

Het zwijgrecht in het nadeel van de verdachte

Implicaties van de op Britse leest geschoeide ‘adverse inferences’-rechtspraak van het EHRM voor de Nederlandse strafrechtspleging

Pinar Ölçer*

* Mr.dr. F.P. Ölçer is universitair hoofddocent straf- en strafprocesrecht bij het Instituut voor Strafrecht & Criminologie van de Universiteit Leiden.

1 Zie in verband met discussie ter zake o.a.: D. van Dijk, ‘Zwijgrecht in Strafzaken. Spreken is Zilver’, *Adv.bl.* 2017, afl. 5, p. 31-34; G.H. Meijer & R. ter Haar, ‘Zwijgrecht en procesopstelling: het toenemende belang van het uitblijven van een aannemelijke verklaring op de bewijsbeslissing’, *TPWS* 2018/23, afl. 27, p. 46-63; S. van Merm, A. de Haas & Th.A. de Roos, ‘Zwijgrecht afzwakken of afpakken?’, *Adv.bl.* 2020, afl. 5, p. 53-54; J.H. Crijns & M.J. Dubelaar, ‘Erosion of the Right to Silence in Dutch Criminal Justice’, in: L. Eidam, M. Lindemann & A. Ransiek (red.), *Interrogation, Confession and Truth* (Comparative Studies in Criminal Procedure, Schriften zum Internationalen und Europäischen Strafrecht 43), Baden-Baden: Nomos 2020, p. 139-144 en p. 148-150 en Y. Daly, A. Pivatty, D. Marchesi & P. ter Vrugt, ‘Human Rights Protections in Drawing Inferences from Criminal Suspects’ Silence’, *Human Rights Law Review* (21) 2021, afl. 3, p. 696-723. Zie recent in de media o.a. P. de Graaf, ‘Is beroepen op het zwijgrecht beter dan liegen?’, *de Volkskrant* 29 november 2019 en K. Smouter, ‘Het zwijgen van de verdachte kan tegen hem worden gebruikt’, *NRC Handelsblad* 19 november 2020.

2 Overigens gaat het daarbij niet om een nieuwe positiebepaling: de Hoge Raad is reeds in 1972 begonnen met een antwoord te formuleren op de vraag of gebruik in het nadeel in het kader van de bewijsbeslissing een optie is en kwam finaal tot be-

Momenteel wordt actief discussie gevoerd over een bepaalde vorm van beperking van het zwijgrecht van de verdachte in strafzaken, waarbij het gegeven dat de verdachte zwijgt tot nadeel leidt in het kader van de bewijsbeslissing. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft al vrij lang geleden toetsingsmaatstaven ontwikkeld voor een dergelijke omgang met het zwijgrecht, maar het van toepassing zijnde kader is ingewikkeld en op verschillende punten vatbaar voor verschillende interpretaties. Bovendien is opvallend dat de rechtspraak van het EHRM vooral georiënteerd is op het Britse systeem, hetgeen ook aanleiding geeft, in het licht van de mogelijkheid dat in Nederland sprake is van in ieder geval groeiende belangstelling voor de optie van nadeel verbinden aan het zwijgen, de Straatsburgse eisen gedetailleerd in beschouwing te nemen.

1 Inleiding

Een van de actuele discussies over het zwijgrecht ziet op de vraag in hoeverre aan het zwijgen nadelige bewijsrechtelijke gevolgen kunnen worden verbonden.¹ In dat verband is het belangrijk tot uitgangspunt te nemen dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM, hierna ook: Hof) het gebruik van het zwijgen in het nadeel van de verdachte, onder omstandigheden, niet onverenigbaar acht met het recht op een eerlijk proces zoals gegarandeerd in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Daaruit volgt ook dat de Hoge Raad, gezien vanuit verdragsverplichtingen, in principe eveneens goedkeurt dat het zwijgen een rol kan spelen in de bewijsbeslissing.²

Daarmee is echter te weinig gezegd. Zeker wanneer in Nederland sprake zou zijn van een trend, waarbij enerzijds verdachten vaker zwijgen en anderzijds rechters vaker overgaan tot het verbinden van gevolgen daaraan,³ dient er zekerheid te zijn over de precieze voorwaarden waaronder het EHRM het een en ander sanctioneert. De Straatsburgse rechtspraak over deze praktijk, die in de terminologie van het Hof als ‘the drawing of “adverse inferences” from silence’ is benoemd,⁴ kent ingewikkelde aspecten en mondt uit in een geraffineerd toetsingskader, hetgeen om secure bezinning vraagt.⁵ Daarnaast geldt (algemeen, maar ook in deze context), dat het feit dat het EHRM iets toestaat, niet steeds met zich meebrengt dat het ook wenselijk is

gebruik te maken van (de volle ruimte van) dat verlot. Kritische beschouwing van de keuzes die het EHRM maakt is ook noodzakelijk, terwijl lidstaten altijd de vrijheid hebben bredere rechtsbescherming te bieden, of daaraan vorm te geven op een wijze die het beste aansluit bij het eigen systeem.

De rechtspraak van het EHRM over 'adverse inferences' noopt tot bijzondere oplettendheid. Opvallend is namelijk dat, met een zeer klein aantal uitzonderingen, deze rechtspraak gewezen is in zaken tegen het Verenigd Koninkrijk

De rechtspraak van het EHRM over 'adverse inferences' (negatieve gevolgtrekkingen) noopt echter ook om een andere reden tot bijzondere oplettendheid. Opvallend is namelijk dat, met een zeer klein aantal uitzonderingen, deze rechtspraak gewezen is in zaken tegen het Verenigd Koninkrijk. Een klachtenstroom ter zake kwam in Straatsburg op gang kort na de invoering en toepassing van twee wettelijke regelingen aldaar, te weten de Criminal Evidence (Northern Ireland) Order (CENIO) en de Criminal Justice and Public Order Act (CJPOA), respectievelijk in 1988 en 1994.⁶ De grote rol die deze Britse wetgeving speelt in de 'adverse inferences'-rechtspraak⁷ leidt tot belangrijke verdere vragen. In hoeverre is het Straatsburgse kader mogelijk (te) sterk georiënteerd op het Britse recht en systeem, dat vergaande afwijkingen kent van het Nederlandse? Liggen daarin belemmeringen voor overname van de Straatsburgse kaders in Nederland,⁸ althans zonder transpositie met inachtneming van contextuele verschillen?⁹

Deze bijdrage is georiënteerd op de 'adverse inferences'-rechtspraak van het EHRM, met het oog op reflectie op de hierboven opgeworpen vragen. Na een inleidende algemene karakterisering van de relevante Straatsburgse rechtspraak, vooral ter duiding van de belangrijke rol die het Britse recht in de vorming van het Straatsburgse toetsingskader heeft

gespeeld (in par. 2), worden de elementen van dat kader afzonderlijk geanalyseerd (in par. 3). De bijdrage wordt (in par. 4) afgesloten met een aantal concluderende beschouwingen.

2 De 'adverse inferences'-rechtspraak van het EHRM

2.1 Klachten tegen het Verenigd Koninkrijk

Binnen de 31 zaken waarin bij het EHRM geklaagd is over schending van het zwijgrecht zoals gegarandeerd in artikel 6 EVRM wegens de toepassing van 'adverse inferences', gaat het in 26 gevallen om klachten tegen het Verenigd Koninkrijk.¹⁰ De overige vijf gevallen betreffen klachten tegen Oostenrijk, Malta, Zweden en Nederland.¹¹ In 24 gevallen is de klacht niet-ontvankelijk verklaard. Het EHRM heeft aldus enkel in zeven zaken uitspraak gedaan.¹² De eerste uitspraak in deze reeks betrof *John Murray t. het Verenigd Koninkrijk*, gewezen op 8 februari 1996. De laatste Britse zaak is die van *O'Donnell t. het Verenigd Koninkrijk*,¹³ van 7 april 2015. Van de zeven uitspraken is enkel *John Murray* van de Grote Kamer. Binnen de zeven uitspraken is driemaal een schending van artikel 6 EVRM vastgesteld wegens de toepassing van 'adverse inferences'.¹⁴

Wat blijkt uit deze gegevens? In de eerste plaats, dat het EHRM niet erg afkeurend is (geweest) waar het om de toepassing van 'adverse inferences' gaat, althans niet voor zover dat zich heeft afgespeeld in de Britse zaken. Een score van drie schendingen in zeven uitspraken klinkt evenwichtig, maar, omdat zij vooral wegens kennelijke ongegrondheid niet-ontvankelijk zijn verklaard, dienen de ontvankelijkheidsbeslissingen ook meegerekend te worden als zaken waarin *geen* schending is vastgesteld. Dan komt het neer op *maar* drie schendingen in 31 gevallen. In de tweede plaats bevestigen de gegevens de belangrijke rol die het Britse recht heeft gespeeld in de vorming van het Straatsburgse kader. Dat wordt, zoals hieronder zal blijken, overigens verder geaffirmeerd door de inhoud: de elementen van het Straatsburgse kader vallen in belangrijke mate samen met Britse (wettelijke en jurisprudentiële) regels. Ook de terminologie die het Hof gebruikt om het fenomeen te benoemen, 'the drawing

slechting ervan in 1975. Zie N. Jörg, in: Melai/Groenhuijsen e.a., *Het wetboek van strafvordering*, art. 29, aant. 17.1, en meer algemeen over de gevolgen van het zwijgen ook in verband met de Straatsburgse rechtspraak, aant. 17.2-17.3 (online, laatst bijgewerkt op februari 2016). Zie Meijer & Ter Haar 2018, p. 46, die wijzen op HR 3 juni 1997, ECLI: NL:HR:1997:ZD0733, *NJ* 1997/584 als arrest waarin de Hoge Raad deze positie ook bepaalde op basis van de rechtspraak van het EHRM.

- 3 Zie Smouter 2020, waarin Lonneke Stevens, hoogleraar strafrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam, aangeeft dat zo een indruk wel bestaat, maar het 'nog niet met zekerheid te zeggen' is, terwijl thans onderzoek wordt verricht om te bepalen of 'dit beeld klopt'. Zie Stevens ook over onderzoek in deze zin, (als ook ander relevant eerder onderzoek naar het verband tussen vroege rechtsbijstand en zwijgen bij politieverhoor), in Van Dijk 2017, p. 33 en De Graaf 2019. Zie ook Meijer & Ter Haar 2018, p. 46, die erop wijzen dat de Hoge Raad voornoemd arrest van 3 juni 1997 'opnieuw onder de aandacht heeft gebracht door het in juli 2016 op rechtspraak.nl te publiceren', hetgeen de auteurs verbinden met een recente ontwikkeling in de rechtspraak, waarbij de Hoge Raad breder toestaat dat de 'procesopstelling' van de verdachte in specifieke contexten een (doorslaggevende) rol speelt. Zie ook Crijns & Dubelaar 2020, p. 141-144 en p. 148-150, die een (meer algemene) trend waarnemen waarbij de Hoge Raad een meer liberale houding aanneemt ten opzichte van beperkingen van het zwijgrecht, o.a. ook door het verbinden van nadelige gevolgen aan het zwijgen (ook op de wijze door Meijer & Ter Haar 2018 bedoeld). Zie over dat laatste nader, par. 4.

- 4 In het Britse recht wordt het concept van 'inferences' (ook wel 'legitimate inferences') breder gebruikt dan enkel wanneer het gaat om het verbinden van nadelige gevolgen aan het zwijgen. In de meer algemene betekenis van de term gaat het om het 'afleiden' van conclusies uit ander bewijs. De ('adverse') toepassing in de context van het zwijgen betreft aldus een specifieke variant (zie daarover nader, par. 3.3). In deze bijdrage wordt, tenzij anders aangegeven, met 'adverse inferences' steeds gedoeld op die laatste vorm van toepassing.

- 5 Voorop dient te staan dat relevante EHRM-rechtspraak bekend is in de Nederlandse rechtspraak. De Hoge Raad gebruikt daarbij eigen terminologie om het fenomeen te duiden (zie daarover nader par. 4). Zie voor bespreking van de Straatsburgse rechtspraak o.a. L. Stevens, *Het nemo-tenetur beginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen:



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

Wolf Legal Publishers 2005, p. 11-14; N. Jörg, in: Melai/Groenhuijsen e.a., *Het wetboek van strafvordering*, art. 29, aant. 17.2, (online, laatst bijgewerkt op februari 2016); Meijer & Ter Haar 2018, p. 47-51; Crijns & Dubelaar 2020, p. 139-144 en 148-150 en Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 696-723.

6 Zie voor deze regelingen resp. www.legislation.gov.uk/nisi/1988/1987/contents en www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents, laatst geraadpleegd op 20 september 2021.

7 Zie ook Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 699-700.

8 Zie in dit verband de 'concurring opinion' van rechter Wojtyczek bij EHRM 7 april 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0407JUD001666710 (*O'Donnell t. het Verenigd Koninkrijk*).

9 Zie ook Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, die, met illustraties, wijzen op het belang van begrip van de wijze waarop het zwijgrecht (praktisch) functioneert in verschillende 'procedurele en institutionele' contexten in verschillende jurisdicties, p. 702-703 en 721.

10 Dit resultaat is behaald door op de exacte term 'adverse inferences' te zoeken in de jurisprudentiële database van het EHRM, HUDOC, en daaruit de 31 zaken te filteren.

of adverse inferences from silence', is aan het Britse recht ontleend. Er zijn aldus inderdaad sterke aanwijzingen dat het Straatsburgse kader dient te worden opgevat als een respons op Britse regelingen en mede in het licht daarvan dient te worden begrepen.

In de derde plaats is interessant dat het 'adverse inferences'-thema in een afgebakende periode heeft gespeeld bij het EHRM. Die periode startte als gezegd kort na de invoering van de (wezenlijk identieke) CENIO 1988 (voor Noord-Ierland) en CJPOA 1994 (voor Engeland en Wales). In de loop der jaren werden die regelingen in het Verenigd Koninkrijk aangevuld en bijgesteld, in rechtspraak en richtlijnen (voor aanklagers en rechters).¹⁵ Die ontwikkeling op nationaal niveau ging gepaard met simultaan toezicht en feedback vanuit Straatsburg. De klachten hielden op, toen het Britse 'adverse inferences'-systeem, vermoedelijk mede via dialoog met het EHRM, uiteindelijk stabiliseerde, in een in principe verdragsconforme vorm. In wezen zijn daarmee de Britse regeling en het Straatsburgse kader samen geëvolueerd,

tot een punt van wederzijdse tevredenheid werd bereikt. Dat zou verklaren waarom er al een flink aantal jaren geen klachten meer zijn vanuit het Verenigd Koninkrijk, omdat inmiddels welbekend is dat de gang naar Straatsburg niet meer kansrijk is. Daarmee lijkt het erop dat het vooral de Britse regelingen en toepassing daarvan zijn die goedgekeurd zijn door het Hof.

Het lijkt erop dat het vooral de Britse regelingen en toepassing daarvan zijn die goedgekeurd zijn door het Hof

2.2 De Britse regelingen

Ter nader begrip van de Straatsburgse rechtspraak is het dan ook nuttig een beeld te schetsen van de kernaspecten van de Britse regelingen die daarbinnen zijn getoetst. Inhoudelijk waren de CENIO 1988 en de CJPOA 1994 zeer vergelijkbaar, waardoor hier alleen de laatste regeling wordt besproken. Het gaat daarbij om

een aantal bepalingen, vervat in Secties 34-38.¹⁶ Opvallend is dat daarin onderscheid wordt gemaakt tussen zwijgen in verschillende vervolgingsfasen alsmede in verschillende typen gegevens die aanleiding kunnen geven tot de toepassing van 'adverse inferences'.

Sectie 34 heeft betrekking op 'adverse inferences' die kunnen worden toegepast wanneer de ge cautioneerde verdachte zwijgt *in het vooronderzoek* (bij verhoor). Bij cautie wordt de verdachte ingelicht over zijn zwijgrecht, maar ook over de gevolgen die daaraan kunnen worden verbonden.¹⁷ Zwijgen bij verhoor is echter niet genoeg, de optie van een 'adverse inference' wordt pas 'getriggerd' wanneer de verdachte vervolgens ter zitting wel verklaart, en daarbij steunt op feit(en) 'which in the circumstances existing at the time the accused could reasonably have been expected to mention when so questioned'.¹⁸ Een Sectie 34-'adverse inference' is dus *niet* aan de orde indien (i) de verdachte ook ter zitting blijft zwijgen, of (ii) zijn verklaring ter zitting enkel ziet op feiten en omstandigheden waarvan *niet* redelijkerwijs had kunnen worden verwacht dat hij die bij verhoor had kunnen noemen (ook omdat hij niet op de hoogte was daarvan).¹⁹ Onder andere is zo een verwachting niet redelijk omdat hem daarover geen vraag werd gesteld of wanneer hij tijdens het verhoor niet op de hoogte was van het feit.²⁰

Sectie 35 ziet op 'adverse inferences' bij zwijgen *bij het onderzoek ter terechtzitting*. Een belangrijke wettelijke beperking in dit verband is dat een 'adverse inference' op deze basis niet kan worden toegepast wanneer een gerecht van oordeel is dat de fysieke of geestelijke toestand van de verdachte het onwenselijk maakt dat hij bewijs levert. Het kan daarbij ook gaan om kwetsbare verdachten in meer algemene zin, zoals in verband met minderjarigheid, geestesziekte, of intellectuele vermogens, maar ook meer incidentele omstandigheden.²¹ Ook in dit verband is voorwaarde voor de toepassing van een 'adverse inference' dat de verdachte ge cautioneerd is met betrekking tot eventuele gevolgen van het zwijgen.

Secties 36 en 37 hebben betrekking op *specifieke typen gegevens of feiten*, ten aanzien waarvan een verklaring wordt verlangd van de verdachte. In Sectie 36 gaat het om 'objects, substances or marks',

die op of aan het lichaam of kleding van de verdachte of de plek van zijn aanhouding worden gevonden, aldus om fysiek en forensisch bewijs. Bij Sectie 37 gaat het om de aanwezigheid van de verdachte op de plaats delict of in de nabijheid daarvan, kort na het feit. Sectie 38 geeft voorts een aantal definities en bevat de belangrijke beperking (in het derde lid) dat een schuldvaststelling niet 'solely' op basis van een 'adverse inference' vanwege het zwijgen tot stand komt.²² 'Inferences' op basis van alle secties kunnen worden ingezet in juryzaken en zaken die door een rechter worden behandeld.²³ Voor juryzaken bestaan gedetailleerde richtlijnen voor hoe de jury dient te worden geïnstrueerd ten aanzien van 'adverse inferences'.

Opvallend is dat terwijl via een gedetailleerde regeling een goede afbakening wordt bewerkstelligd van de toepassingsruimte, die ruimte in deze regelingen in sommige opzichten ook groot is. Dat geldt vooral bij Sectie 34, op basis waarvan het tegen de verdachte kan blijven werken dat hij in het vooronderzoek heeft gezwezen (over bepaalde feiten), terwijl hij wel openheid van zaken geeft bij het onderzoek ter terechtzitting. Gelet op de erkende (meer) preciaire positie van de verdachte bij het vooronderzoek, is het opmerkelijk dat een zwijgende proceshouding in die vroege fase (zeker bij eerste verhoren) zoveel impact kan hebben. Overigens hanteert het EHRM als standpunt dat Sectie 34-'adverse inferences' problematischer zijn dan andere varianten, en bij de toepassing daarvan nadere zorgvuldigheid aan de orde is.²⁴

Dat verdere voorzichtigheid geboden is bij Sectie 34-toepassingen, is begrijpelijk, gelet op de moeilijke beoordelingen waar toe deze modaliteit aanleiding kan geven. Zo is van belang wanneer²⁵ en waarover een verdachte heeft gezwezen. Indien een verdachte bij verhoor een aanvang maakt met een lijn van verdediging of een verweer waarop hij later steunt, ligt het niet in de rede om Sectie 34 toe te passen, enkel omdat eerder sommige details ontbraken.²⁶ Dan moet wel goed geselecteerd worden welke details eerder hadden moeten worden genoemd. Al dan niet schriftelijke verklaringen ('prepared and self-serving statements') die tussen verhoor en ter terechtzitting worden aangeboden (terwijl de verdachte blijft weigeren vragen te beantwoorden ter zitting) om

In totaal geeft HUDOC op die exacte term veel meer resultaten weer, in het merendeel daarvan wordt de term in een andere context gebruikt. Niet valt uit te sluiten dat er ook andere relevante uitspraken en beslissingen zijn die niet op HUDOC zijn gepubliceerd dan wel waarin de exacte term 'adverse inferences' niet wordt gebezigd (zoals de Franstalige ontvankelijkheidsbeslissing in EHRM 2 mei 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0502DEC002357207 (*Zschüschen t. België*), die wel wordt genoemd door Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 712-713) en de door Bemelmans genoemde EHRM 13 december 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1213DEC001310203 (*Narinen t. Finland*), Zie: J.H.B. Bemelmans, *Tot dat het tegendeel is bewezen. De onschuldpresumptie in rechtshistorisch, theoretisch, internationaalrechtelijk en Nederlands strafprocesrechtelijk perspectief* (diss. Nijmegen), Zutphen: Wolters Kluwer 2018, p. 240. Weer andere zaken (zoals EHRM 20 maart 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0320JUD003350196 (*Telfner t. Oostenrijk*)), zijn eveneens niet meegenomen in de telling, omdat, ondanks dat 'adverse inferences' daarin ook een rol spelen, de klachten (meer) georiënteerd zijn op de onschuldpresumptie, zoals gegarandeerd in art. 6 lid 2 EVRM. In deze bijdrage wordt ook niet ingegaan op eventuele implicaties die de toepassing van 'adverse inferences' zouden kunnen hebben op het nemo-tenetur-beginsel, buiten de context van het zwijgrecht, zoals wanneer nadelige gevolgen zouden kunnen worden verbonden aan de weigering van een verdachte fysiek (of wilsonafhankelijk) bewijs te verstrekken. Zie ook in dat verband Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 697.

11 EHRM 18 maart 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0318JUD001320105 (*Krumpholz t. Oostenrijk*); EHRM 6 februari 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:0206DEC004060712 (*Krauss t. Oostenrijk*); EHRM 8 september 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0908DEC001879007 (*Ellul t. Malta*); EHRM 22 maart 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0322DEC006793001 (*Bäckström en Andersson t. Zweden*) en EHRM 21 oktober 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:1021DEC003805497 (*Brown t. Nederland*).

12 Thans zijn er geen nieuwe gecommuniceerde zaken aanhangig waarin over de toepassing van 'adverse inferences' wordt geklaagd, tegen het Verenigd Koninkrijk of een andere lidstaat.

13 De zeven uitspraken zijn: EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191 (*John Murray t. het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 8 oktober 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1008JUD004465298 (*Beckles t. het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 6 juni 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0606JUD003640897 (*Averill t. het Verenigd Koninkrijk*); EHRM

2 mei 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0502JUD003571897 (*Condrón t. het Verenigd Koninkrijk*); EHRM 18 maart 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0318JUD001320105 (*Krumpholz t. Oostenrijk*); EHRM 20 april 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0420JUD004683406 (*Adetoro t. het Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 7 april 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0407JUD001666710 (*O'Donnell t. het Verenigd Koninkrijk*).

14 Dat gebeurde in *Condrón* en *Beckles*, beide tegen het Verenigd Koninkrijk, en *Krumpholz*.

15 Dat is ook door het EHRM benadrukt, zie *Condrón*, par. 55.

16 De weergave van het Britse recht hier is ontleend aan de Prosecution Guidance (een code bevattende richtlijnen voor Crown Prosecutors, uitgebracht door de Director of Public Prosecution), voor zover die ziet op 'adverse inferences' in de zin van de CJPOA 1994. Zie: Website Crown Prosecution Service, www.cps.gov.uk/legal-guidance/adverse-inferences (20 september 2021) (hierna: CPS Guidance).

17 Zie voor de cautie in *John Murray* (waarin de CENIO 1988 werd toegepast), par. 11 van de uitspraak.

18 Sectie 34 lid 1 onder (c) CJPOA 1994 en CPS Guidance. Een 'feit' in de zin van deze bepaling wordt ruim uitgelegd: ook als de verdachte niet actief deelneemt aan de bewijsoverlevering (door zelf te verklaren dan wel bewijs aan te bieden), kan het gegeven dat door de raadsman van de verdachte een 'specific case' wordt voorgelegd aan een belastende getuige Sectie 34 in werking stellen, CPS Guidance.

19 Zie voor een illustratie in de Straatsburgse rechtspraak van problematiek in dat laatste verband, *Averill*, par. 28.

20 CPS Guidance.

21 CPS Guidance.

22 Een bijzondere wettelijke regeling bestaat voorts in Secties 6 en 6A van de Domestic Violence, Crime and Victims Acts (DVCVA) 2004, in geval van een vervolging op basis van Sectie 5 van die wet, in verband met 'causing or allowing a child or vulnerable adult to die or suffer physical harm', CPS Guidance.

23 Een aanklager kan het initiatief nemen en bevorderen dat 'adverse inferences' worden toegepast, doch dient dat alleen te gebeuren indien dat noodzakelijk is in de concrete zaak, CPS Guidance.

24 *Averill*, par. 49 en EHRM 9 november 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:1109DEC003874597 (*Fox t. het Verenigd Koninkrijk*). In de beide Britse zaken waarin een schending is vastgesteld waren ook Sectie 34-inferences aan de orde.

25 Zie voor discussie op dit punt *Beckles*, par. 62.

26 CPS Guidance.

27 Zie de CPS Guidance nader over zogeheten 'prepared and self-serving statements'.

de toepassing van Sectie 34 te blokkeren, dienen onder het Britse recht ook te worden getoetst op consistentie; zij bieden aldus geen 'automatische immuniteit'.²⁷ Praktisch bezien kan ook gewezen worden op de onwenselijke werking die een Sectie 34-'inference' zou kunnen hebben in de vorm van een stimulans om te blijven zwijgen bij het onderzoek ter terechtzitting. In dat geval kan weliswaar een Sectie 35-'adverse inference' worden toegepast, maar de combinatie van de opties kan met zich meebrengen dat moeilijke processtrategieën ontwikkeld moeten worden. Zo kan de verdachte besluiten ter zitting te verklaren, maar daarbij genoodzaakt zijn ingewikkelde manoeuvres te maken om weg te blijven van feiten waarvan gezegd kan worden dat die redelijkerwijs reeds bij verhoor hadden kunnen worden genoemd. Dat kan belemmeren dat de verdachte, die dat wellicht wil doen, ter zitting vrijuit kan verklaren. Deze problematiek bestaat omdat de Britse regeling niet blokkeert dat de verschillende typen 'adverse inferences' gecumuleerd kunnen worden toegepast, in welk geval het zwijgen in verschillende fasen en ten opzichte van verschillende typen feiten een opeengestapelde rol kan spelen.²⁸ Dat laatste kan overigens tot nadere problematiek leiden, namelijk dat het zwijgen (ongemerkt) een (te) groot gewicht krijgt in een bewijsconstructie.²⁹

Voorts toont zich hier hoe belangrijk nationale systeemverschillen kunnen zijn. Aan Sectie 34 ligt namelijk vooral een bijzondere ratio ten grondslag: 'the mischief at which the provision [is] primarily directed', is namelijk het fenomeen van de 'ambush defence'.³⁰ Ofwel, de beperkingsratio is om te voorkomen dat de aanklager niet in een late fase geconfronteerd wordt met verweren waarop hij niet voorbereid kan zijn. Dat past goed bij een sterk adversair procesmodel waarin de gelijkheid van wapenen diep doorgevoerd is en waarin het zwijgrecht een daarop afgestemde connotatie heeft.

De Britse regeling is vooral goed afgebakend bij Sectie 36 en 37. Het type feiten dat hier aan de orde is, sluit nauw aan bij het 'common sense'-concept, dat een zeer belangrijke rol speelt binnen het toetsingskader.³¹ Deze aansluiting wordt hieronder nader besproken (in par. 3.5). Hier kan alvast worden opgemerkt dat het opvallend is dat in de Britse zaken in de

Straatsburgse rechtspraak, een ongeveer gelijke verdeling van klachten te vinden is voor wat betreft toepassingen van Sectie 34- dan wel Sectie 35-'inferences',³² terwijl er weinig zaken zijn waarin (tevens) geklaagd is over toepassing van Secties 36 en 37. Een verklaring daarvoor kan zijn dat daarvoor geen noodzaak is, omdat Secties 34 en 35 algemeen zijn geformuleerd en daarmee als 'generalis' kunnen fungeren. Het kan echter ook zijn dat Sectie 36- en 37-situaties gewoonweg minder problematisch zijn door de aard van de daar aan de orde zijnde feiten en omstandigheden en daardoor geen aanleiding hebben gegeven tot klachten in Straatsburg.³³

Het basiskader voor de toetsing van de verenigbaarheid van de toepassing van 'adverse inferences' met artikel 6 EVRM is in *John Murray* volledig neergelegd

3 Het Straatsburgse kader

Het basiskader voor de toetsing van de verenigbaarheid van de toepassing van 'adverse inferences' met artikel 6 EVRM is in *John Murray* reeds volledig neergelegd. Kort daarvoor was al een belangrijke horde genomen, doordat het EHRM in *Funke t. Frankrijk*³⁴ vaststelde dat het zwijgrecht, dat niet expliciet wordt genoemd in artikel 6 EVRM, onderdeel uitmaakt van het recht op een eerlijk proces.³⁵ *John Murray* gaf het Hof de gelegenheid zich te buigen over de volgende belangrijke vraag, namelijk of het zwijgrecht absoluut is. In dit verband stelde het Hof vast dat het zwijgrecht (en het nemo-tenetur-beginsel) *zonder twijfel* algemeen erkende internationale standaarden zijn, die *tot de kern* van de eerlijkheidsnotie van artikel 6 EVRM behoren en tot doel hebben – door bescherming te bieden tegen 'improper compulsion' – eraan bij te dragen dat 'miscarriages of justice' worden voorkomen en de doelen van artikel 6 EVRM worden verwezenlijkt.³⁶ Het Hof waagde zich echter niet aan een 'abstracte analyse' van de algemene reikwijdte van het zwijgrecht (of het nemo-tenetur-beginsel) en definieerde ook niet het concept van 'improper compulsion'.³⁷

Zich beperkend tot de specifieke context van ‘adverse inferences’, bakende het Hof de volgende te beantwoorden vragen af, namelijk of (i) onder *geen* omstandigheden nadelen kunnen worden verbonden aan de uitoefening van het zwijgrecht en, alternatief, (ii) wanneer de verdachte voor verhoor wordt gecautioneerd dat zijn zwijgen onder bepaalde omstandigheden tegen hem kan worden gebruikt, dit steeds als ‘improper compulsion’ dient te worden opgevat.³⁸ De oriëntatie op het Britse recht is onmiddellijk zichtbaar door deze verwijzing naar de daarin vervatte, op ‘adverse inferences’ georiënteerde, cautieplichten. Dat geldt ook voor de twee nadere regels die het Hof rechtstreeks ontleent aan de Britse wettelijke regeling en rechtspraak, namelijk dat (zoals het ‘zelf-evident’ is) (i) een veroordeling niet ‘solely or mainly’ kan worden gebaseerd op het zwijgen of niet-meewerken, terwijl, zoals ‘equally obvious’ is, (ii) het zwijgrecht en het nemo-tenetur-beginsel niet kunnen *en niet dienen* te voorkomen dat het zwijgen van de verdachte, in situaties die duidelijk vragen om een verklaring zijnerzijds, mee wordt genomen bij de beoordeling van de overtuigingskracht (‘persuasiveness’) van het bewijs.³⁹

Het Hof markeerde twee uitersten – wat zonder meer *niet* en zonder meer *wel* acceptabel kan zijn – maar wilde de bandbreedte niet nader concretiseren

Het Hof markeerde hiermee twee uitersten – wat zonder meer *niet* en zonder meer *wel* acceptabel kan zijn – maar wilde de bandbreedte niet nader concretiseren. Ergens binnen die uitersten is een andere grens aldus, maar ‘[w]herever the line between these two extremes is to be drawn’ volgt uit het gegeven dat er wel situaties zijn waarin ‘adverse inferences’ kunnen (en soms dienen te) worden toegepast, dat het zwijgrecht *niet* absoluut is, althans niet in de context van ‘adverse inferences’.⁴⁰

Verder legde het Hof in *John Murray* een vrij open beoordelingskader neer, bestaande uit vier afwegingsfactoren. Deze betreffen: (i) de omstandigheden van de zaak; (ii) de situaties waarin ‘adverse

inferences’ kunnen worden toegepast; (iii) het gewicht dat door nationale gerechten aan ‘adverse inferences’ wordt toegekend bij de beoordeling van het bewijs, en (iv) de mate van aan de situatie inherente dwang.⁴¹ Bij de toetsing aan deze factoren in *John Murray* voegde het Hof in wezen twee nadere toetsingsperspectieven toe, namelijk (v) de rol die ‘adverse inferences’ speelden in de procedure, in het bijzonder bij de veroordeling, en (vi) de aanwezigheid van procedurele waarborgen.⁴²

Nadien is dit basiskader steeds intact gebleven,⁴³ terwijl het Hof in latere uitspraken en beslissingen belangrijke verhelderingen heeft aangebracht. Alles bij elkaar genomen zijn deze elementen niet gemakkelijk te doorgronden en ze worden daarom hieronder afzonderlijk uitgewerkt. Daarbij is gekozen voor een bepaalde (rationele) volgorde en ordening van bespreking, waarbij de verbanden (en soms overlap) tussen de verschillende elementen het beste tot uitdrukking komen.

3.1 Beoordeling in het licht van alle omstandigheden en de mate van dwang

De eerste voorwaarde in het *John Murray*-kader, dat beoordelingen dienen te worden verricht in het licht van alle omstandigheden van het geval, betreft een standaardis in de (casuïstische) EHRM-rechtspraak. Allerlei factoren zouden in dit verband een rol kunnen spelen, zodat het moeilijk is tot afbakening te komen.⁴⁴ Hierboven is alvast gebleken dat het van groot belang is zicht te hebben op belangrijke feitelijke variaties met betrekking tot wat een verdachte al dan niet heeft verklaard (al dan niet in antwoord op concrete vragen) en in welke procesfase hij dat (niet) heeft gedaan.

Voorts is in het kader van artikel 6 EVRM de eventuele bijzondere kwetsbaarheid van de verdachte als feitelijke kwestie altijd van belang. In de context van ‘adverse inferences’ kan dit op twee wijzen een bijzondere (door)werking hebben. In de eerste plaats doordat het een rol kan spelen als rechtvaardiging voor zwijgen. Op deze functie wordt hieronder (in par. 3.2) apart ingegaan. In de tweede plaats kan, via de nauwe relatie die bestaat tussen het zwijgrecht en het recht op rechtsbijstand, de combinatie van kwetsbaarheid en gebreken in de verwezenlijking van het laatste recht een grote impact hebben voor de beoordeling van

28 Zo klaagde John Murray dat hij door art. 4 en 6 CENIO (corresponderend met Secties 35 en 37 CJPOA), ‘[...] severely and doubly penalised’ was voor het zwijgen bij verhoor en ter zitting. *John Murray*, par. 41.

29 Zie daarover nader, par. 3.3.

30 CPS Guidance.

31 Het ‘common sense’-concept speelt overigens een bredere rol in de Britse rechtspleging dan enkel in de context van ‘adverse inferences’ en is sterk verbonden met de juryrechtspraak. Zie voor een interessante bijdrage: R. Ballard, ‘Common Law and Common Sense: Juries, Justice and the Challenge of Ethnic Plurality’, in: S. Prakash (red.), *Law and Ethnic Plurality: Socio-Legal Perspectives*, Leiden: Brill Nijhof 2007, p. 69-105.

32 Voor zover het daarbij gaat om Noord-Ierse zaken, gaat het dan om toepassing van respectievelijk art. 3 en 4 CENIO 1988.

33 Zie over Secties 36 en 37 CJPOA uitgebreid, A. Owusu-Bempah, ‘Silence in Suspicious Circumstances’, *Criminal Law Review* 2014, afl. 2, p. 126-135, <https://openaccess.city.ac.uk/id/eprint/12631/> (20 september 2021).

34 EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke t. Frankrijk*).

35 Het EHRM erkende het zwijgrecht in *Funke* (in par. 44 van die uitspraak) met een buitengewoon beknopte overweging, waardoor het in wezen pas in *John Murray*, aldus voor het eerst in de specifieke context van ‘adverse inferences’, tot reflecties over het zwijgrecht in art. 6 EVRM zou komen.

36 *John Murray*, par. 45.

37 *John Murray*, par. 46.

38 *John Murray*, par. 46.

39 *John Murray*, par. 47.

40 *John Murray*, par. 47.

41 *John Murray*, par. 47.

42 *John Murray*, par. 50-51. Zie over de eisen in de Straatsburgse rechtspraak met betrekking tot de toepassing van ‘adverse inferences’, waaronder ook deelaspecten daarvan zoals hieronder uitgewerkt, Stevens 2005, p. 11-14, Bemelmans 2018, p. 255-258 alsmede, verspreid besproken in de bijdrage, Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 696-723.

43 Zie ook Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 699.

44 Zie *Condrón*, par. 57 voor door het EHRM genoemde illustraties.

45 Zie o.a. EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*), par. 253.

46 *John Murray*, par. 66.

47 *John Murray*, par. 59-70. Zie ook *Averill*, par. 55-62.

48 Zie in de context van het vooronderzoek, *Condrón*, par. 60 en die van het onderzoek ter terechtzitting, *Adetoro*, par. 55. Zie in dit verband ook Crijns & Dubelaar 2020, p. 144 en p. 149-150, die de recente versterking van het recht op rechtsbijstand in Nederland als een van de mogelijke verklaringen zien voor de door hen

waargenomen (compenserende) grotere ruimte die de Hoge Raad aan de feitenrechter laat voor het verbinden van negatieve gevolgen aan het zwijgen, enerzijds omdat (mogelijk) verdachten daardoor vaker zwijgen, anderzijds omdat daardoor meer tot uitgangspunt wordt genomen dat de verdachte een geïnformeerde beslissing heeft kunnen nemen omtrent het zwijgen. Het gaat daarbij wel om een effect in verband met zwijgen bij het vooronderzoek, daar heeft immers de versterking van het recht op rechtsbijstand plaatsgevonden.

49 Zie recent: EHRM 10 juni 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0610JUD000283313 (*Bajić t. Noord-Macedonië*), par. 64.

50 Zie EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan t. het Verenigd Koninkrijk*), par. 50.

51 Het gaat daarbij om de aard en mate van dwang, het bestaan van geschikte waarborgen in de procedure en het gebruik van aldus verkregen materiaal. Zie recent *Bajić*, par. 64.

52 De enige context waarin het Hof minder strikt is in geval van 'directe dwang' is die van het verkeersstrafrecht. Zie EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (*O'Halloran and Francis t. het Verenigd Koninkrijk*), par. 53-63. Zie in dat verband echter ook *Bajić* (waarin het gaat om een strafvervolgning ter zake van een dodelijk ongeluk met een vaartuig).

53 *John Murray*, par. 50.

54 *John Murray*, par. 50. Zie ook Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 698-699.

55 *John Murray*, par. 50.

56 In EHRM 6 juni 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0606JUD002813595 (*Magee t. het Verenigd Koninkrijk*) waren er geen 'adverse inferences' toegepast, omdat klager bij politieverhoor een bekende verklaring had afgelegd. Het Hof stelde een schending van art. 6 EVRM vast wegens het uitblijven van rechtsbijstand, onder andere vanwege een opstelsom van omstandigheden, waaronder het risico dat hij liep van de toepassing van 'adverse inferences', maar ook de duur en intensiteit van zijn (lange) verhoren, de strikte omstandigheden van zijn (geïsoleerde) detentie en de periode waarin hij geen toegang tot een raadsman had, par. 39-46.

57 Zie in dat verband aan Sectie 35 verbonden, door de rechter goedgekeurde, 'Specimen judicial directions', genoemd in *R t. Cowan* [1996] Q.B. 373. Zie ook de CPS Guidance.

58 Zie de CPS Guidance.

59 Zie de verwijzing in *Adetoro*, par. 30, naar *R t. Argent* ([1997] *Criminal Appeal Reports* 27). Deze goede redenen komen bovenop de hierboven genoemde in Sectie 35 neergelegde voorwaarde dat de verdachte niet in staat is te verklaren ter zitting.

60 Zie de CPS Guidance.

61 In *Allan* was het zwijgadvies gegeven

'adverse inferences'. Welbekend is dat het EHRM sinds het *Saldaz*-arrest, in verband met het recht op rechtsbijstand, benadrukt dat de verdachte in het vooronderzoek standaard als kwetsbaar dient te worden opgevat⁴⁵ en dat ook rekening dient te worden gehouden met mogelijke *nadere* kwetsbaarheid in dat verband. Lang voordat het Hof tot deze aanscherping kwam, erkende het echter (reeds in *John Murray*), een bijzondere type kwetsbaarheid die samenhangt met de mogelijkheid dat 'adverse inferences' kunnen worden toegepast. Het gaat daarbij om de moeilijke positie waarin de verdachte komt te verkeren doordat hij moet kiezen tussen zwijgen en verklaren, terwijl beide opties in zijn nadeel zouden kunnen uitpakken – het Hof spreekt van een 'dilemma' in dat verband. Daarbij is rechtsbijstand 'paramount'.⁴⁶

Dat blijkt zeer duidelijk uit verschillende 'adverse inferences'-zaken waarin het Hof geen schending van het zwijgrecht, maar wel van het recht op rechtsbijstand vaststelde (zo ook in *John Murray*),⁴⁷ op basis van de overweging dat de verdachte solide ondersteuning nodig heeft bij het maken van moeilijke keuzes over zwijgen dan wel verklaren. In andere gevallen, waarin niet werd geklaagd over schending van het zwijgrecht, maar enkel over beperkingen van het recht op rechtsbijstand, figureert de mogelijkheid van 'adverse inferences' eveneens als belangrijke, zo niet doorslaggevende, factor in de beoordeling van beperkingen van het recht op rechtsbijstand. Het een en ander werkt ook in de andere richting, het gegeven dat rechtsbijstand wel is genoten kan bij 'adverse inferences'-klachten juist een mitigerende werking hebben.⁴⁸

's Hof's algemene beoordeling van 'de mate van in de situatie inherente dwang', het vierde element in het *John Murray*-basiskader, lijkt voorts goed te relateren aan deze, met het risico van 'adverse inferences' geassocieerde 'juridische kwetsbaarheid'. Tegelijkertijd is in de omgang met dit element ook een antwoord te vinden op de belangrijke vraag of het Hof 'adverse inferences'-beperkingen intrinsiek als minder gewichtig opvat ten opzichte van andere typen zwijgrechtbeperkingen. Die vraag volgt uit een door het Hof reeds in *John Murray* gemaakt onderscheid en draait om de concepten van 'directe dwang' en 'wilsdoorbreking'. In de Straatsburgse

rechtspraak is er sprake van directe dwang, bij toepassing van 'methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused'.⁴⁹ Daarvan is zeker sprake wanneer bij (of rondom) verhoor gebruikte fysieke of psychische pressiemiddelen tot een wilsdoorbreking leiden. De notie van 'directe dwang' is daarnaast uitgebreid in de zin dat een wilsdoorbreking ook mogelijk is via misleiding en/of manipulatie.⁵⁰ Ook vallen onder directe dwang situaties waarin punitieve sancties (in de vorm van een gevangenisstraf dan wel een boete), kunnen worden opgelegd in verband met het niet meewerken. Waar gebruikte methoden van dien aard zijn dat zij (ook) strijdig zijn met artikel 3 EVRM, is er in principe in absolute zin sprake van een schending van het zwijgrecht. Buiten die laatste gevallen van directe dwang is het zwijgrecht (evenals bij 'adverse inferences'), niet absoluut en dienen beperkingen via verschillende maatstaven te worden beoordeeld.⁵¹ Onmiskenbaar is het Hof echter buitengewoon strikt bij directe, de wil doorbrekende dwang.⁵²

Onmiskenbaar is het Hof buitengewoon strikt bij directe, de wil doorbrekende dwang

In *John Murray* oordeelde het Hof echter dat geen sprake was van directe dwang in deze zaak. John Murray kon kiezen om te zwijgen en dat heeft hij, ondanks meerdere waarschuwingen over de mogelijkheid van 'adverse inferences', ook gedaan, in het voor- en in het eindonderzoek.⁵³ Het Hof erkende wel dat er een bepaalde mate van *indirecte* dwang aan de orde kan zijn bij de toepassing van 'adverse inferences':

'[a]dmittedly a system which warns the accused – who is possibly without legal assistance (as in the applicant's case) – that "adverse inferences" may be drawn from a refusal to provide an explanation to the police for his presence at the scene of a crime or to testify during his trial, when taken in conjunction with the weight of the case against him, involves a certain level of indirect compulsion'.⁵⁴

Niettemin, daarmee wordt de wil niet in directe zin doorbroken, omdat de verdachte de keuzevrijheid behoudt te zwijgen. Daardoor wordt de mate van dwang categoriaal lager ingeschaald en

dient de nadruk bij toetsing niet daarop te zijn gericht: belangrijker gezichtspunt voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van 'adverse inferences' is namelijk 'the role played by the inferences in the proceedings against the applicant and especially in his conviction'.⁵⁵

Op deze beoordelingsfactor wordt hieronder nog afzonderlijk ingegaan. Hier is nog van belang op te merken dat het onwenselijk is steeds tot uitgangspunt te nemen dat 'adverse inferences'-dwang 'mineur' is. Allereerst kan bepleit worden dat het onderscheid tussen directe en indirecte dwang zoals door het EHRM gemaakt wordt, kunstmatig dan wel kwetsbaar is en dat het fundamentele karakter van het zwijgrecht zich tegen een categorale onderschatting in de sfeer van 'adverse inferences' verzet – dan maar liever een overschatting daarvan. Feit blijft voorts dat het Hof wel erkent dat er een vorm van dwang aan de orde is, zodat niet uit te sluiten is dat die in het concrete geval hoog uitvalt, zoals wanneer ook andere omstandigheden spelen, die allen in zichzelf niet, maar in gezamenlijkheid mogelijk wel optellen tot te veel druk, terwijl een risico van 'adverse inferences' daaraan kan bijdragen. De eventuele (algehele eerlijkheden)impact van 'adverse inferences' dient hoe dan ook steeds binnen het geheel van potentieel dwang veroorzakende omstandigheden (beperkingen van andere rechten inclusief) in beschouwing te worden genomen.⁵⁶

3.2 Situaties waarin 'adverse inferences' kunnen worden toegepast

Het tweede element in het basiskader, 'de situaties waarin "adverse inferences" kunnen worden toegepast', krijgt vooral betekenis wanneer het in het licht van de Britse regeling in beschouwing wordt genomen. In verband met verschillende 'situaties' kan worden gedacht aan de verschillende varianten van 'adverse inferences' in Secties 34-37 CJPOA. Ook kan evenwel worden gedacht aan de rechtvaardigende omstandigheden, ofwel de 'goede redenen', die onder het Britse recht de toepassing van 'adverse inferences' kunnen blokkeren.⁵⁷ Een nadere regel is namelijk dat toepassing enkel mogelijk is indien het zwijgen 'can only sensibly be attributed to the Defendant's having no answer or none that would stand up to cross-examination'.⁵⁸ 'Sensibly' kunnen er dus wel andere, legitieme, redenen zijn voor het

zwijgen. Wat goede redenen kunnen zijn, dient niet restrictief te worden uitgelegd: het kan gaan om allerlei factoren.⁵⁹

Bij een aantal 'goede redenen' zijn nadere regels ontwikkeld, toen bij het uitrollen van de nieuwe regeling het belang daarvan bleek, vooral in de context van zwijgen bij verhoor. Dat geldt voor de goede reden dat bij verhoor (nog) te weinig informatie is verstrekt aan de verdachte en/of zijn raadsman (zodat wachten met verklaren verstandig kan zijn),⁶⁰ maar vooral voor die van het zwijgen op basis van juridisch advies, dat ook zelfstandig kan worden aangevoerd, los van de mate van informatievoorziening over de zaak ten tijde van verhoor.⁶¹ Bij deze goede reden dient vast te staan dat de verdachte (i) het advies werkelijk heeft gevolgd, en ook (ii) redelijk-kerwijs daarop kon leunen.⁶²

Van groot belang is dat de blokkerende werking van de goede reden duidelijk als belangrijke factor door het EHRM is overgenomen uit het Britse recht

Van groot belang is dat de blokkerende werking van de goede reden duidelijk als belangrijke factor door het EHRM is overgenomen uit het Britse recht. Dat blijkt reeds uit het feit dat de enige twee schendingen die in de context van 'adverse inferences' tegen het Verenigd Koninkrijk zijn vastgesteld, in *Condrion* en *Beckles*, vooral verband hielden met deze problematiek.⁶³ Toch geldt ook bij het EHRM, evenals onder het Britse recht, dat een opgegeven reden niet gauw tot bevrijding leidt. De opgegeven reden dient geloofwaardig te zijn – en niet 'merely a convenient self-serving excuse'.⁶⁴ Dat geldt niet alleen voor de zeer gewichtige goede reden van zwijgen vanwege juridisch advies, maar ook voor andere typen 'goede redenen'. Bij zwijgen ter zitting op basis van medische gronden of intellectuele capaciteit, heeft het Hof er genoeg mee genomen dat dergelijke omstandigheden op zorgvuldige wijze zijn benadrukt bij juryinstructie (waardoor de jury ze kon meewegen in de oordeelsvorming).⁶⁵ In *Chadwick*⁶⁶ zag het Hof geen belemmering voor de verdachte, die door een medeverdachte was bedreigd, ter zitting te verkla-

door de raadsman, wegens zijn oordeel dat gebruik werd gemaakt van 'oppressive interrogation techniques', par. 20.

62 Niet als redelijk wordt opgevat wanneer de verdachte het advies volgt, terwijl hem dat goed uitkwam, omdat hij geen verklaring te geven had. Redelijkheid is daarentegen niet afhankelijk van de juridische juistheid van het advies. Ook dient aantoonbaar te zijn dat het advies om te zwijgen inderdaad is gegeven, hetgeen kan blijken uit processen-verbaal van verhoor. Ook kan de raadsman als getuige worden gehoord, in welk geval de vraag speelt of de verdachte bereid is afstand te doen van zijn recht op de vertrouwelijkheid van zijn communicatie met zijn raadsman, dan wel of hij kan worden geacht dat impliciet te hebben gedaan door het advies als goede reden aan te dragen. Zie de CPS Guidance.

63 In beide zaken stelde het Hof een schending vast omdat de nationale rechter bij juryinstructie onvoldoende had benadrukt dat deze goede reden speelde, waardoor de discretie van de jury een 'adverse inference' toe te passen onvoldoende was afgebakend.

64 *Beckles*, par. 62.

65 Zie EHRM 5 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1205DEC004201598, (*Marlow t. het Verenigd Koninkrijk*), par. 2 en *O'Donnell*, par. 15 en par. 52-58.

66 EHRM 18 november 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:1118DEC005410900, (*Chadwick t. Verenigd Koninkrijk*), par. 1.

67 EHRM 4 juni 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0604DEC004568999 (*Vaughan t. het Verenigd Koninkrijk*).

68 *Averill*, par. 51. *Averill* nodigde het Hof uit 'to have regard to the fact that there are many reasons why some persons in Northern Ireland prefer to remain silent in the face of police questioning, including the absence of safeguards against unfairness and a lack of trust in the police force' (par. 43). Fox stelde dat hij een 'onvriendelijke relatie' had met de politie en boos was bij verhoor omdat zijn partner was aangehouden en dit tot verontrusting had geleid bij hun kinderen. Bij het EHRM legde hij nader uit dat hij deel uitmaakte van een deel van de bevolking die een slechte en wantrouwende relatie had met de politie en dat de nationale gerechten 'wrongly discounted his sincere belief in the unacceptability of the policing of the Royal Ulster Constabulary ("RUC") in Northern Ireland', erop wijzend dat een formeel onderzoek was ingesteld naar de rol van de RUC in de provincie.

69 *Adetoro*, par. 7-8, 10-12, 23, 51 en 54. Zie ook in verband met deze goede reden, EHRM 29 november 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1129DEC000853502 (*Coghlan t. het Verenigd Koninkrijk*).

70 Zie de verwijzing in *Adetoro*, par. 30 naar: *R t. Argent* ([1997] Criminal Appeal Reports 27).

71 Zo instrueerde de rechter in eerste aanleg in *Beckles* (par. 24) de jury als volgt: '[y]ou could, for instance, infer that the [applicant and W.] have fabricated their evidence, made it up, after those first interviews. You could infer that they were indeed biding their time and seeing whether or not they would be identified'. Over de door klager opgegeven reden zei hij voorts '[...] if simply saying "Oh my solicitor advised me not to answer questions" was by itself a good and final answer, any competent solicitor and a defendant would have the power to strangle at birth any interview and that would make, you may think, a mockery of the Act of Parliament which allows a jury, if they think it is right and proper, to make an adverse inference and that could not have been Parliament's intention'.

72 Zo zal het vaak niet gemakkelijk zijn te beoordelen wanneer gesteld kan worden dat de informatiepositie van de verdachte en zijn raadsman zwak genoeg is om zwijgen op die basis gerechtvaardigd te achten. Zie in dat verband eveneens *Beckles* (par. 53), waarin klager aanvoerde dat hij terecht op juridisch advies had gezwegen omdat hij het recht had af te wachten welk (identificatie)bewijs er zou zijn, voordat hij verklaarde aanwezig te zijn geweest op de plaats delict. Denkbaar is ook dat onduidelijkheid omtrent welke feiten onderwerp zijn van verhoor (terwijl uiteindelijk de tenlastelegging anders kan uitpakken) ook aanleiding kan geven tot zwijgen (zie in dat verband HR 20 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:593, in verband met het uit Richtlijn 2012/13/EU betreffende recht op informatie in strafprocedures, art. 6 EVRM en art. 27c.1 Sv voortvloeiende verplichtingen omtrent het recht op informatie in strafzaken, in relatie tot het recht op effectieve verwezenlijking van het recht op rechtsbijstand). Voorts kan het voor de verdachte ook moeilijk zijn, buiten gevallen waarin de raadsman kan bevestigen dat het zwijgen (geheel) op zijn advies heeft plaatsgevonden, aan te tonen dat hij bepaalde feiten die hij pas later inbrengt niet strategisch heeft verzonnen. Dat zou kunnen wanneer hij ze eerder aan anderen wel heeft medegedeeld, maar dat moet hij dan wel hebben gedaan. Hoe om te gaan met slecht advies, in welke mate dat voor rekening van de verdachte dient te komen, kan eveneens een gecompliceerde vraag opleveren.

73 Recent deed het EHRM dat (in een andere context dan die van 'adverse inferences') zelf niet in EHRM 24 juni 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0624JUD 003965415 (*Hasáliková t. Slovákije*) (par. 21, 42, 45 en 66). Zie de 'joint dissenting opinion' van rechters Turković en Schembri Orland over de mankheid van de vergelijking met *O'Donnell* die het Hof heeft gemaakt in die zaak.

ren, zonder feiten te noemen die hem in gevaar zouden kunnen brengen. In *Vaughan e.a.* maakte het weinig impact dat de zesde klager stelde dat hij een feit eerder bij verhoor niet had genoemd omdat hij dat zich toen niet kon herinneren.⁶⁷ In *Fox and Averill* kon het persoonlijk beleid van klagers niet met de politie te spreken, met verwijzing naar systematische problemen in dat verband in Noord-Ierland, het Hof ook niet bewegen; in *Averill* onder andere omdat verzoeker bewust was van 'the risks which a policy-based defence could entail for him at his trial'.⁶⁸ In *Adetoro* speelde een belangrijke 'goede reden', waarvan denkbaar is dat die vaak aan de orde zal kunnen zijn, namelijk dat gezwezen wordt om zichzelf of anderen niet te belasten in verband met andere strafbare feiten die niet onderwerp zijn van het verhoor (of de vervolging). In die zaak werd klager vervolgd voor deelneming aan een samenzwering tot en het plegen van ernstige overvallen. Daarvoor bestond (observatie) bewijs. Ter zitting verklaarde hij in het vooronderzoek te hebben gezwegen omdat hij zichzelf en anderen niet wilde belasten in verband met andere feiten waar hij wel bij betrokken was geweest, namelijk de koop en verkoop van gestolen voertuigen. Dat zou ook het observatiebewijs verklaren. Volgens de nationale rechter en het Hof zou aanvaarding van de opgegeven reden voor het zwijgen noodzakelijkerwijs met zich meebrengen dat ook zijn materieel verweer – namelijk dat hij niet bij de tenlastegelegde overvallen, maar bij andere feiten betrokken zou zijn geweest – zou moeten worden aanvaard. Omdat de jury tot een veroordeling was gekomen, volgde volgens het Hof daaruit dat de jury kennelijk ook die reden als geloofwaardig had verworpen.⁶⁹

Duidelijk kunnen goede-reden-beoordelingen moeilijk zijn. In het Verenigd Koninkrijk dient de adequaatheid van een goede reden door een jury te worden beoordeeld 'in the exercise of their collective common-sense, experience and understanding of human nature'.⁷⁰ Ook een rechter kan niet anders dan zich daarop te baseren. Problematisch is dat het de verdachte, ook al is de aangedragen reden oprecht, vaak ook goed zal uitkomen om pas ter zitting te verklaren. Snel kan de indruk ontstaan dat hij gewacht heeft op beter zicht op de zaak tegen hem om later met een daarop afgestemde verklaring te komen.⁷¹

Het markeren van grenzen tussen situaties waarin strategisch zwijgen al dan niet geoorloofd kan worden geacht is dan niet eenvoudig.⁷² Duidelijk is in ieder geval dat een goede reden een rol kan spelen en dat die rol zeer belangrijk kan zijn, waardoor van belang is dat bij het verbinden van nadelen aan het zwijgen, zeker wanneer het gaat om zwijgen bij verhoor, daarvoor ook voldoende aandacht is (van de rechter, maar ook van raadslieden, die niet dienen na te laten ze uitdrukkelijk aan de orde te stellen).⁷³

Duidelijk is dat een goede reden een rol kan spelen en dat die rol zeer belangrijk kan zijn, waardoor van belang is dat bij het verbinden van nadelen aan het zwijgen, zeker wanneer het gaat om zwijgen bij verhoor, daarvoor ook voldoende aandacht is

3.3 Het gewicht van 'adverse inferences' en de rol die zij spelen

Het 'gewicht van "adverse inferences"' en 'de rol die zij spelen bij een veroordeling' vormen in gezamenlijkheid de belangrijkste kern van het toetsingskader. Tegelijkertijd gaat het hier om de meest complexe elementen daarbinnen, hetgeen deels samenhangt met het gebruik in de rechtspraak van Britse juridische terminologie, te weten de noties van een 'prima facie case' en 'a case to answer', en het concept dat 'common sense' ten aanzien van sommige feiten 'calls for an answer'. De twee factoren monden voorts samen uit in twee afzonderlijke vragen, die zich afspelen binnen de door het Hof in *John Murray* neergelegde schaal van twee uitersten, van wat zonder meer *niet* en zonder meer *wel* toelaatbaar is in het kader van 'adverse inferences'. De eerste vraag is *hoeveel ander bewijs* er dient te zijn wil een 'adverse inference' kunnen worden toegepast (aldus welk gewicht de laatste kan hebben in een bewijsconstructie). De tweede vraag ziet op de *wijze(n)* waarop 'adverse inferences' kunnen worden gebruikt, als zelfstandig (steun)bewijs en/of (enkel) op andere (meer beperkte) wijze.⁷⁴

In verband met beide vragen is het allereerst van belang de betekenis van ‘prima facie case’ en ‘case to answer’ in het Britse recht te begrijpen. De ‘prima facie case/no case to answer’-eis geldt in alle Britse strafzaken, ongeacht of daarbij ‘adverse inferences’ worden ingezet. Deze eis dient in het licht van de inrichting van het Britse strafproces te worden begrepen. Daarin is het van belang dat de aanklager eerst de zaak van de Crown presenteert. Dat is cruciaal omdat daarop een belangrijk ‘half-time’-moment⁷⁵ volgt, waarbij de rechter dient te beoordelen of de aanklager een prima-facie-zaak heeft kunnen vestigen. Zo niet, dan is er geen ‘case to answer’, en wordt van de verdachte niet verlangd dat hij verdediging voert. De zaak stopt daar in vrijspraak (en wordt, als het om een juryzaak gaat, niet verder aan de jury voorgelegd).⁷⁶ Bij dat ‘half-time’-moment kan de verdediging ook een ‘no case to answer submission’ indienen, om de rechter te bewegen tot dat oordeel.⁷⁷

Bij een ‘no case to answer’-oordeel kunnen ‘adverse inferences’ niet worden toegepast, omdat die pas in werking kunnen treden indien de verdachte tot verdediging wordt geroepen. Alleen indien er wel een ‘case to answer’ is, ontstaat aldus de situatie waarin de verdachte zou kunnen verklaren (en zich daarbij kan onderwerpen aan (kruis)verhoor). Het blijft zo dat hij niet verplicht is te verklaren, maar hij loopt dan wel het risico dat ‘adverse inferences’ worden toegepast als hij dat niet doet, dan wel verklaart en daarbij feiten inbrengt waarover hij in het vooronderzoek heeft gezwezen.

De klemmende vraag is of de ‘prima facie/case to answer’-eisen met zich meebrengen dat de aanklager in de half-time-fase *volledig* aan de bewijsstandaard heeft voldaan, in die mate dat op dat moment veroordeling mogelijk is. Valt de ‘no case to answer’-standaard aldus samen met die van ‘proof beyond reasonable doubt’? Behulpzaam zijn in dit verband de in *R. t. Galbraith* neergelegde, nog steeds geldende,⁷⁸ algemene standaarden voor de omgang met een ‘submission of no case’. Daarin wordt onderscheid gemaakt tussen de volgende situaties. In de eerste plaats gaat het om die situaties waarin geen bewijs is geleverd dat het feit is begaan door de verdachte – dan is er ‘no difficulty’.⁷⁹ In de tweede plaats gaat het om de situatie waarin er wel bewijs is, maar dit een ‘ten-

uous’ karakter heeft, zoals vanwege ‘inherent weakness or vagueness or because it is inconsistent with other evidence’. Dan gelden twee opties:

‘(a) [w]here the Judge comes to the conclusion that the prosecution evidence, taken at its highest, is such that a jury properly directed could not properly convict upon it, it is his duty, upon a submission being made, to stop the case’.

In het andere geval

‘(b) [w]here however the prosecution evidence is such that its strength or weakness depends on the view to be taken of a witness’s reliability, or other matters which are generally speaking within the province of the jury and where on one possible view of the facts there is evidence upon which a jury could properly come to the conclusion that the defendant is guilty, then the Judge should allow the matter to be tried by the jury’.⁸⁰

In alle gevallen geldt, ‘as always in this branch of the law’, dat er ‘borderline cases’, zullen zijn die ‘safely’ aan de discretie van de rechter kunnen worden overgelaten.⁸¹

Het een en ander laat zich goed begrijpen vanuit het perspectief van juryrecht-spraak. Goed is in te zien dat de rechterlijke tussentijdse beoordeling fungeert als een waarborg dat een (rechts) niet haalbare zaak niet aan de jury wordt voorgelegd, om te voorkomen dat deze toch tot een veroordeling komt. Anderzijds toont het de verdeling van competenties – feitelijke (overtuigings)oordelen dienen vooral door een jury te worden gemaakt en het kan zijn dat die tot een andere waardering komt dan de rechter. Er zit immers, ook in het Nederlandse stelsel, altijd ruimte tussen wat rechtsens bewijsbaar is en wat in het concrete geval ook bewezen zal worden geacht. Voorts is natuurlijk van wezenlijk belang dat – ondanks dat bij ‘half-time’ een bewezenverklaring mogelijk lijkt – een verdediging kan worden gevoerd die de zaak van de Crown kan ontkrachten. Het zou vanuit eerlijkheidsperspectief ook volstrekt onacceptabel zijn om verdediging niet toe te staan. Zo valt ook te begrijpen dat de tussentijdse beoordeling ook wordt uitgevoerd indien het niet om een jury-zaak gaat.

De vraag is dan hoe dit alles werkt wanneer ‘adverse inferences’ worden toegepast. In zijn *dissenting opinion* bij *John Murray* neemt de Britse rechter Walsh tot uitgangspunt dat de invulling van de notie van de prima-facie-zaak niet anders wordt daardoor. Het gaat daarbij volgens

74 Zie ook Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, die de twee factoren en daarmee samenhangende vragen eveneens afzonderlijk, als twee verscheiden kwesties bespreken, respectievelijk p. 707-708 en 709-715. Zie over een derde vraag die samenhangt met de noties ‘common sense’ en ‘calls for an answer’ hieronder in par. 3.4.

75 Zie voor heldere overzichten de websites van Reeds, een Brits advocatenkantoor, www.reeds.co.uk/insight/prima-facie-case-no-case-answer/ en de website van R. Kessling, een Britse barrister, www.defence-barrister.co.uk/submission-of-no-case-to-answer (20 september 2021).

76 Zie (bij berechting door de Crown Court, bij een ‘not guilty plea’), Rule 25.9 van The Criminal Procedure Rules 2020 (2020 No. 759 (L. 19), Senior Courts of England and Wales Magistrates’ Courts, England and Wales, beschikbaar op: www.legislation.gov.uk/uksi/2020/759/contents/made (20 september 2021)), met name lid 2 (d), (e) en (f), alsmede de uitzondering op deze regels in lid 3, in geval van vervolging voor de daar genoemde levens- en geweldsdelicten, ook in de context van huiselijk geweld.

77 www.reeds.co.uk/insight/prima-facie-case-no-case-answer/.

78 www.reeds.co.uk/insight/prima-facie-case-no-case-answer/.

79 *R. t. George Charles Galbraith*, 19 mei 1981, [1981] EWCA Crim J0519-1, par. 11.

80 *R. t. George Charles Galbraith*, par. 11.

81 *R. t. George Charles Galbraith*, par. 12.

hem om een zaak 'in which the evidential material presented by the prosecution, if believed and not rebutted, is sufficient in law to establish the guilt of the accused'. De vraag rijst dan echter, als deze visie juist zou zijn, waarom het nog nodig zou zijn een bewijsbeslissing nader te verrijken met 'adverse inferences'.⁸² Als het de verdediging niet lukt de zaak van de aanklager te ontcrachten, blijft de situatie immers zoals het was op het 'half-time'-moment, op welk moment er al voldoende bewijs was.

Wat betreft de 'adverse inferences' die kunnen worden toegepast in verband met zwijgen in het vooronderzoek lijkt daarvoor een specifieke verklaring te vinden in de hierboven reeds genoemde, daaraan ten grondslag liggende ratio van de 'ambush defence'. Als de verdachte pas ter zitting verklaart over feiten die hij eerder al had kunnen noemen, heeft de aanklager zijn zaak al gepresenteerd en heeft daarop dus niet kunnen ingaan (en die feiten ook niet eerder kunnen onderzoeken).⁸³ Dat is uit het perspectief van adversaire procesvoering problematisch. Een prima-facie-zaak wordt dan ontcracht op basis van nieuwe informatie waarop de Crown niet voorbereid heeft kunnen zijn.

Deze 'ambush defence'-ratio speelt echter niet bij 'adverse inferences' die in verband met zwijgen ter zitting worden toegepast. Is de verklaring in die gevallen dan dat bij toepassing daarvan altijd sprake is van moeilijk te beoordelen 'borderline cases'? Betekent dat dan ook dat een 'adverse inference' de functie kan hebben om een lacune op te vullen? Zo ja, hoe groot kan dat gat dan zijn?

In verband met deze vragen moet als betekenisvol worden opgevat dat het Hof in verschillende uitspraken verwijst naar Britse richtlijnen en rechtspraak. Daaruit valt wel het een en ander af te leiden. In *John Murray* citeert het Hof een uitspraak van het House of Lords, waarin een prima-facie-zaak wordt gedefinieerd als een zaak die bestaat uit 'direct evidence which, if believed and combined with legitimate inferences based upon it [curs. FPÖ], could lead a properly directed jury to be satisfied beyond reasonable doubt that each of the essential elements of the offence is proved'.⁸⁴ Dat is in twee opzichten een problematische definitie. In de eerste plaats rijst de vraag wat dan het geval is als er geen direct bewijs is, maar,

zoals in veel 'adverse inferences'-zaken die voor het EHRM hebben gediend, (enkel) sprake van indirect, ofwel 'circumstantial' bewijs. In de tweede plaats is onduidelijk hoe 'legitimate inferences based upon it' dient te worden opgevat. 'It' is het bewijs tegen de verdachte, dan zou de 'inference' niet op het zwijgen van de verdachte, maar *daarop* zijn gebaseerd. Een 'legitimate inference' is niet per se een 'adverse inference' uit zwijgen; de interpretatie ligt dan voor de hand dat hier niets meer wordt gezegd dan dat op basis van *het bewijs* kan worden *afgeleid* dat het strafbaar feit door de verdachte is begaan. Een blik op Britse rechtspraak (met betrekking tot 'no case to answer submissions', waarin wordt voortgebouwd op de *Galbraith*-toets), leert dat dat dit citaat inderdaad evengoed betrekking kan hebben op algemene gevolgtrekkingen die aan direct (maar ook indirect, of 'circumstantial') bewijs kunnen worden verbonden. Uit die rechtspraak blijkt dat het bij 'half-time' enkel noodzakelijk is dat de aanklager bewijs heeft geleverd op basis waarvan een redelijke jury (maar niet per se *alle* redelijke jury's), onder juiste instructie, schuld *zou kunnen* afleiden. Het kan daarbij zelfs gaan om 'inferences' die dienen te worden gemaakt in verband met essentiële aspecten van een delict, zoals aangaande opzet of medeplegen, wanneer daarvoor geen direct bewijs bestaat.⁸⁵

Het lijkt dan redelijk te concluderen dat het gegeven dat het zwijgen van de verdachte (in het voor- of eindonderzoek), als een bijzonder type 'inference', ook op deze wijze een rol kan spelen. Verdere verwijzingen door het EHRM naar Britse bronnen die specifiek zien op de omgang met 'adverse inferences' uit zwijgen bevestigen dit standpunt. Zo wordt een voorbeeld van een juryinstructie genoemd⁸⁶ waarin rechters wordt geadviseerd aan de jury voor te leggen dat het gegeven dat de verdachte over bepaalde feiten niet heeft verklaard, schuld niet kan bewijzen, maar dat

'if you are sure that *quite regardless of this failure*, there is a case for him to meet, it is something which you are entitled to take into account when deciding whether his evidence about this matter is true, i.e. you may take it into account as *some additional support for the prosecution's case* [curs. PÖ]'.⁸⁷

Ook verwijst het Hof naar *R. t. Doldur*:

'[a]cceptance of the truth and accuracy of all or part of the prosecution evidence may or may not amount to sureness of guilt. *Something more* may

⁸² Zie ook in deze zin Meijer & Ter Haar 2018, p. 51 en Crijns & Dubelaar 2020, p. 141, alsmede de 'concurring opinion' van rechter Wojtyczek bij *O'Donnell*, par. 6, waarnaar op beide voornoemde plaatsen ook wordt verwezen.

⁸³ Zie ECHR 10 oktober 1994, ECLI: CE:ECHR:1994:1010DEC002238493 (*Kevin Murray t. het Verenigd Koninkrijk*).

⁸⁴ *John Murray*, par. 51, met verwijzing naar par. 30 van die uitspraak.

⁸⁵ Zie: Privy Council (Hong Kong), 16 november 1978 (*Kwan Ping Bong and Kong Chang t. The Queen*) www.casemine.com/judgement/uk/5b4dc2532c94e07cccd23eac ('inferences' in verband met opzet); *R. t. Jabber*, 28 september 2006, [2006] EWCA Crim 2694 www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2006/2694.html ('inferences' in verband met medeplegen); *R. t. Goddard and Fallick*, 27 juli 2012, [2012] EWCA Crim 1756, www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2012/1756.html ('inferences' in verband met opzet); *R. t. Metcalf, Denton and Foster*, 26 mei 2021 (Ruling on submission of no case to answer, Crown Court at Manchester), www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2021/05/Hillsborough-Ruling.pdf (20 september 2021).

⁸⁶ Zie voor die verwijzing, *Condron*, par. 34.

be required, which may be provided by an adverse inference from silence if they think it proper to draw one [curs. PÖ]'.⁸⁷

Dan is het de vraag of het mogelijk is dat 'adverse inferences' uit het zwijgen evenveel gewicht kunnen hebben in een bewijsconstructie als algemene gevolgtrekkingen uit ander bewijs. Het gewicht van de laatste kan immers zeer groot zijn, zeker waar zij fungeren om opzet of medeplegen afgeleid te bewijzen. In deze functie lijken 'inferences' op vergelijkbare wijzen te functioneren als de algemene ervaringsregels die in de Nederlandse rechtspraak worden ingezet. Waar het specifiek om 'adverse inferences' in verband met zwijgen gaat, lijken de laatste hierboven genoemde twee citaten uit de Britse bronnen er echter op te wijzen dat dit per se een klein gewicht moeten hebben in een bewijsconstructie. Als dat inderdaad het geval is, is het zeer verdedigbaar dat zo een onderscheid bestaat. Bij algemene gevolgtrekkingen die aan andere bewijsmiddelen worden gekoppeld (zoals wanneer opzet wordt afgeleid uit de uiterlijke verschijningsvorm van een gedraging), komt het zwijgrecht niet onder druk te staan, in het andere geval wel.

Van belang is wat het eigen standpunt van het EHRM is in dezen. Het enige juiste antwoord op die vraag lijkt te zijn dat het EHRM hierin geen positie heeft gekozen en dat het juist de functie is van de *John Murray*-schaal om dat in algemene zin niet te (hoeven) doen

Daargelaten het Britse recht, is natuurlijk van belang wat het eigen standpunt van het EHRM is in dezen. Het enige juiste antwoord op die vraag lijkt te zijn dat het EHRM hierin geen positie heeft gekozen en dat het juist de functie is van de *John Murray*-schaal om dat in algemene zin niet te (hoeven) doen. Nogmaals, het Hof geeft daarop aan wat zeker niet mogelijk is ('mainly' op basis van zwijgen bewijzen) en wat zeker wel mogelijk is (het zwijgen betrekken bij de beoordeling van de overtuigingskracht van andere bewijsmid-

delen). De optie van het dichten van een bewijsgat ligt ergens daartussen, maar of, en zo ja in hoeverre, dat acceptabel kan zijn, blijkt niet uit de *John Murray*-formule. Dat is onbevredigend, hetgeen ook blijkt uit het gegeven dat dit aspect van het Straatsburgse 'adverse inferences'-kader juist tot de meeste discussie leidt in de literatuur.⁸⁸

Ondanks dat het EHRM geen harde(re) algemene criteria wil formuleren op het punt van het gewicht van 'adverse inferences', is het niettemin betekenisvol dat uit de zeven Straatsburgse uitspraken op dit thema maar in één geval het bewijs zo zwak was dat een veroordeling niet mogelijk zou zijn geweest, zonder dat het zwijgen in de bewijsconstructie werd betrokken.⁸⁹ Dat was in *Krumpholz t. Oostenrijk*, waarin het Hof, vooral ook om die reden, een schending heeft vastgesteld. In de andere gevallen is zonder meer duidelijk dat de bewijspositie sterk was, in die mate dat ook zonder de 'adverse inferences' tot bewezenverklaring had kunnen worden gekomen.⁹⁰ Dat blijkt ook uit de in de uitspraken gebruikte kwalificaties van het bewijs, als zijnde 'strong', dan wel 'strong circumstantial evidence'. Het oordeel in *John Murray* dat het bewijs een 'formidable case' opleverde noopt overigens tot een nadere opmerking. Met die duiding werd uitgedrukt dat er veel meer bewijs was dan zelfs nodig voor een prima-facie-zaak.⁹¹

De conclusie kan zijn dat het EHRM zelf wel verlangt dat 'adverse inferences' zeker niet meer dan een (zeer) klein gewicht hebben in een bewijsconstructie

Ofwel, kijkend naar wat het EHRM zelf doet (het gebruik van 'adverse inferences' uit zwijgen goedkeuren in bewijsrechtelijk (zeer) sterke zaken), in plaats van naar wat het (niet) zegt, kan de conclusie zijn dat het zelf wel verlangt dat 'adverse inferences' zeker niet meer dan een (zeer) klein gewicht hebben in een bewijsconstructie, eigenlijk alleen zo veel als nodig is om reeds toereikend (niet succesvol weersproken) bewijs nog net iets meer solide te maken. Op de *John Murray*-schaal van uitersten brengt dat mee dat in wezen

⁸⁷ Zie voor die verwijzing, *Condrón*, par. 38.

⁸⁸ Uit het onderzoek van Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021 (p. 707-708 en p. 721-722), blijkt ook dat de Straatsburgse rechtspraak op dit punt ook niet een harmoniserend effect heeft gehad in de drie jurisdicties die de auteurs analyseren (Ierland, Italië en Nederland).

⁸⁹ Zie over het belang van de stand van het bewijs in de Straatsburgse rechtspraak Bemelmans 2018, p. 386.

⁹⁰ Over *Averill* kan getwijfeld worden.

⁹¹ Datzelfde geldt voor de kwalificatie van het bewijs als zijnde 'overwhelming' in *Adetoro*, par. 56. Zie in dit verband HR 5 juni 2012, ECLI: NL:HR:2012:BW7372, waarin een 'formidable' en 'prima facie case' ten onrechte werden gelijkgesteld door de steller van het cassatiemiddel. De Hoge Raad zag daarvoor geen steun in de Straatsburgse rechtspraak. Zie over deze uitspraak nader par. 4.

92 Zie ook Meijer & Ter Haar 2018, p. 49 en Crijns & Dubelaar, 2020, p. 140-141, die menen dat het EHRM eist dat er al een sterke zaak is tegen een verdachte (en dat ook verklaren vanuit de noodzaak het zwijgrecht niet te laten eroderen).

93 Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 709-715.

94 Zie ook Meijer & Haar 2018 in verband met de wijze waarop in de Nederlandse rechtspraak het uitblijven van een (adequate) verklaring een rol kan spelen bij dergelijke verweren, doordat ze te laat worden ingebracht (zoals wanneer zij niet alvast in het vooronderzoek zijn genoemd), waartomtrent de verdachte geen nadere vragen wil beantwoorden, of die niet specifiek genoeg zijn (p. 60-61). Zie ook Bemelmans 2018, p. 385.

95 De auteurs geven daarbij aan dat het in sommige gevallen moeilijk kan zijn '[...] to unpick the case law across the three jurisdictions so as to be fully clear on the other evidential purposes of inferences from silence', Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021 p. 710. Zie ook de meer 'indirecte' toepassingen die zij waarnemen in de rechtspraak van de Hoge Raad, p. 711-713, verwijzend naar dezelfde ontwikkeling die ook door Meijer & Ter Haar en Crijns & Dubelaar wordt besproken (zie hierboven voetnoot 3 en daarover nader par. 4). Zie ook over verschillende wijzen van gebruik N. Jörg, in: Melai/Groenhuijsen e.a., *Het wetboek van strafvordering*, art. 29, aant. 17.2.

96 Zie in dat verband de analyse van Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 713-715 van Italiaanse rechtspraak.

97 *John Murray*, par. 19, 21 en 26.

98 In verband met de verschillende wijzen waarop nadelige gevolgen kunnen worden verbonden aan het zwijgen valt ook te denken aan andere modaliteiten buiten de context van bewijsbeslissing, zoals in het kader van beslissingen met betrekking tot schorsing of opheffing van voorlopige hechtenis, of het toekennen van schadevergoeding aan gewezen verdachten. Recent heeft het EHRM laten blijken af te keuren dat het zwijgen in het nadeel van de verdachte kan werken bij de afwijzing van getuigenverzoeken (in EHRM 19 januari 2021, ECLI:CE: ECHR:2021:0119JUD000220516 (*Keskin t. Nederland*), zie par. 55). Dat laatste geeft ook stof tot nadenken in andere contexten waarin hoge stel- en adstructieplichten gelden (zoals in verband met verweren met betrekking tot vormverzuimen in het vooronderzoek). Als nadere belangrijke optie dient te worden genoemd het verbinden van nadeel aan het zwijgen in het kader van de straftoemeting. Zie in dat laatste verband ook N. Jörg, in: Melai/Groenhuijsen e.a., *Het wetboek van strafvordering*, art. 29, aant. 17.3.

zeer ver weg dient te worden gebleven van een situatie waarin het bewijs 'mainly' gevormd wordt door een 'adverse inference'.⁹²

Dat het gewicht van een 'adverse inference' binnen een bewijsconstructie zeer bescheiden dient te zijn, wordt voorts bevestigd door de andere kant van het spectrum in *John Murray*, waar het EHRM aangeeft wat zonder meer toelaatbaar (en zelfs aangewezen) kan zijn. Op dit punt blijkt ook wat de betekenis is van de factor 'rol die "adverse inferences" spelen'. Het gaat namelijk niet alleen om het gewicht daarvan, maar ook *de wijze van gebruik*. Zonder meer toelaatbaar is ('in situations which clearly call for an explanation') dat het zwijgen 'be taken into account in assessing the persuasiveness of the evidence adduced by the prosecution'. In die situatie speelt het zwijgen zelf niet mee als bewijs, maar wordt het enkel betrokken in de beoordeling van de overtuigingskracht van *andere bewijsmiddelen*.

Het zeer interessante vergelijkend onderzoek van Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt naar het gebruik van 'adverse inferences' in Ierland, Italië en Nederland laat zien dat verschillende wijzen van toepassing bestaan in deze drie jurisdicties.⁹³ Alles bij elkaar identificeren zij onder andere de volgende vormen: (i) ter ondermijning van de geloofwaardigheid van verweren (in Nederland zoals die strekken tot strafuitsluiting of *Meer en Vaart*-verweren)⁹⁴ of door de verdediging ingebrachte (ontlastende) informatie; (ii) ontkrachting van pas ter zitting afgelegde verklaringen (die in het vooronderzoek niet zijn gegeven) als zijnde 'of recent construction, to suit the prosecution case'; (iii) gebruik als 'corroborating' of 'supporting' bewijs; (iv) ter interpretatie van ander bewijs, en (v) ter 'validatie' van de zaak van de aanklager.⁹⁵ Dat sluit goed aan bij het spectrum in *John Murray*: variant (iv) valt samen met wat zonder meer acceptabel is, variant (iii) betreft daarentegen de wijze van gebruik dat in de gevarenzone kan komen, waarbij een 'adverse inference' ook snel een te groot gewicht zou kunnen krijgen.

Aantrekkelijk is dan om nadere ordening (en afbakening) te zoeken in de logica dat sommige wijzen van gebruik minder problematisch zijn dan andere, waarbij het gewicht dat een 'adverse inference' kan hebben ook variabel kan zijn, afhankelijk de functie die het uitoefent (de rol die het speelt) in de bewijsbeslissing. Dat wil zeg-

gen, als het gaat om minder bezwaarlijke vormen van toepassing (naast variant (iv), ook varianten (i) en (v)), zou het 'gewicht' van de 'adverse inference' (in de context van die toepassingen) dan ook navenant zwaarder kunnen zijn.⁹⁶ Wat variant (ii) betreft is hierboven al besproken dat het hier gaat om een intrinsieke problematische toepassing ter zake waarvan het EHRM ook bijzondere zorgvuldigheid eist. De *John Murray*-uitspraak vormt overigens een mooie illustratie van variant (i). In die zaak werd de 'adverse inference' niet toegepast om een bewijsgebrek (dat er niet was) te compenseren, maar (onder andere) om de door John Murray aangedragen – in zichzelf reeds zeer onaanvaardbaar – verklaring voor zijn aanwezigheid tijdens een politie-inval, in een woning waarin het slachtoffer van een wederrechtelijke vrijheidsberoving werd vastgehouden, af te wijzen als ongeloofwaardig.⁹⁷ Niet alleen had de 'adverse inference' daarmee een klein gewicht in de totale bewijsconstructie (gelet op de overige bewijsmiddelen), maar speelde het ook een afgebakende rol, beperkt tot de verwerping van een verweer in de vorm van een alternatieve verklaring.⁹⁸

De ruimte die er is voor de toepassing van 'adverse inferences' is aldus vrij krap bemeten

3.4 'Calls for an explanation', 'common sense', kwaliteitseisen

De ruimte die er is voor de toepassing van 'adverse inferences' is aldus vrij krap bemeten. Deze ruimte wordt voorts nog nader beperkt door de verdere (eveneens door het EHRM uit het Britse recht overgenomen) materiële voorwaarde dat 'adverse inferences' alleen worden toegepast wanneer 'common sense calls for an explanation'. Deze eis ziet op de *kwaliteit* van *specifieke gegevens* waartomtrent een verklaring wordt gezocht. Deze dienen namelijk intrinsiek, meer dan andere gegevens, om uitleg te vragen. Niet elk feit of bewijsmiddel zal daarbij in aanmerking komen. Verdedigbaar is dat in dit verband onderscheid kan worden gemaakt in typen feiten die *in het algemeen* geschikt zijn om een verklaring te verlangen, zoals (fysiek of) forensisch bewijs en aanwezigheid op

de plaats delict (dat zich erdoor kenmerkt dat het de (overtuigende) kracht van een betrapping op heterdaad benadert).⁹⁹

De aansluiting met het ‘common sense’-concept is helder in dergelijke gevallen. Als niets bekend is over de aanwezigheid van een verdachte ten tijde van een strafbaar feit, is het niet opvallend dat hij daarover zwijgt. Het wekt wel bevreemding als hij niet kan uitleggen waarom hij *wel* aanwezig was op de plaats delict. Indien een verdachte in het vooronderzoek niet alvast meldt hij soms aanwezig is geweest in een woning, maar dat later wel doet, *nadat* hij geconfronteerd wordt met forensisch bewijs in de vorm van zijn vinger- en palmafdrukken ter plaatse, wringt het ook dat hij daarover eerder heeft gezwegen. Van belang is wel dat deze categorie ‘gegevens die een verklaring verlangen’ niet te breed wordt opgevat. Niet in alle gevallen zal aanwezigheid op een bepaalde plek op een bepaald tijdstip even ‘curieus’ zijn (welke afstand en tijd gelden als begrenzing in dat verband?),¹⁰⁰ en niet alle forensische sporen zullen dwingend genoeg zijn het gezond verstand te ontwrichten in de afwezigheid van een verklaring.¹⁰¹

Bij andere typen gegevens (dan die aanleiding kunnen geven tot de toepassing van Secties 34 en 35) kan het nog moeilijker zijn goed onderscheid te maken tussen feiten die een verklaring verlangen versus ‘enkel belastende’ feiten. Dat noopt tot nog grotere zorgvuldigheid, waarbij het van groot belang is dat helder is om welke specifieke feiten (of verweren van de verdachte) het gaat. Algemeen zwijgen van de verdachte kan dus niet ongespecificeerd leiden tot de toepassing van ‘adverse inferences’, accurate duiding is ook van belang met het oog op eventuele dubbelingen (en duiding van gewicht en wijze van gebruik). Ook dient bewust te worden gehandeld bij koppelingen aan zwijgen in het voor- versus het eindonderzoek. In het eerste geval gaat het er niet om dat de verdachte heeft gezwegen over bepaalde feiten, maar dat hij dat niet eerder heeft gedaan en dat kan tot een andere weging leiden. Tot uitgangspunt nemend dat het EHRM vooral bij deze type (Sectie 34) ‘adverse inferences’ een precair karakter erkent, dient de zorgvuldigheid en specificiteit hier acuut te zijn, waarbij ook voldoende acht dient te worden geslagen op eventuele goede redenen voor het zwijgen.

Tot slot dient te worden gewezen op de betekenis die kan worden toegekend aan duidingen van de ‘sterkte’ van ‘adverse inferences’, zoals die voorkomen in de Britse zaken. Dergelijke kwalificaties kunnen twee betekenissen hebben, terwijl uit de rechtspraak van het EHRM niet duidelijk is welke dient te worden aangehouden. Als een toegepaste ‘adverse inference’ als ‘(very) strong’ wordt aangemerkt, kan dat betekenen dat het een grotere rol heeft gespeeld bij een veroordeling, hetgeen zou betekenen dat de zaak in de gevarenzone verkeert op de uiterstenschaal. Wanneer de krachtduiding vanuit *kwalitatief* perspectief wordt begrepen, wordt tot uitdrukking gebracht in hoeverre ‘common sense’ zich verzet tegen het uitblijven van een verklaring. In beide gevallen is van belang dat zo een duiding wordt gedaan, maar ook dat duidelijk is wat daarmee wordt bedoeld.

Uit de Straatsburgse rechtspraak blijkt dat het EHRM geruster is met toepassing van ‘adverse inferences’ door een professionele rechter die optreedt als ‘trier of fact’

3.5 Procedurele waarborgen

Wat de laatste beoordelingsfactor van procedurele waarborgen betreft, is allereerst van belang te benadrukken dat die er ook zijn.¹⁰² Bij de toepassing van ‘adverse inferences’ is aldus niet voldoende dat voldaan wordt aan materiële voorwaarden. Het uitblijven van bijzondere procedurele zorgvuldigheid kan ook doorslaggevend zijn voor eerlijkheid. Wat de waarborgen die in deze context van belang zijn betreft, hierboven is reeds gebleken dat het zwijgrecht, zeker in de context van ‘adverse inferences’, sterk geassocieerd is met het recht op rechtsbijstand en informatie (zeker in het vooronderzoek) en de onschuldpresumptie.¹⁰³ Bij toepassing van ‘adverse inferences’ dient derhalve nadrukkelijk aandacht te zijn voor implicaties op het geheel van de betrokken normen. Daarbij kunnen ook in concrete gevallen andere normen aan de orde komen, terwijl de algehele eerlijkheid steeds overkoepelend dient te worden bewaakt.

99 Dat zou ook verklaren waarom daarvoor afzonderlijke regelingen bestaan in het Britse recht (om zeker te stellen dat ‘adverse inferences’ in die gevallen in ieder geval mogelijk zijn).

100 Zie in dat verband *Averill*, par. 11 en 22, waarin klager (weliswaar in een voertuig) toch wel op enige afstand van de plaats delict staande is gehouden (tussen 8 en 14 mijl).

101 Zo ging het in HR 5 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7372 vooral om dat de verdachte niet wilde verklaren over het gegeven dat kort na het delict zijn haar verkleuringen vertoonde die wezen op verbranding, terwijl uit camerabeelden van een brandstichting bleek dat het hoofd van de dader, terwijl hij vluchtte, enige tijd in brand stond. In de enige (niet-ontvankelijk verklaarde) Straatsburgse zaak tegen Nederland, *Brown*, ontkende de verdachte op de dag van het strafbaar feit in Hilversum te zijn geweest, maar wilde niet verklaren over de strippenkaart, kort na de feiten gestempeld in de buurt van het treinstation in Hilversum, die hij bij aanhouding in zijn bezit had. De ECRM besloot in deze zaak dat ‘the taking into account by the Court of Appeal, in its assessment of the evidence, of the applicant’s failure to give any explanation as regards the public transport card at issue was a matter of common sense and cannot, as such, be regarded as unfair or unreasonable [...]’. Zie voor de uitspraak van de Hoge Raad in die zaak HR 3 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0733.

102 Zie ook over (het belang van) procedurele waarborgen bij de toepassing van ‘adverse inferences’, Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 715-722.

103 Zie daarover nader par. 4.

104 *John Murray*, par. 51 en *Condron*, par. 62.

105 In *Krumpholtz* achtte het Hof het problematisch dat klager zelf een zitting moest entameren: wilden de nationale gerechten een ‘adverse inference’ toepassen, dan hadden zij dat zelf moeten doen om hem te kunnen ondervragen en een indruk te vormen van zijn geloofwaardigheid (par. 41). In dit verband dient ook te worden gewezen op de noodzaak (bezien vanuit het aanwezigheidsrecht), tot nadere zorgvuldigheid bij verstekbehandelingen en aanhoudingsverzoeken. Zie in dat laatste verband (zonder dat sprake was van problematiek met betrekking tot ‘adverse inferences’), de recente uitspraken in EHRM 8 juni 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:

0608JUD006159116 (*Dijkhuizen t. Nederland*) en EHRM 27 juli 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0727JUD 007263117 (*X. t. Nederland*).

106 'Review' in appel van juryzaken heeft voorts niet hetzelfde herstellend vermogen als het kan hebben in de algehele eerlijkheidstoetsing, omdat een jury niet motiveert. Het is daarom niet mogelijk om te weten of en zo ja hoe een jury een 'adverse inference' heeft toegepast. Zie *Condron*, par. 63.

107 *John Murray*, par. 51.

108 In de zaak die leidde tot de klacht in *Brown* (HR 3 juni 1997, ECLI: NL:HR:1997:ZD0733) casseerde de Hoge Raad ook niet op basis van de nadere klacht dat in feitelijke aanleg niet was gewaarschuwd voor de gevolgen van het niet geven van een redelijke verklaring voor de strippenkaart, omdat ter zake geen cautieplicht bestaat.

109 *Magee*, par. 43. Zie ook Bemelmans 2018, p. 387.

110 *John Murray*, par. 66.

111 *John Murray*, par. 54.

112 Zie ook in dat verband Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 716.

113 Zie Van Merm, De Haan & De Roos 2020, p. 54, die afwijzend staan tegenover het verbinden van nadeel in de context van de bewijsbeslissing en een voorkeur hebben voor beloning voor medewerking, door middel van strafkorting. Over dit eigen voorstel overwegen zij voorts dat een wettelijke regeling niet noodzakelijk is, en, belangrijker, 'zelfs een negatief effect [kan] hebben, omdat zij kan werken als een uitnodiging tot strategisch gedrag in plaats van een waarheidsgetrouwe verklaring'.

114 Zie ook Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 719.

115 Het een en ander zou vrij gemakkelijk kunnen worden bewerkt via de invoering, naast een wettelijke grondslag voor de competentie om zwijgen in het nadeel te gebruiken, van cautie en beslissings- en motiveringsplichten. De laatste zouden kunnen zien op uitdrukkelijke beslissingen en motivering in verband met (i) met specificiteit (duiding van gegevens of verweren waaraan gevolgen worden verbonden aan het zwijgen); (ii) de aan de 'inference' toegekende sterkte; (iii) eventuele toepassing van meerdere inferences; (iv) de wijze waarop het zwijgen een rol speelt in de bewijsbeslissing, en (v) aangedragen goede redenen voor het zwijgen. Wat dat laatste betreft, verdachten in Nederlandse strafzaken kunnen natuurlijk ook hetzelfde type goede redenen hebben om te zwijgen. Zie in dat verband Van Dijk 2017, p. 32 en 34; Meijer & Ter Haar 2018, p. 46; Bemelmans 2018, p. 384 en Van Merm, De Haas & De Roos 2020, p. 53-54.

Uit de Straatsburgse rechtspraak blijkt voorts dat het EHRM geruster is met toepassing van 'adverse inferences' door een professionele rechter die optreedt als 'trier of fact'.¹⁰⁴ Dat is begrijpelijk – de materiële eisen zijn ingewikkeld en een rechter is veel beter in staat te garanderen dat de moeilijke beoordelingen op juiste wijze worden uitgevoerd. Het een en ander verklaart waarom het Hof in juryzaken erg strikt is waar het gaat om de toetsing van de instructie. Indien de toepassing van 'adverse inferences' in handen van de jury ligt, dient de rechter zo goed als mogelijk zeker te stellen, via 'proper direction', dat de jury zelf alle (materiële) eisen in acht neemt. Duidelijk is ook dat het een voorwaarde is dat de optie van 'adverse inferences' voldoende aan de orde wordt gesteld bij het onderzoek ter terechtzitting.¹⁰⁵ Gekoppeld aan het gegeven dat het Hof er ook moeite mee heeft dat een jury niet motiveert (en de instructie aan de voorkant ook daarom zo belangrijk is, omdat uit het juryoordeel niet blijkt hoe met de eisen is omgegaan),¹⁰⁶ kunnen deze op jury-rechtspraak georiënteerde regels voor het Nederlands stelsel worden getransponeerd naar procedurele waarborgen in de vorm van beslissings- en motiveringseisen. Dat wil zeggen, bij het gebruik van het zwijgen in het nadeel van de verdachte zou de Nederlandse rechter uitdrukkelijk moeten beslissen en motiveren, niet alleen algemeen over de toepassing van 'adverse inferences', maar ook – in verband met de noodzaak voor specificiteit – over het bewijs of feiten (of verweren) waaraan zij worden gekoppeld, eventuele door de verdachte aangedragen goede redenen voor het zwijgen, hoe sterk de 'inferences' zijn (ter duiding van de kwaliteit van bevreesdheid die wordt opgewekt) en de rol die zij spelen in de bewijsbeslissing.

Over de procedurele waarborg dat 'appropriate warnings must have been given to the accused as to the legal effects of maintaining silence'¹⁰⁷ kan in Nederland, omdat hier geen cautieplicht bestaat in deze zin (bij verhoor of bij het onderzoek ter terechtzitting),¹⁰⁸ verschillend worden gedacht. Wanneer hij gecautioneerd wordt dat hij ervoor kan kiezen te zwijgen, maar dat zwijgen ook in zijn nadeel kan werken komt de verdachte juist in een moeilijk verklaringsdilemma terecht en ontstaat

de 'indirecte druk'.¹⁰⁹ Ofwel, zoals het Hof erop wijst in *John Murray*, bij zo een cautie wordt de verdachte geconfronteerd met

'a fundamental dilemma relating to his defence. If he chooses to remain silent, adverse inferences may be drawn against him in accordance with the provisions of the Order. On the other hand, if the accused opts to break his silence during the course of interrogation, he runs the risk of prejudicing his defence without necessarily removing the possibility of inferences being drawn against him'.¹¹⁰

Juist als de verdachte te horen krijgt dat het zwijgen tegen hem kan werken geraakt hij aldus in een benarde positie. Niettemin, voor zover de mogelijkheid bestaat is de verdachte er uiteindelijk meer bij gebaat dat hij weet van de optie.

's Hofs voorkeur voor een gedetailleerde wettelijke regeling is helder. Het ligt aldus in de rede dat ook in Nederland wordt gekozen voor een wettelijke regeling

Tot slot, 's Hofs voorkeur voor een gedetailleerde wettelijke regeling is helder en speelt duidelijk een belangrijke rol in de algemeen goedkeurende positie die het inneemt ten opzichte van het Britse recht.¹¹¹ Het ligt aldus in de rede dat ook in Nederland wordt gekozen voor een wettelijke regeling.¹¹² Evenals dat geldt voor (de invoering van) een cautieplicht kan het gevolg van een wettelijke regeling ook zijn dat, omdat een pad wordt geëffend, die weg ook veel vaker bewandeld zal worden. Het is niet ondenkbaar dat dat laatste juist wenselijk wordt geacht (en politieke steun zal genieten). Hoe dat ook zij, de praktijk bestaat wel in Nederland en zeker waar een groeiende trend wordt gesignaleerd is er alle aanleiding om een wettelijke regeling te overwegen,¹¹³ niet alleen vanuit het perspectief van EVRM-verplichtingen, maar ook vanuit dat van het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel.¹¹⁴ De rechter heeft immers niet alleen te maken met ingewikkelde materiële en procedurele eisen, maar geeft zich ook op het kwetsbare terrein van een fundamenteel recht. Wettelijke afbakening zou eraan bijdragen dat bij toepassing daarvan geen belangrijke gezichtspunten worden gemist en het zwijgrecht niet op ontoelaatbare wijze wordt beperkt.¹¹⁵

Bij het overwegen van een wettelijke regeling, maar ook, in de afwezigheid daarvan, bij toepassing in de rechtspraak, is het ook van belang dat nagedacht wordt over nadere afbakening via eisen van proportionaliteits- en subsidiariteitseisen, waaronder ook via een beperking van toepassing tot delicten met een bepaalde ernst (door de optie alleen toe te laten bij delicten met een bepaald strafmaximum of bepaalde typen, zoals levensdelicten).¹¹⁶ Daar zou vooral aan kunnen worden gedacht waar het gaat om de toepassing van 'adverse inferences' bij zwijgen in het vooronderzoek, in welk verband het Hof 'particular caution' en 'necessarily limited' toepassing verlangt. Gelet op de sterke rol die de 'ambush defence' als rechtvaardiging speelt bij deze variant in het Britse recht (ook al is dat niet de enige functie bij deze variant), maar vooral ook de (hierboven genoemde) gecompliceerde beoordelingen waartoe het kan nopen, alsmede het gegeven dat het de verdachte die ter zitting zou willen kiezen om vrijuit te verklaren kan belemmeren, verdient het sterk de voorkeur aan deze toepassing geen (verder) gevolg te geven in Nederland,¹¹⁷ dan wel die zeer afgebakend te ordenen zodat de toepassingsruimte zeer goed bewaakt is, ook met garantie van voldoende aandacht voor goede redenen die er kunnen zijn geweest voor een zwijgende positie in het vooronderzoek.¹¹⁸ Bij het verbinden van gevolgen aan het zwijgen ter zitting zijn er echter ook sterke argumenten – in de eerste plaats het fundamentele karakter van het zwijgrecht – uit te gaan van een exceptionele toepassingsruimte. Gedacht kan worden aan beperkte toepassing, enkel bij bepaalde typen (ernstige) delicten (of, juist, *niet* bij ernstige delicten),¹¹⁹ of helder afgebakende feitelijke situaties waarin 'common sense' sterk legitimeert dat aan het zwijgen een bepaalde betekenis wordt toegedicht. Het een en ander kan nader worden bewaakt door via een proportionaliteits- en subsidiariteitsregel, bovenop de hierboven besproken eisen,¹²⁰ te eisen dat de rechter in het concrete geval steeds afzonderlijk toetst of het effect dat aan het zwijgen wordt toegekend binnen aanvaardbare perken blijft.

4 Uitleidende reflecties

Wanneer het Straatsburgse kader met betrekking tot 'adverse inferences' uit het zwijgen wordt ontrafeld blijken er strikte

eisen te gelden, die gezamenlijk opleveren dat er maar beperkte ruimte bestaat voor de toepassing ervan. Dat verhoudt zich goed met de EHRM-rechtspraak met betrekking tot andere typen beperkingen van het zwijgrecht (waarbij sprake is van directe dwang of wilsdoorbreking), alsook met het fundamentele karakter van het zwijgrecht.

Wanneer het Straatsburgse kader met betrekking tot 'adverse inferences' uit het zwijgen wordt uitgekapt blijken er strikte eisen te gelden, die gezamenlijk opleveren dat er maar beperkte ruimte bestaat voor de toepassing ervan

Tegelijkertijd is de Straatsburgse rechtspraak over dit thema complex en moeilijk te hanteren voor actoren in de strafrechtspiegeling. Allereerst heeft dat ermee te maken dat het kader zich op verschillende wijzen laat interpreteren, ook waar het gaat om kernvragen als die met betrekking tot hoeveel gewicht het zwijgen kan hebben in een bewijsconstructie (of, omgekeerd, hoeveel ander bewijs er dient te zijn voordat het zwijgen daarbij kan worden betrokken) en op welke wijze van het zwijgen gebruik kan worden gemaakt. Wat het – moeilijkst te duiden – aspect van gewicht betreft, lijkt uiteindelijk de juiste conclusie te zijn dat Straatsburg de toepassing van 'adverse inferences' enkel bij reeds (zeer) sterke zaken goedkeurt en een sterke voorkeur heeft voor een inzet waarbij zij de functie hebben andere bewijsmiddelen te beoordelen.¹²¹

In de tweede plaats blijkt hoe ingewikkeld het Straatsburgse kader is wanneer op nationaal niveau wordt gekeken naar de aansluiting daarop. Het was geen doel in deze bijdrage te toetsen of in Nederland wel op EVRM-conforme wijze wordt omgegaan met het verbinden van nadelige gevolgen aan het zwijgen in de context van de bewijsbeslissing. Kort kan wel verwezen worden naar ander onderzoek, van de in deze bijdrage meermaals genoemde verschillende auteurs, waaruit blijkt dat het zelfs moeilijk kan zijn te duiden wat in verschillende jurisdicties de precieze

116 Dergelijke beperkingen zijn niet aan de orde in de twee Britse regelingen. Kijkend naar zaken die door het EHRM zijn beoordeeld, bestaat daarin ook een grote variatie in typen en ernst van delicten.

117 Het komt wel voor in de Nederlandse rechtspraak dat zwijgen in het vooronderzoek (dan wel pas laat in het eindonderzoek, waaronder bij hoger beroep) kan leiden tot een bewijsoverweging ten nadele van de verdachte. Zie Meijer & Ter Haar 2018, p. 60-61. Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021 stellen voorts in dat verband vast dat 'Dutch courts do not appear to subject pre-trial silence to greater scrutiny or more stringent requirements for drawing adverse inferences, than silence at trial' (p. 717). Zie van dezelfde auteurs (p. 718-719) ook over de voor de te kiezen vroege procespositie belangrijke informatievoorziening in het vooronderzoek in Nederland.

118 Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 717, geven aan dat 'Dutch courts [...] seem suspicious of the suspect's reasons for remaining silent. For example, in a 2018 Supreme Court case, the suspect's desire not to implicate their sister and cosuspect was not considered valid to justify silence, because protecting a family member was not their only motive: the silence was also self-serving. Invoking fear of reprisals, likewise, is unlikely to be considered a valid reason'.

119 Zie in dat verband Bemelmans 2018, p. 392, in verband met 'ingrijpende bewijsvermoedens', ten aanzien waarvan hij vaststelt dat het bij toepassing daarvan in de Nederlandse rechtspraak 'niet om de meest ernstige delicten [gaat], waardoor bijvoorbeeld ruimte tot veroordelingen bij twijfel die jaren onterechte gevangenisstraf tot gevolg hebben niet bestaat'.

120 Zie in dit verband ook de 'concurring opinion' van rechter Wojtyczek bij *O'Donnell*, die pleit voor een uitdrukkelijke proportionaliteitsregel in het 'adverse inferences' kader, om te garanderen dat de toepassingsruimte *exceptioneel* blijft.

121 Zie ook Meijer & Ter Haar 2018, p. 47-51.

stand van zaken is met betrekking tot de omgang met verscheidene aspecten van het kader. Uit het rechtsvergelijkend onderzoek van Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt blijkt voorts ook dat er significante verschillen bestaan in de wijze waarop met verschillende aspecten van het *John Murray*-kader wordt omgegaan in de door hen onderzochte systemen – alle landen die geleid zouden moeten worden door de rechtspraak van het Hof.¹²²

In de recente literatuur wordt door sommige auteurs ook voor Nederland vastgesteld dat de aansluiting met de Straatsburgse rechtspraak niet steeds goed is.¹²³ Dat geldt ook waar het gaat om het kernaspect van gewicht dat een ‘adverse inference’ kan hebben in een bewijsconstructie. In dat verband zijn er conclusies dat het erop lijkt dat de Hoge Raad daarin verder gaat dan door het EHRM toelaatbaar wordt geacht.¹²⁴ Kijkend naar de eigen formule die de Hoge Raad in verband met het fenomeen gebruikt, is het inderdaad moeilijk vast te stellen welke parameters daarbinnen worden gehanteerd. Vanouds is de regel in de cassatierechtspraak dat ‘[d]e omstandigheid dat een verdachte weigert een verklaring af te leggen of een bepaalde vraag te beantwoorden’ op zichzelf, mede gelet op het bepaalde in artikel 29, eerste lid, Sv, ‘niet tot het bewijs [kan] bijdragen’. Van gebruik als zelfstandig bewijs, van welk gewicht dan ook, is aldus niet aan de orde. De Hoge Raad sluit echter niet uit dat de rechter

aan recente rechtspraak waarin de Hoge Raad, in verschillende bijzondere contexten, ruimte laat aan de feitenrechter de ‘procesopstelling’ van de verdachte mee te laten spelen. Het gaat daarbij om contexten waarin er wel bewijs is dat een strafbaar feit (veelal diefstal met braak), door meerdere personen is begaan, maar niet wat de rol van de verdachte daarin was, dan wel die waarin het moeilijk is vast te stellen of een verdachte zich schuldig heeft gemaakt aan diefstal, heling of witwassen. In deze rechtspraak¹²⁶ gebruikt de Hoge Raad niet zozeer een andere formule dan de bovengenoemde, maar valt op dat hij in voorafgaande beschouwingen erop wijst dat de ‘procesopstelling’ van de verdachte een rol kan spelen.¹²⁷ Het blijft ook zo dat er wel iets aan de hand moet zijn (dat vraagt om een verklaring), zoals dat de verdachte is aangetroffen onder omstandigheden die wijzen op (een bepaalde vorm van) betrokkenheid of gestolen voorwerpen of voorwerpen die gebruikt zijn bij een strafbaar feit (kort na het plegen daarvan), voorhanden heeft. Deze rechtspraak lijkt echter inderdaad ver te gaan waar het gaat om het verbinden van nadeel aan zwijgen. Dat is vooral zo omdat het zwijgen wordt ingezet om een vrij grote bewijsrechtelijke sprong te maken, terwijl het steeds om een essentieel onderdeel van het probandum gaat (of er sprake is van medeplegen (dan wel medeplichtigheid), dan wel welk feit precies begaan is).¹²⁸

Als gezien wordt wat de Hoge Raad *doet* in tegenstelling tot wat hij in algemene criteria zegt, komt het erop neer dat hij ook steeds eist dat het zwijgen alleen wordt ingezet bij bewijsrechtelijk sterke zaken

Op basis van hun uitgebreide analyse komen Meijer & Ter Haar uiteindelijk tot de conclusie dat de Hoge Raad, niet-tegenstaande de formuleringen die hij gebruikt, in concrete zaken eigenlijk niet afwijkt van het EHRM (waar het gaat om de kerneisen van gewicht en wijze van gebruik). Ofwel – evenals dat geldt voor het Hof – als gezien wordt wat de Hoge Raad *doet* in tegenstelling tot wat hij in

122 Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021 (zie de bijdrage als geheel).

123 Zie in dat verband uitgebreid met betrekking tot verschillende aspecten, Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021 (zie de bijdrage als geheel).

124 Crijns & Dubelaar 2020, p. 141-144 en Meijer & Ter Haar 2018, p. 51, Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 711-715.

125 Zie HR 3 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0733, NJ 1997/584 en recenter: HR 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1767. Zie N. Jörg, in: Melai/Groenhuijsen e.a., *Het wetboek van strafverordening*, art. 29, aant. 17.2: ‘Stilzwijgen van de verdachte kan de rechter sterken in zijn overtuiging dat de verdachte de dader is. Dat wil zeggen dat het zwijgen van de verdachte geen bewijsmiddel, maar wel een bewijsoverweging kan opleveren’ (en voor de (technische) redenen waarom het zwijgen niet als bewijsmiddel kan worden opgevat, aant. 17.1). Zie ook dit commentaar (17.2) in verband met het afleiden van kennelijke leugenachtigheid uit het zwijgen, hetgeen de Hoge Raad niet toestaat. Zie in verband met leugenachtige verklaringen de ontvankelijkheidsbeslissing in EHRM 4 juli 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0704DEC004314998 (*Mink K. t. Nederland*). Zie ook in dat laatste verband, Bemelmans 2018, p. 255.

126 Zie voor uitgebreide bespreking daarvan Meijer & Ter Haar 2018, p. 55-60 en Crijns & Dubelaar 2020, p. 142-144. Zie ook Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 711-713, die de rechtspraak aangaande medeplegen/medeplichtigheid duiden in termen van een wijze van gebruik en stellen dat ‘[t]he silence of the suspect, or the failure to provide a contradictory narrative, is taken as indirect proof of a more aggravated form of criminal participation’ (p. 712).

127 Meijer & Ter Haar 2018, p. 47.

128 Zie ook Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 713

‘indien een verdachte voor een omstandigheid die op zichzelf of in samenhang met de verdere inhoud van de bewijsmiddelen beschouwd redengevend moet worden geacht voor het bewijs van het aan hem telastgelegde feit, geen redelijke, die redengevendheid ontzenuwende, verklaring heeft gegeven, *zults niet in zijn overwegingen omtrent het gebezigde bewijsmateriaal zou mogen betrekken* [curs. PÖ]’.¹²⁵

Veel hangt af van de betekenis van ‘redengevendheid’. Voor zover het zwijgen in deze formule alleen de functie heeft om de redengevendheid van andere bewijsmiddelen of omstandigheden te versterken, lijkt de Hoge Raad aan de veilige kant van het *John Murray*-spectrum te staan.

De vraag is echter of de Hoge Raad het daartoe beperkt houdt, of beter gezegd: of de Hoge Raad *nog steeds* uitgaat van zo een beperkte toepassing. De stelling dat de Hoge Raad meer toestaat dan Straatsburg wordt in de literatuur namelijk gekoppeld

algemene criteria zegt, komt het erop neer dat hij ook steeds eist dat het zwijgen alleen wordt ingezet bij bewijsrechtelijk sterke zaken. Dat geldt algemeen, ook voor de recentere rechtspraak waarin de procesopstelling als afwegingsfactor wordt benadrukt in de bedoelde bijzondere contexten.¹²⁹

Bemelmans maakt onderscheid tussen twee typen toepassingen van gevolgtrekkingen aan de (zwijgende) proceshouding van de verdachte, bij de verwerping van *Meer en Vaart*-verweren waarbij de verdachte weigert antwoord te geven op over het verweer gestelde vragen en in meer algemene gevallen zoals geduid door de Hoge Raad in de ‘ontzenuwingsformule’ hierboven genoemd. Van deze twee varianten acht Bemelmans (die de waarde-ring doet vanuit het perspectief van de onschuldpresumptie), de eerste het minst problematisch, maar stelt ook vast dat de tweede, meer algemene toepassing, in ieder geval ‘op het eerste gezicht,’ ook niet bezwaarlijk behoeft te zijn. Dat is niet het geval wanneer tot uitgangspunt dient te worden genomen dat in de bedoelde situatie de feiten ‘voorshands’ wel bewezen zijn, terwijl de verdachte daarover geen twijfel heeft kunnen zaaien. Het gaat er dan om dat een verdachte een (ander) feit dat redengevend kan worden geacht voor het bewijs niet heeft kunnen betwisten (het zwijgen zelf is niet redengevend).¹³⁰ Daarmee wordt geen bewijsgat gedicht, maar ‘versterkt en verklaart (het zwijgen) louter een ook anderszins deugdelijke bewijsconstructie’.¹³¹ Terecht wijst Bemelmans er echter op dat het probleem nu juist is dat het niet duidelijk is wat de Hoge Raad bedoelt met de formule.¹³² Wat de recente rechtspraak met betrekking tot het bewijs van witwassen en medeplegen betreft, wekt deze volgens Bemelmans ‘de indruk dat niet reeds van vooralsnog bewezen feiten sprake hoeft te zijn, maar dat het zwijgen van de verdachte ook kan bijdragen aan het bereiken van de waarschijnlijkheidsgraad van bewijs buiten redelijke twijfel’, en dat het een en ander erop wijst dat ‘het zwijgen van de verdachte wél bij kan dragen aan de voldoende waarschijnlijkheid van het bewezen te verklaren feit’.¹³³ In ieder geval ziet hij in de rechtspraak van de Hoge Raad geen gevallen waarin de cassatierechter heeft vastgesteld dat ‘de gevolgtrekkingen uit het zwijgen te ver gingen’.¹³⁴ Omdat hij tot

uitgangspunt neemt dat het EHRM niet ‘zonder meer’ de eis stelt ‘dat de bewijsconstructie “rond” is voordat een verwijzing naar het beroep op het zwijgrecht van de verdachte kan worden aanvaard’ behoeft dat volgens hem geen conflict met de Straatsburgse rechtspraak op te leveren.¹³⁵ Dat geldt ook voor wat betreft de ‘stand van het bewijs op het moment van de gevolgtrekking’, hetgeen hij als ‘de belangrijkste factor’ aanwijst, waarbij in zijn vaststelling ‘[d]e Hoge Raad [...] de bovenbedoelde ruimte tot nu toe dan ook alleen [laat] in gevallen waarin de betrokkene onder bijzonder verdachte omstandigheden is aangetroffen’.¹³⁶ Met zekerheid is evenwel niet vast te stellen wat de stand van zaken is in de rechtspraak van de Hoge Raad; de mogelijkheid is er ook dat de Hoge Raad het ‘niettemin toelaatbaar [acht] dat een op zichzelf onvoldoende deugdelijke bewijsconstructie die ruimte laat voor redelijke twijfel over de schuld van de verdachte door de zwijgzaamheid van die verdachte wordt ‘aangevuld’ tot afdoende waarschijnlijkheid is bereikt’.¹³⁷ Dan kan dat wel problematisch zijn, omdat daarmee aan de verdachte een ‘bewijsvoeringslast’ wordt opgelegd, terwijl ‘zijn schuld aan iets wezenlijks voorlopig is bewezen’, ofwel, terwijl er enkel nog een ‘ernstige verdenking’ is. In dat geval is er ‘nadere onderbouwing en afbakening’ noodzakelijk volgens Bemelmans,¹³⁸ omdat er dan sprake is van een ‘ingrijpende, buitenwettelijke inbreuk’ op de onschuldpresumptie, maar ook op het zwijgrecht. Wat dat laatste betreft ‘[i]s het juist dat het gebruik van het zwijgrecht beslissend kan zijn voor de bewijsbaarheid van de feiten, dan is ook afbakening van de precieze voorwaarden waaronder dat kan, gewenst’.¹³⁹

Het voert hier te ver om uitgebreid op deze recente Nederlandse jurisprudentie in te gaan, maar een opmerking is nuttig in verband met de aansluiting met de Straatsburgse rechtspraak. De vraag kan namelijk worden gesteld of het hier wel gaat om dezelfde situatie die beheerst wordt door de *John Murray*-zaken, of dat de Hoge Raad hier in wezen uitvoering geeft aan een ander fenomeen, te weten de toepassing van bewijsvermoedens,¹⁴⁰ een andere tak van sport, ook binnen de Straatsburgse rechtspraak. Het kan ook zo zijn dat de Hoge Raad de twee lijnen van rechtspraak vermengd toepast.¹⁴¹

129 Meijer & Ter Haar 2018, p. 51-63.

130 Bemelmans 2018, p. 385.

131 Bemelmans 2018, p. 385.

132 Bemelmans 2018, p. 386. Eveneens terecht wijst Bemelmans in dat verband op HR 5 juni 2012, ECLI: NL:HR:2012:BW7372: ‘De Hoge Raad acht daarin onjuist de opvatting dat het zwijgen van de verdachte alleen aan het bewijs kan bijdragen wanneer van een formidable case sprake is, hetgeen – volgens de steller van het middel – zou inhouden dat de feiten reeds bewijsbaar zijn zonder rekening te houden met het zwijgen van de verdachte, en tevens dat de rechter dit uitdrukkelijk vaststelt. Doordat de Hoge Raad hier drie standpunten (formidable case, reeds bewijsbaar zonder zwijgen, uitdrukkelijke vaststelling) samen als onjuist verwerpt, blijft in het midden wat de Hoge Raad nu precies onjuist acht. Hoeft een zaak niet formidabel te zijn? Brengt die eis niet mee dat de zaak ook zonder het zwijgen van de verdachte bewijsbaar had moeten zijn? Of klopt dat wel, maar is de opvatting onjuist dat de feitenrechter dit uitdrukkelijk moet vaststellen?’, Bemelmans 2018, p. 386.

133 Bemelmans 2018, p. 386.

134 Bemelmans 2018, p. 386.

135 Bemelmans 2018, p. 386.

136 Bemelmans 2018, p. 386.

137 Bemelmans 2018, p. 387.

138 Bemelmans 2018, p. 387.

139 Bemelmans 2018, p. 387.

140 Zie over het gebruik van wettelijke bewijsvermoedens vanuit het perspectief van het zwijgrecht, Crijns & Dubelaar 2020, p. 144-147.

141 Zie ook, uitgebreid en problematiserend, Bemelmans 2018, 388-394. Zie ook Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 711-713.

Die mogelijkheid hangt samen met een nadere complexiteit in de Straatsburgse rechtspraak. Hierboven is al opgemerkt dat bij de selectie van rechtspraak die ziet op de toepassing van ‘adverse inferences’, bepaalde uitspraken niet zijn meegenomen, omdat de klachten daarin meer zijn ingestoken vanuit de onschuldpresumptie, ondanks dat ‘adverse inferences’ ook een rol spelen daarin. Dergelijke zaken zijn moeilijk te duiden, omdat het daarin vaak niet duidelijk is vanuit welke van de twee normen, onschuldpresumptie of zwijgrecht, wordt getoetst.¹⁴² Dat heeft te maken met de zeer nauwe verhouding tussen de twee normen (althans tussen het zwijgrecht en de bewijsrechtelijke aspecten van de onschuldpresumptie).¹⁴³

De verhouding tussen de twee normen kan als volgt worden begrepen. Veroordeling zonder dat de zwaardere strafrechtelijke bewijsstandaard is behaald is in strijd met de onschuldpresumptie. In dat verband behoeven ‘adverse inferences’ geen rol te spelen: een veroordeling op basis van te weinig bewijs kan ook op zichzelf tot een schending van artikel 6 EVRM leiden. Omdat het vaak moeilijk is vooral bepaalde typen delictsbestanddelen te bewijzen, is er een wijdverbreide praktijk in nationale jurisdicties gebruik te maken van wettelijke of jurisprudentiële (juridische of feitelijke) bewijsvermoedens. Die brengen met zich mee dat wanneer vastgesteld kan worden dat sprake is van X, vermoed kan worden dat ook sprake is van Y, en dat het dan aan de verdachte is om de juistheid van het vermoeden in het concrete geval te ontkrachten. Zo een vermoeden kan echter niet zo worden opgesteld dat het in wezen onmogelijk is te weerspreken. Als dan een bewijsprobleem wordt opgelost met een ongeschikt vermoeden, kan dat ook leiden tot schending van de onschuldpresumptie. Dan is een te zwakke bewijspositie immers opgelost met een niet legitiem vermoeden. Een wettelijk bewijsvermoeden kan zijn dat de kentekenhouder van een voertuig ook de bestuurder was ten tijde van een verkeersovertreding,¹⁴⁴ of dat de bestuurder van een rechtspersoon verantwoordelijk is voor de fiscale huishouding, zonder dat opzet dient te worden bewezen voor een onjuiste aangifte.¹⁴⁵ ‘Algemene ervaringsregels’, criteria als de ‘uiterlijke verschijningsvorm van een gedraging’, kunnen ook als jurisprudentiële bewijsver-

moedens worden opgevat: als de algemene-ervaringsregel (‘common sense’) is dat een bepaald gegeven op een bepaalde conclusie wijst, kan daarvan worden uitgegaan, terwijl de verdachte de mogelijkheid dient te hebben om het een en ander tegen te spreken.¹⁴⁶ In beide gevallen gelden ook inhoudelijke kwaliteitseisen, bewijsvermoedens en algemene-ervaringsregels moeten aldus hout snijden.¹⁴⁷ Ofwel, ook hier zou ‘common sense’ een aanname moeten kunnen ondersteunen. Deze praktijk lijkt aldus op het fenomeen hierboven besproken, waarbij uit andere bewijsmiddelen (dan het gegeven dat de verdachte heeft gezwegen) andere gegevens worden afgeleid. Het gaat daarbij steeds om hetzelfde probleem, namelijk het oplossen van bewijsmoeilijkheden.¹⁴⁸ Het zwijgrecht kan daarbij betrokken raken wanneer een bewijsvermoeden vooral wordt gedicht op basis van de overweging dat de verdachte niet heeft weersproken of wanneer hij gedwongen wordt te verklaren om het bewijsvermoeden buiten werking te stellen. Als dat gebeurt kan het zijn dat beide normen worden geschonden door dezelfde toepassing. Bemelmans stelt vast dat de twee methoden van bewijsverlichting (gevolgtrekkingen verbinden aan het zwijgen en het gebruik van vermoedens) dan ‘interacteren’.¹⁴⁹

Bij ‘adverse inferences’-rechtspraak wordt vooral vanuit het zwijgrecht getoetst, bij bewijsvermoedens vooral vanuit de onschuldpresumptie, maar het Hof kan ook onduidelijk en inconsistent zijn bij het kiezen van een lijn

Het bestaan van twee aparte lijnen in de Straatsburgse rechtspraak is problematisch omdat de gelijkenis groot is, maar van andere toetsingskaders wordt uitgegaan. Bij ‘adverse inferences’-rechtspraak wordt vooral vanuit het zwijgrecht getoetst, bij bewijsvermoedens vooral vanuit de onschuldpresumptie, maar het Hof kan ook onduidelijk en inconsistent zijn bij het kiezen van een lijn. Soms zegt het dat

142 Zie in verband met *Telfner* overigens ook Bemelmans 2018, p. 232, die de schending in die zaak ook relateert aan de binnen de onschuldpresumptie geldende eis van niet-vooringenomen bewijswaardering.

143 Zie uitgebreid over de verhouding tussen het zwijgrecht en de onschuldpresumptie, Bemelmans 2018, p. 4-5, p. 7, p. 99-102 (mede gezien vanuit de grondslagen van de onschuldpresumptie) en p. 192-193, 253-254, 501-502. Zie ook over deze verhouding Meijer & Ter Haar 2018, p. 47 en J.S. Nan, ‘Richtlijn 2016/343, betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld; iets nieuws onder de zon?’, *DD* 2016, afl. 9, p. 706-707 en p. 718.

144 EHRM 19 oktober 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:1019DEC006627301 (*Falk t. Nederland*).

145 EHRM 3 juni 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0603JUD004843118 (*Busuttil t. Malta*).

146 Zie ook Bemelmans 2018, p. 388.

147 Bemelmans 2018, p. 388.

148 Zie uitgebreid Bemelmans 2018, p. 373-394.

149 Bemelmans 2018, p. 389.

klachten over beide normen op hetzelfde neerkomen, soms toetst het (vooral) vanuit het perspectief van een van de twee normen en soms past het de twee kaders vermengd toe. Vooral is daarbij het probleem dat de criteria anders zijn. In de context van bewijsvermoedens geldt dat, omdat de onschuldpresumptie (ook niet) absoluut is, (i) feitelijke of juridische bewijsvermoedens in principe zijn toegestaan; (ii) zolang daarbij binnen redelijke grenzen wordt gebleven; (iii) met inachtneming van belangen en eerbiediging van de rechten van de verdediging, hetgeen uitmondt in (iv) de eis dat de ‘means employed have to be reasonably proportionate to the legitimate aim sought to be achieved’.¹⁵⁰

Die proportionaliteitseis is van belang, omdat daarmee een beleidsmatige beslissing wordt verondersteld. Ofwel, er moet een legitieme reden zijn om een bewijsvermoeden in te zetten, zoals de noden van handhaving van de verkeersveiligheid, of de internationale afspraken om daadkrachtig op te treden tegen witwassen.¹⁵¹

In dat verband kan gesteld worden dat aan *wettelijke* bewijsvermoedens meer waarde worden toegekend, in ieder geval in de zin dat een *wetgever* aan de invoering daarvan een zorgvuldige beleidsbeslissing heeft doen voorafgaan¹⁵² en daarmee de redelijkheid van het vermoeden gegarandeerd is. Dat geeft meer waarborgen dan wanneer het kiezen van welke gegevens als steekhoudend kunnen worden opgevat incidenteel door een rechter wordt bepaald. In die zin is het ook beter wanneer in de rechtspraak wordt gewerkt met in ieder geval vaste en concrete vermoedens. Daarbij kan worden gedacht aan het type vermoeden dat de Hoge Raad inzet bij de hierboven bedoelde recente rechtspraak. Op dezelfde wijze heeft het een meerwaarde wanneer in de wet wordt afgebakend onder welke omstandigheden en in verband met welk type gegevens ‘adverse inferences’ kunnen worden gekoppeld aan het zwijgen (zoals in Secties 36 en 37 van de CJPOA 1994).

Van belang is echter ook dat de Straatsburgse rechtspraak duidelijker wordt over de twee typen situaties, waarbij de gelijkheid tussen de situaties bij voorkeur wordt opgelost door een helder kader waarin is aangegeven wanneer zij volledig samenkomen en in welke situaties de ene norm wel en de andere norm niet aan de orde is (en welke verschillen er zijn in te hanteren

maatstaven in verschillende situaties). Gelet op het feit dat het een en ander wel vaak samenvalt is er veel voor te zeggen ook de criteria gelijk(er) te trekken. Dat wil zeggen, de in deze bijdrage besproken eisen voor de toepassing van ‘adverse inferences’ zouden dan ook dienen te gelden bij de toepassing van bewijsvermoedens, voor zover daarbij de zwijgende procesopstelling van de verdachte wordt meegenomen als factor.¹⁵³ Omgekeerd kan worden gesteld dat het bestaan van een expliciete proportionaliteitseis in de context van bewijsvermoedens nadere aanleiding geeft die eis ook te stellen in de context van ‘adverse inferences’.

Van geen van de hier besproken eisen (die in het Britse recht gelden en door Straatsburg zijn overgenomen), kan gesteld worden dat die in het Nederlands stelsel ongeschikt zijn. Integendeel, ze zijn allemaal nuttig en wenselijk

Een volgende kwestie die vraagt om een conclusie is of het gegeven dat het Straatsburgse kader in zo een nauwe verbinding met het Britse recht is opgebouwd enige belemmeringen opwerpt voor overname van alle aspecten daarvan in Nederland. Van geen van de hier besproken eisen (die in het Britse recht gelden en door Straatsburg zijn overgenomen),¹⁵⁴ kan gesteld worden dat die in het Nederlands stelsel ongeschikt zijn. Integendeel, ze zijn allemaal nuttig en wenselijk. Het bezien van de Straatsburgse eisen in het licht van het Britse recht levert wel op dat de elementen van het *John Murray*-kader beter te begrijpen zijn. Dat benadrukt dat het belangrijk is – zoals ook betoogd door Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt – steeds zorgvuldig te bezien hoe die eisen in de context van het eigen systeem uitpakken, waarbij soms bepaalde eigenaardigheden, die op het eerste gezicht niet gerelateerd lijken te zijn aan het zwijgrecht, toch een bepaalde (wenselijke dan wel onwenselijke) invloed kunnen blijken te hebben.¹⁵⁵

Ook hebben deze auteurs gelijk dat (zoals blijkt uit het bestaan van verschillen in nationale stelsels), dat meer duidelijk-

150 *Busuttil t. Malta*, par. 46-47. Zie over de Straatsburgse rechtspraak over bewijsvermoedens, Bemelmans 2018, p. 216-224 en p. 242-253.

151 Zie ook *Zschüschen t. België*, par. 23.

152 Zie ook Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, die in de context van de medeplegen/medeplichtigheid-rechtspraak van de Hoge Raad een voorkeur uitspreken voor regeling via een wettelijk bewijsvermoeden (p. 713).

153 Zie ook de verwijzing in N. Jörg, in: Melai/Groenhuijsen e.a., *Het wetboek van strafvordering*, art. 29, aant. 17.2, naar T.M. Schalken, ‘Toekomstige wetgeving inzake witwassen: over oude en nieuwe bezwaren’, *DD* 1999, afl. 4, p. 287-308.

154 Terecht stellen Meijer & en Ter Haar aan de orde dat in verschillende Straatsburgse uitspraken (maar ook beslissingen) andere formuleringen worden gebruikt in zaken tegen andere landen dan het Verenigd Koninkrijk, waarbij gewezen wordt op het verschil tussen bewijsstelsels (vanuit het perspectief van vrije bewijswaardering) in common-law- en civil-law-landen. Met deze auteurs kan worden gesteld dat de conclusie evenwel dient te zijn dat het een en ander niet de betekenis heeft dat het Hof, in ieder geval voor zover het gaat om de hier besproken elementen van het *John Murray*-kader, uitgaat van andere toetsingsmaatstaven voor verschillende stelsels. Zie Meijer & Ter Haar 2018, p. 48-49.

155 Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 721. Zo wijzen Crijns & Dubelaar 2020 op de algemene procescultuur in Nederland, waarin een grote rol wordt toebedeeld aan de verklaring van de verdachte (p. 124-125) en naast de reeds genoemde impact van de versterking van het recht op rechtsbijstand op de neiging van de rechter om meer aandacht te hebben voor het zwijgen van de verdachte, ook de verscherping van de criteria in verband met medeplegen door de Hoge Raad als verklaring daarvoor zien (p. 143-144). Zie ook Bemelmans 2018, p. 239-240, over de mogelijkheden die een actieve versus lijdelijke rechter heeft om ‘de bewijslast te beïnvloeden’. Daly, Pivatty, Marchesi & Ter Vrugt 2021, benoemen onder andere voorts, in verband met het verbinden van nadeel aan het zwijgen in het vooronderzoek het gegeven dat Nederlandse rechters, anders dan in andere landen, altijd toegang hebben tot processen-verbaal van verhoor en aldus altijd op de hoogte raken van het zwijgen bij verhoor (p. 702-703). Ook zij wijzen voorts op procescultuur: ‘[a]ll in all, the Dutch approach to adverse inferences from suspect’s

heid wenselijk is over de van toepassing zijnde maatstaven, ook in verband met de gebleken moeilijkheden bij het bereiken van consensus in het kader van de Richtlijn (EU) 2016/343 van het Europese Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn, waarin ook een bepaling is vervat met betrekking tot 'adverse inferences'.¹⁵⁶ Daarom stellen zij voor, bezien hun verwachting dat er sprake is van een groeiende trend in Europa wat betreft de toepassing ervan,¹⁵⁷ dat de Europese Commissie, die daarin 'assertiever' zou kunnen zijn dan de Europese rechter, tot verduidelijkende en harmoniserende aanbevelingen komt.¹⁵⁸

Het zwijgen van de verdachte kan een rol spelen in zijn nadeel, maar het verwerken daarvan valt onder de hoge bewijskunst en dat is nu precies de taak van de rechter

In deze bijdrage is de positie gekozen dat het Hof het antwoord op de vragen naar gewicht, maar ook de wijze van gebruik, buiten het uitsluiten en het zonder meer accepteren van de twee uitersten op de *John Murray*-schaal, (bewust) niet geeft, maar belangrijke nadere afbakening in acceptabele toepassingsruimte aanbrengt in de overige materiële en procedurele eisen (zoals de aandacht voor goede redenen, kwaliteitseisen voor gegevens waaraan 'adverse inferences' kunnen worden gekoppeld en specificiteit in toepassing en procedurele waarborgen). Daardoor is het van groot belang dat alle aspecten van het kader (systematisch) worden toegepast, zodat de beoogde gezamenlijke afbakening wordt verwezenlijkt. Al deze cumulatieve eisen brengen reeds in wezen veel helderheid; het is dan aan nationale actoren daaraan ten volle uitvoering te geven. Wat nadere helderheid uit Straats-

burg betreft, kunnen nationale actoren ook bewerkstelligen dat die die wordt geboden, met een specifieke oriëntatie op het eigen stelsel, door actiever te procederen bij het EHRM, dan wel gebruik te maken van de optie om een 'advisory opinion' te vragen bij het Hof.

Blijvend onderzoek naar en bezinning op het gebruik van het zwijgen in het nadeel van de verdachte in het Nederlandse strafproces is hoe dan ook duidelijk noodzakelijk, ook zodat problematische aspecten zichtbaar worden (en in het kader van herziening van wetgeving, ontwikkeling in de nationale rechtspraak kunnen worden meegenomen, maar ook aan het EHRM kunnen worden voorgelegd). Dat geldt overigens ook algemeen voor het zwijgrecht (en het nemo-tenetur-beginsel). Het gaat hier om een complexe norm (ook buiten de context van 'adverse inferences'), die zich ook op dynamische wijze kan ontwikkelen en in verschillende situaties andere implicaties kan hebben. Daarbij dient steeds voorop te worden gesteld dat dit recht een zeer brede – universele – erkenning geniet als fundamentele kernwaarde van de punitieve rechtspleging. Het zwijgrecht markeert een fundamenteel verschil tussen de strafvervolgning en andere vormen van procesvoering en benadrukt de kwetsbare positie van de aan de strafrechtelijke staatsmacht blootgestelde burger en komt daaraan tegemoet. Een doordachte, met materiële en procedurele waarborgen strikt afgebakende wettelijke regeling die helder maakt waarom het zwijgen niet nadelige gevolgen kan hebben voor de verdachte – en dat dat in uitzonderlijke gevallen wel het geval kan zijn – kan daaraan een belangrijke bijdrage leveren. Uiteindelijk is het de rechter evenwel die ervoor dient te waken dat bewijsmoeilijkheden niet worden opgelost met onaanvaardbare beperkingen van het zwijgrecht, en/of van de onschuldpresumptie, evenmin dat hij zwakke bewijsconstructies opvult met vooringenomenheid.¹⁵⁹ Het zwijgen van de verdachte kan een rol spelen in zijn nadeel, maar het verwerken daarvan valt onder de hoge bewijskunst en dat is nu precies de taak van de rechter.

silence reveals, on the one hand, great confidence in the ability of judges and prosecutors to establish material "truth", and on the other hand, a great deal of mistrust of suspects who choose to remain silent. This appears consistent with the prevailing inquisitorial tradition' (p. 717).

¹⁵⁶ Zie art. 7 lid 5 van Richtlijn (EU) 2016/343 van het Europese Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn, *PbEU* 2016, L 65/1 (in 2018 in Nederland volledig geïmplementeerd door middel van bestaande regelgeving (*Stert.* 2018, 18991)). In een eerdere versie werd voorgesteld een bepaling op te nemen die het gebruik van 'adverse inferences' in verband met zwijgen volledig blokkeerde, later is dat afgezwakt, zodat de bepaling in wezen aansluit bij de rechtspraak van het EHRM. Daly, Pivatry, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 699-700 tonen aan de hand van de discussie die ter zake heeft plaatsgevonden welke moeilijkheden er zijn in verband met het bereiken van consensus op het thema. Zie ook in dit verband Nan 2016, p. 718-720 en p. 722-723, die vaststelt dat door de uiteindelijke afgezwakte formulering van de dezbetreffende bepaling, de Richtlijn aan meerwaarde heeft verloren. Zie ook over de Richtlijn op dit punt, Bemelmans 2018, p. 254-255 en p. 386.

¹⁵⁷ Daly, Pivatry, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 719.

¹⁵⁸ Daly, Pivatry, Marchesi & Ter Vrugt 2021, p. 722.

¹⁵⁹ Zie Bemelmans 2018, p. 239-240.