zou uw straf dan verschillen?

- Neiging om hoger te straffen
- Neiging om lager te straffen
- Mijn straf zou niet anders zijn
- Anders, namelijk

Vraag 6: Indien in vraag 2 “het feit dat de beklaagde zwijgt” NIET werd aangeduid: Zou uw straf anders zijn indien de beklaagde zou ontkennen? En zo ja, op welke manier zou uw straf dan verschillen?

- Neiging om hoger te straffen
- Neiging om lager te straffen
- Mijn straf zou niet anders zijn
- Anders, namelijk

Vraag 7: Indien in vraag 2 “het feit dat de beklaagde zwijgt” NIET werd aangeduid: Zou uw straf anders zijn indien de beklaagde zou bekennen? En zo ja, op welke manier zou uw straf dan verschillen?

- Neiging om hoger te straffen
- Neiging om lager te straffen
- Mijn straf zou niet anders zijn
- Anders, namelijk

Vraag 8: Hoe zeker bent u over de **schuld** van beklaagde Meda?

- Zeer zeker
- Eerder zeker (= boven elke redelijke twijfel zeker)
- Geen mening
- Eerder niet zeker
- Niet zeker

Vraag 9: Zou u overgaan tot **bewezenverklaring van de schuld** en beklaagde Meda bijgevolg veroordelen op basis van de bovenvermelde gegevens uit het strafdossier?

- Ja
- Neen

Bent u een student uit de bachelor of uit de master?

- Bachelor
- Master

Heel erg bedankt voor uw deelname aan dit experiment. Indien u kans wenst te maken op twee cinematickets, vul dan hieronder uw e-mailadres in. De winnaar zal na afloop van het experiment gecontacteerd worden.