

# Nemo tenetur: naar de ontwikkeling van een nationaal theoretisch beginsel?

Mr. dr. S.L.T.J. Ligthart\*

## 1. Inleiding

De afgelopen jaren is betrekkelijk veel geschreven over het nemo tenetur-beginsel. Daarbij gaat hoofdzakelijk aandacht uit naar de vraag (1) wat de reikwijdte is van dit beginsel, (2) hoe het moet worden toegepast in specifieke gevallen, en (3) aan de hand van welke ratio's dit beginsel kan worden gerechtvaardigd.<sup>1</sup> Volgens de Hoge Raad is in het Nederlands recht geen onvoorwaardelijk recht of beginsel verankerd dat een verdachte op geen enkele wijze kan worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal. Wel ligt in artikel 6 EVRM besloten dat de verdachte, in geval van een *criminal charge*, onder meer het recht heeft zichzelf niet te belasten. Voor de uitleg van dit recht knoopt de Hoge Raad aan bij de rechtspraak van het EHRM.<sup>2</sup>

In het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering heeft ook de Minister van Justitie en Veiligheid zich uitgesproken over de betekenis, reikwijdte en ratio van nemo tenetur, waarbij de nadruk eveneens ligt op de wijze waarop het EHRM dit beginsel zou uitleggen.<sup>3</sup> Onder verwijzing naar het arrest *Saunders/VK* merkt de minister op dat het nemo tenetur-beginsel niet ziet op bewijsmateriaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat.<sup>4</sup> Als belangrijke 'functie' van het recht tegen gedwongen zelfbeschuldiging noemt de minister het voorkomen van rechterlijke dwalingen als gevolg van ongepaste druk op de verdachte.<sup>5</sup> Tegen deze achtergrond stelt de minister dat de verplichting voor verdachten een tekst te schrijven ten behoeve van handschriftvergelijkend onderzoek, de verplichting een tekst uit te spreken ten behoeve van spraakvergelijkend onderzoek, en de verplichting een bepaalde lichaamshouding aan te nemen of een stuk te lopen ten behoeve van

beeldopname, geen inbreuk vormen op het nemo tenetur-beginsel dat in artikel 6 EVRM besloten ligt.

Aangezien het nemo tenetur-beginsel niet als zodanig is verankerd in het Nederlands strafprocesrecht, maar wel voortvloeit uit artikel 6 EVRM, ligt bij de uitleg van dit beginsel in de literatuur eveneens de nadruk op de casuïstische rechtspraak van het EHRM. Het is evenwel de vraag of de Straatsburgse rechtspraak het meest geschikte kader is waarbinnen het nemo tenetur-beginsel moet worden begrepen en verder kan worden ontwikkeld.<sup>6</sup> Ondanks jarenlange, zeer zinnige inspanningen van de rechtswetenschap om de rechtspraak van het EHRM op dit punt te begrijpen, te rechtvaardigen en mogelijk te voorspellen, is nemo tenetur in belangrijke mate vooralsnog een ongrijpbaar theoretisch beginsel.<sup>7</sup> Wat is precies de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel? Wat is het criterium voor de toepasbaarheid van dit beginsel in individuele gevallen? En welke ratio's rechtvaardigen zo'n criterium en het bestaan van nemo tenetur als zodanig? Duidelijke en overtuigende antwoorden op deze vragen zijn niet alleen van belang voor het ontwikkelen van een coherente theorie over nemo tenetur, maar geven ook richting aan de toepassing en uitwerking van dit beginsel

\* Sjors Ligthart is universitair docent, Tilburg University, Department of Criminal Law en postdoc, Universiteit Utrecht, Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen en Utrecht Centre for Accountability and Liability Law.

1. Zie o.a. J.S. Nan, 'Een probleem rondom het nemo tenetur-beginsel?', *BSb* 2021, afl. 4; L. Stevens, 'Gedwongen biometrische toegangsverschaffing is niet in strijd met nemo tenetur', *NJB* 2019/315; A. Bood, 'Geef ze een vinger...', *NJB* 2018/1880; S.L.T.J. Ligthart, 'Het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM', *DD* 2019/16; D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel', *TBS&H* 2016, afl. 1; D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel bij digitale opsporingsbevoegdheden', *TBS&H* 2021, afl. 2; A. Pivaty, P. ter Vrugt & D. de Vocht, *Policy Report Netherlands*, EmPriSe Project 2021; S. Ligthart, 'Autonomie en privacy als rechtsgronden van het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel?', *NJB* 2021/2408; T. den Os, P. Reumer & D. van Toor, 'Gezichtsherkenning als lakmoesproef voor biometrisch ontgrendelen van elektronische gegevens', *Computerrecht* 2022/139.
2. Zie bijv. HR 13 oktober 2020, *NJ* 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes; HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6144.
3. Waarbij verwezen wordt naar EHRM 17 december 1996, 19187/91 (*Saunders/VK*); EHRM 25 september 2001, 44787/98 (*P.G. en J.H./VK*); EHRM 8 april 2004, 38544/97 (*Web/Australië*) en EHRM 11 juli 2006, 54810/00 (*Jalloh/Duitsland*). Zie ook D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel in de conceptwetsvoorstellen van het Wetboek van Strafvordering', *TBS&H* 2018, afl. 4, p. 249-254.
4. Memorie van toelichting voorstel van wet tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, 17 maart 2023, geraadpleegd via Rijksoverheid.nl (MvT), p. 420. Deze opvatting sluit aan bij die van de Hoge Raad, zie daarover: G.J.M. Corstens/M.J. Borgers & T. Kooijmans, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 367.
5. MvT, p. 420.
6. Zie bijv. A.L.-T. Choo, *The Privilege Against Self-Incrimination and Criminal Justice*, Oxford: Hart Publishing 2013.
7. Vgl. Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 367.

in de rechtspraak.<sup>8</sup> Vanuit theoretisch oogpunt laat deze bijdrage zien dat het aan duidelijkheid over voornoemde vragen vooralsnog ontbreekt. Terwijl sommige interpretaties van nemo tenetur uit de literatuur of rechtspraak prima geschikt lijken voor een heldere, coherente uitleg van dit beginsel, zijn zij minder goed in staat (de paradoxen in) de Straatsburgse rechtspraak overtuigend te rechtvaardigen. Andere interpretaties lijken beter geschikt om de rechtspraak van het EHRM inzichtelijk te maken, maar zijn tegelijkertijd sterk casuïstisch waardoor zij minder houvast bieden voor de ontwikkeling van een coherente theorie over nemo tenetur als juridisch beginsel.

Een mogelijke verklaring voor deze spanning tussen enerzijds een coherent theoretisch begrip van nemo tenetur en anderzijds aansluiting bij/legitimatie door de Straatsburgse rechtspraak, lijkt deels te liggen in de wijze waarop het nemo tenetur-beginsel in de zin van artikel 6 EVRM is ontwikkeld: 'bottom-up', via de casuïstische rechtspraak van het EHRM, waarna de rechtswetenschap 'top-down' ratio's en algemene criteria tracht te verdedigen die de soms paradoxale of inconsistente jurisprudentie van het EHRM met terugwerkende kracht zouden moeten verduidelijken en rechtvaardigen. Deze aanpak biedt enerzijds houvast, omdat de Straatsburgse jurisprudentie – in afwezigheid van een Nederlands recht of beginsel – aanknopingspunten biedt voor de uitleg van nemo tenetur, maar werkt anderzijds ook beperkend, omdat ratio's en criteria die worden verdedigd en die vanuit theoretisch oogpunt op zichzelf prima kunnen overtuigen, telkens ook in overeenstemming moeten zijn met de wijze waarop verschillende uitspraken in de casuïstische rechtspraak van het EHRM zich tot elkaar verhouden, zoals de beslissingen in *Saunders, Funke, J.B., Jalloh* en *O'Halloran en Francis*.<sup>9</sup>

Mede met het oog op de modernisering van het Wetboek van Strafvordering, werpt deze verkennende bijdrage de vraag op of het zinnig zou kunnen zijn meer afstand te nemen van de Straatsburgse rechtspraak; om op nationaal niveau eigenstandig vast te stellen wat vanuit theoretisch oogpunt de kern zou moeten zijn van een recht niet te hoeven meewerken aan de eigen veroordeling en hoe dat recht het best kan worden uitgelegd op een wijze die houvast biedt voor de rechtspraak. Daarbij wordt benadrukt dat theorievorming over nemo tenetur niet noodzakelijkerwijs gebonden hoeft te zijn aan het recht op een eerlijk proces als juridische grondslag van dit beginsel. Andere grondslagen zijn eveneens denkbaar en mogelijk geschikter voor een evenwichtige uitleg van

nemo tenetur, zoals het recht op vrijheid van meningsuiting en het recht op respect voor het privéleven.

De opzet van deze bijdrage is als volgt. Paragraaf 2 laat zien dat de discussie over een werkbaar criterium voor de toepassing van nemo tenetur thans hoofdzakelijk wordt gevoerd in het kader van de jurisprudentie van het EHRM, welk kader beperkingen met zich brengt voor een coherente uitleg van nemo tenetur als theoretisch beginsel. Paragraaf 3 gaat in op de ratio van nemo tenetur, waarover de Straatsburgse rechtspraak slechts beperkt helderheid verschaft. Paragraaf 4 doet een aanzet tot een open discussie over de inhoud en betekenis van nemo tenetur op nationaal niveau. In paragraaf 5 volgen enkele afsluitende opmerkingen.

## 2. De zoektocht naar een werkbaar criterium voor de toepassing van nemo tenetur

Het nationale debat over een werkbaar criterium voor de toepassing van het recht niet te hoeven meewerken aan de eigen veroordeling, leidt ons terug tot aan het eerste Bloedproefarrest uit 1951<sup>10</sup> – ten tijde waarvan dit recht nog werd afgeleid uit de geest en het systeem van het Wetboek van Strafvordering – en de daaropvolgende discussie over het onderscheid tussen dulden versus meewerken.<sup>11</sup> Inmiddels is duidelijk dat dit onderscheid onvoldoende houvast biedt voor de toepassing van nemo tenetur in individuele gevallen.<sup>12</sup> Zo is het evident dat een verplichte blaastest, urinetest, looptest, spraaktest of schrijftest meer behelst dan het enkel dulden van een bepaalde onderzoekshandeling.<sup>13</sup> De verdachte moet actief meewerken. Hij moet blazen, urineren, lopen, spreken of schrijven in overeenstemming met een gegeven opdracht. Desalniettemin vallen dergelijke verplichtingen in de heersende opvatting – inclusief die van de minister – niet onder de reikwijdte van nemo tenetur.<sup>14</sup> Deze gedachte vloeit thans voort uit de uitzondering die is geformuleerd in het arrest *Saunders*, namelijk dat het recht tegen gedwongen zelfbeschuldiging geen betrekking heeft op het gebruik van bewijsmateriaal *which hasan existence independent of the will of the suspect*, zoals adem, urine, bloed, DNA en in beslag genomen documenten.<sup>15</sup>

De actuele discussie over een werkbaar criterium voor nemo tenetur houdt sterk verband met de genoemde uitzondering in *Saunders* en de wijze waarop zij zich verhoudt tot het oordeel van het EHRM in andere zaken,

8. Van Toor 2021; Ligthart 2021; Ligthart 2019. Vgl. J.H.B. Bemelmans, *Totdat het tegendeel is bewezen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, hst. 1; J.M. ten Voorde, 'Boekbespreking van: J.H.B. Bemelmans, *Totdat het tegendeel is bewezen*. De onschuldpresumptie in rechtshistorisch, theoretisch, internationaalrechtelijk en Nederlands strafprocesrechtelijk perspectief (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018', *DD* 2022/41, p. 594.

9. En recentelijk EHRM 4 oktober 2022, 58342/15 (*De Legé/Nederland*).

10. HR 5 juni 1951, *NJ* 1951/520, m.nt. W.P.J. Pompe.

11. L. Stevens, *Het nemo-teneturbeginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip* (diss. Tilburg), Nijmegen: WLP 2005, hst. 8.

12. Idem. Maar zie ook A. Zeeman, *Dulden of meewerken?* (diss. Rotterdam), Oud-Turnhout/Den Bosch: Compel & Svacina 2019, p. 434-436; M. Egberts & W. Ferdinandusse, 'Reactie op Alex Bood', *NJB* 2019/316. Vgl. L.C.A. Wijsman, *Nemo tenetur in belastingzaken* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 136.

13. Stevens 2005, p. 117.

14. MvT, p. 420-421; *Kamerstukken II* 1999/2000, 26983, nr. 3, p. 3 en 26; Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk (Commissie-Koops), *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018, p. 105; Stevens 2005, p. 116-118.

15. Idem; *Saunders/VK*, § 69; *P.G. en J.H./VK*, § 80; *De Legé/Nederland*, § 67.

in het bijzonder tot de beslissingen in *Funke, J.B. en Jalloh*.<sup>16</sup> In *Saunders* neemt het Hof als uitgangspunt dat nemo tenetur geen betrekking heeft op bewijsmateriaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat, zoals documenten. Tegelijkertijd komt het EHRM in *Funke en J.B.* tot een schending van nemo tenetur. In beide fiscale zaken was aan klager (meermaals) een boete opgelegd wegens het niet overleggen van opgevraagde documenten.<sup>17</sup> Hoewel documenten volgens het *Saunders*-criterium ‘onafhankelijk van de wil bestaan’, leidden de klachten in *Funke en J.B.* niettemin tot toepassing en zelfs tot schending van nemo tenetur.<sup>18</sup> In *J.B.* oordeelde het Hof expliciet dat de documenten in die zaak niet kwalificeerden als wilsonafhankelijk materiaal zoals bedoeld in *Saunders*, waardoor het nemo tenetur-beginsel wel van toepassing was.<sup>19</sup> In tegenstelling tot wat het EHRM in *Saunders* deed vermoeden, kwalificeren documenten dus kennelijk niet altijd als materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat.

Ten aanzien van de uitwerking van nemo tenetur in de specifieke context van het financieel recht,<sup>20</sup> overwoog het EHRM onlangs in *DeLegé/Nederland* dat nemo tenetur in principe geen betrekking heeft op het onder dwang vergaren van ‘specific pre-existing documents – thus, documents that have *not* been created as a result of the very compulsion for the purpose of the criminal proceedings’.<sup>21</sup> Daaraan voegt het Hof toe dat een dergelijke situatie moet worden onderscheiden van de situatie waarin:

‘the authorities attempt to compel an individual to provide the evidence of offences he or she has allegedly committed by forcing him or her to supply documents which they believe must exist, although they are not certain of it. The latter situation the Court has described as “fishing expeditions”. The Court considers that in that context a parallel may be drawn with testimonial evidence: when a person makes a statement which incriminates him or her, he or she is similarly providing the authorities with information of whose existence those authorities were not yet aware.’<sup>22</sup>

Wat opvalt in dit arrest is dat het Hof, reeds bij de uiteenzetting van de *general principles*, expliciet onderscheid maakt tussen de ‘General approach to the privilege against self-incrimination’ en ‘The privilege against self-incrimi-

nation and coercion to supply documents in the context of financial law matters.’ Daarmee lijkt het Hof te suggereren dat diens overwegingen over de uitwerking van nemo tenetur in zaken betreffende het financieel recht niet noodzakelijkerwijs een-op-een kunnen worden toegepast op commune strafzaken en vice versa. Het Hof overweegt in dat verband ook expliciet dat ‘cases concerning tax surcharges – or tax fines – differ from the hard core of criminal law for the purposes of the Convention, and that, consequently, the guarantees of Article 6 under its criminal head will not necessarily apply with their full stringency.’<sup>23</sup> Daarmee is vooralsnog onduidelijk of en, zo ja, in hoeverre de *fishing expedition*-redenering van het Hof in *DeLegé/Nederland* ook relevant is ten aanzien van opsporingsmethoden in het commune strafrecht.

Anders dan documenten die zijn verkregen via een *fishing expedition*, kwalificeerde een ingeslikt bolletje cocaïne in *Jalloh* wel duidelijk als wilsonafhankelijk materiaal in de zin van *Saunders*.<sup>24</sup> Desalniettemin leidde de verkrijging van dat materiaal via de gedwongen toediening van braakmiddel toch tot een schending van nemo tenetur. Het Hof komt tot deze conclusie via een opvallende redenering, waarbij het de toepasbaarheid van nemo tenetur op klagers klacht deels baseert op de mate waarin de autoriteiten een inbreuk hebben gemaakt op de lichamelijke integriteit van klager.<sup>25</sup> In de literatuur is min of meer geaccepteerd dat toepassing van nemo tenetur in *Jalloh* vooral moet worden verklaard vanuit de excessieve mate van dwang die in deze zaak aan de orde was.<sup>26</sup> Maar dat neemt de kritiek op deze uitspraak en de onduidelijkheid in verhouding tot *Saunders* niet weg. In de woorden van Stevens:

‘problematisch is de doelredenering die het Hof op lijkt te moeten zetten om te kunnen komen tot de conclusie dat nemo tenetur geschonden is. De argumenten zijn onbegrijpelijk in verhouding tot de eerdere rechtspraak en rammelt ook op zichzelf genomen aan alle kanten. Dit heeft het Hof naar mijn idee in de eerste plaats te danken aan het criterium dat het in *Saunders* geformuleerd heeft.’<sup>27</sup>

Met de introductie van het *Saunders*-criterium leek het EHRM aanvankelijk inzichtelijk te maken waar het nemo tenetur-beginsel precies op ziet. In het licht van de daar-

16. E.J. Koops & L. Stevens, ‘J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond nemo tenetur’, *DD* 2003, afl. 3; L. Stevens, ‘Het nemo-teneturbeginsel als containerbegrip?’, *DD* 2007/54; Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 372-373; M. Redmayne, ‘Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination’, *Oxford Journal of Legal Studies* (27) 2007, afl. 2, p. 214-215.

17. EHRM 25 februari 1993, 10828/84 (*Funke/Frankrijk*); EHRM 3 mei 2001, 31827/96 (*J.B./Zwitserland*).

18. Vgl. EHRM 5 april 2012, 11663/04 (*Chambaz/Zwitserland*).

19. *J.B./Zwitserland*, § 68.

20. ‘Where the use of documentary evidence obtained under threat of penalties in the context of financial law matters is concerned, (...)’.

21. *De Legé/Nederland*, § 76.

22. *Idem*.

23. *De Legé/Nederland*, § 62.

24. *Jalloh/Duitsland*, § 113.

25. *Idem*, § 113-116.

26. P.H.P.H.M.C. van Kempen, annotatie bij *Jalloh*, *NJCM-Bulletin* 2007/3, onder 8; Stevens 2007; E.J. Koops, *Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel*, Den Haag: WODC 2012, p. 61-62; Concl. A-G P.J. Wattel voor HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer, onder 6.12. Zie ook *De Legé/Nederland*, § 67, 77.

27. Stevens 2007, p. 696. Zie ook D. Jackson & S.J. Summers, *The Internationalization of Criminal Evidence*, New York: CUP 2012, p. 255; Zeeman 2019, p. 358-359.

opvolgende Straatsburgse rechtspraak, met haar hoog casuïstische gehalte, lijkt het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal de discussie over de betekenis en reikwijdte van nemo tenetur evenwel vooral te hebben vertroebeld.<sup>28</sup> In reactie op de hierdoor ontstane onduidelijkheid zijn verschillende interpretaties van het *Saunders*-criterium verdedigd, om de soms paradoxale rechtspraak van het EHRM inzichtelijk te maken en te rechtvaardigen en, om met die legitimatie, toe te werken naar een werkbaar criterium voor de toepassing van nemo tenetur in toekomstige zaken.<sup>29</sup>

De Hoge Raad houdt vooralsnog evenwel overwegend vast aan de letterlijke uitleg van het *Saunders*-criterium: het nemo tenetur-beginsel verzet zich niet tegen het gebruik van bewijsmateriaal dat weliswaar onder dwang is verkregen, maar bestaat onafhankelijk van de wil van de verdachte.<sup>30</sup> De Minister van Justitie en Veiligheid gaat uit van eenzelfde criterium: 'Wat niet door het nemo-teneturbeginsel beschermd wordt, is materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat.'<sup>31</sup> De kracht van een dergelijk criterium voor de toepassing van nemo tenetur is dat het lijkt te voorzien in een heldere tweedeling, die aansluit bij de letterlijke bewoordingen in *Saunders*, waarop het EHRM vooralsnog niet (ondubbelzinnig) is teruggekomen.<sup>32</sup> Maar dit is tegelijkertijd ook een belangrijke zwakte. Een criterium dat overwegend vasthoudt aan die ene overweging in *Saunders*, loopt namelijk het risico uit te gaan van een te beperkte benadering, omdat het latere ontwikkelingen in de rechtspraak van het EHRM goeddeels buiten beschouwing laat.<sup>33</sup> Dit doet af aan de overtuigingskracht van zo'n criterium, aangezien het evident is dat latere rechtspraak op zijn minst gereede twijfel heeft doen ontstaan over de uitleg van het in *Saunders* geformuleerde onderscheid tussen

wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal.<sup>34</sup> Een criterium dat vasthoudt aan *Saunders* heeft in principe weliswaar potentie te voorzien in een heldere, coherente uitleg van nemo tenetur als theoretisch beginsel, maar is veel minder goed in staat latere rechtspraak van het EHRM overtuigend te verklaren.<sup>35</sup> Te denken valt aan de uitspraken in *J.B.* en *Jalloh*, waar het gebruik van dwangsommen respectievelijk fysieke dwang ter verkrijging van reeds bestaand materiaal (documenten en cocaïne) leidde tot een schending van nemo tenetur. Vormen deze uitspraken uitzonderingen op de uitzondering die is geformuleerd in *Saunders*, welke moeten worden verklaard via een intellectueel construct zoals de *fishing expedition*, dat aanvankelijk geen duidelijke steun vond in de rechtspraak van het EHRM<sup>36</sup> en sinds *De Legé/Nederland* vooral relevant lijkt voor de specifieke context van het financieel recht? Of door een doelredenering zoals in *Jalloh*, die op zichzelf 'rammelt aan alle kanten'?<sup>37</sup> Het is de vraag of dergelijke uitzonderingen bijdragen aan een coherent theoretisch begrip van nemo tenetur.

In het licht van de rechtspraak van het EHRM zijn dan ook alternatieve interpretaties voorgesteld van het *Saunders*-criterium. Volgens de Commissie-Koops betekent het *Saunders*-criterium bijvoorbeeld 'niet per se, of niet alleen, of iets onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat, maar vooral ook of iets onafhankelijk van de wil van de verdachte kan worden verkregen.'<sup>38</sup> Anders geformuleerd: nemo tenetur is niet van toepassing op het met dwang verkrijgen van bewijsmateriaal dat ook zonder (actieve) medewerking van de verdachte kan worden vergaard.<sup>39</sup> Een dergelijke opvatting maakt inzichtelijk waarom Funke en J.B. toch konden rekenen op bescherming door het nemo tenetur-beginsel. Omdat de autori-

28. Koops & Stevens 2003; Stevens 2007; Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 367, 371-375; Jackson & Summers 2012, p. 252-256.

29. Zie ook Van Toor 2021, p. 94.

30. Zie hierover: Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 367; Concl. A-G F.W. Bleichrodt voor HR 9 februari 2021, *NJ* 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes, onder 42-46; Van Toor 2016; Ligthart 2019. Zie ook recentelijk HR 9 februari 2021, *NJ* 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes.

31. MvT, p. 420. Zie voor enkele auteurs die uitgaan van een vergelijkbaar criterium: Bood 2018 en J.M. Reijntjes, annotaties bij HR 21 december 2010, *NJ* 2011/425; HR 24 november 2015, *NJ* 2016/58 en HR 9 februari 2021, *NJ* 2021/120. Zij lijken ervan uit te gaan dat nemo tenetur betrekking heeft op bewijsmateriaal dat door de verdachte persoonlijk is vervaardigd, of een uiting vormt van zijn of haar gedachtegoed, en daarmee afhankelijk van de wil van de verdachte bestaat. Voorbeelden die worden genoemd zijn uitlatingen in een dagboek, *Whats-App*-correspondentie en documenten die opinies bevatten.

32. HR 24 april 2015, *NJ* 2015/265, m.nt. J.W. Zwemmer, onder 3.6. Zie bijv. *De Legé/Nederland*, § 67, 75. Tegelijkertijd lijkt het Hof soms te suggereren dat bepalend is of bewijsmateriaal onafhankelijk van de wil van de verdachte kan worden *verkregen*. Zo spreekt het Hof in EHRM 16 juni 2015, 784/14, § 60-61 (*Van Weerelt/Nederland*), waar klager documenten en een verklaring moest overleggen aan de belastingdienst met betrekking tot aangehouden bankrekeningen, over 'information that could not be obtained from any other source than the applicant himself', waarop nemo tenetur in principe van toepassing is. In EHRM 10 juni 2021, 2833/13, § 72 (*Baji/Noord Macedonië*) had klager als getuige in een strafzaak twee reeds bestaande inspectierapporten aangeleverd over een gezonken schip. Mede op basis van die rapporten werd klager zelf later vervolgd. Ten aanzien van de falende klacht over nemo tenetur overwoog het EHRM onder meer dat 'It is furthermore important to note, as maintained by the Government, that the two reports, as documents regulating an important issue of public safety, could have been obtained by the competent authorities from sources other than the applicant, even if by means of a compulsory court order.'

33. J.W. Zwemmer, annotatie bij HR 24 april 2015, *NJ* 2015/265, onder 2; Concl. A-G F.W. Bleichrodt voor HR 9 februari 2021, *NJ* 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes, onder 46; Nan 2021, p. 124; Den Os, Reumer & Van Toor 2022, p. 261.

34. Koops & Stevens 2003; Stevens 2007; Jackson & Summers 2012, p. 252-256.

35. Vgl. Van Toor 2016; Ligthart 2019; Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 366-367; Nan 2021, p. 127, die ervan uitgaan dat de benadering van de Hoge Raad een andere is dan die van het EHRM en de Uniewetgever.

36. Wijsman 2017, p. 127-128; Zeeman 2019, p. 436; Nan 2021, p. 124.

37. Stevens 2007, p. 696. De HR lijkt hier minder moeite mee te hebben: HR 9 februari 2021, *NJ* 2021/120.

38. Commissie-Koops 2018, p. 105.

39. Concl. A-G P.J. Wattel voor HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer, onder 6.3, 6.7. Zie ook Concl. A-G W.H. Vellinga voor HR 24 november 2015, *NJ* 2016/58, m.nt. J.M. Reijntjes, onder 13; Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 366; Nan 2021; Stevens 2019; Ligthart 2019; J.W. Fokkens & W.J.V. Spek, 'Het nemo teneturbeginsel en het Nederlandse straf(proces)recht', in: A.H.E.C. Jordaans,

teiten niet wisten waar en waarnaar ze precies moesten zoeken, konden ze de betreffende documenten niet verkrijgen zonder medewerking van de betrokkene, onafhankelijk van diens wil.<sup>40</sup> Ook is het in deze opvatting begrijpelijk waarom nemo tenetur in principe niet ziet op het met dwang afnemen van bloed, haar of lichaamsmateriaal voor DNA-onderzoek en het eigenstandig in beslag nemen van documenten. Dit kan namelijk ook zonder medewerking van de verdachte plaatsvinden. Desnoods met behulp van fysieke dwang.

Maar hoe zit het bijvoorbeeld met het verkrijgen van adem en urine? Het is evident dat zowel een blaastest als urinecontrole medewerking vergen van de verdachte. Toch valt de verplichting om mee te werken aan dergelijke onderzoeksmethoden volgens het *Saunders*-criterium buiten het bereik van nemo tenetur. Hetzelfde geldt voor een verplichte schrijf- en spreektest, die volgens de minister geen inbreuk vormen op het recht tegen gedwongen zelfbeschuldiging ex artikel 6 EVRM.<sup>41</sup> Tegelijkertijd valt het *zonder* medewerking kunstmatig laten opbraken van een ingeslikt bolletje cocaïne wél onder het nemo tenetur-beginsel.<sup>42</sup> Een criterium dat ervan uitgaat dat het nemo tenetur-beginsel geen betrekking heeft op bewijsmateriaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte kan worden verkregen, is niet in staat overtuigend te verklaren waarom dit beginsel bijvoorbeeld niet van toepassing is op de verplichte blaastest, urinecontrole en schrijftest, maar wel op het kunstmatig laten opbraken van een bolletje cocaïne.

Mogelijk dat variaties op dit criterium geschikter zijn om de uitwerking van nemo tenetur in deze gevallen te verklaren. Stevens legt bij de interpretatie van de Straatsburgse rechtspraak bijvoorbeeld meer nadruk op de aard en mate van dwang die wordt toegepast en op de aard en mate van de medewerking die van de verdachte wordt gevergd. Of een bepaalde meewerkplicht, zoals het aanleveren van documentatie, inbreuk maakt op het nemo tenetur-beginsel, hangt, in relatie tot de aard en mate van dwang, af van wat precies van de verdachte gevergd wordt. Moet de verdachte een inspanning leveren die neerkomt op het erkennen, ordenen of interpreteren van informatie, dan komt zo'n verplichting volgens Stevens in wezen neer op het geven van een verklaring en is nemo tenetur van toepassing.<sup>43</sup> Voor het biometrisch ontgrendelen van een smartphone hoeft de verdachte bijvoorbeeld

niets te erkennen, te ordenen of te interpreteren. Nemo tenetur is daarop dus ook niet van toepassing.<sup>44</sup> Hetzelfde geldt voor het blazen van adem bij een alcoholtest en het afstaan van urine voor urinecontrole. Gelet op de aard van de gevergde medewerking, vallen deze onderzoeksmethoden in principe buiten de reikwijdte van nemo tenetur. Dit kan mogelijk anders zijn gelet op de aard en mate van dwang, waarmee ook de *Jallob*-uitzondering 'gedekt' is.

De aard en mate van dwang spelen ook een belangrijke rol in de interpretatie van Van Toor. Voor de toepasbaarheid van nemo tenetur is volgens Van Toor niet zozeer doorslaggevend of bewijsmateriaal afhankelijk van de wil van de verdachte kan worden verkregen, maar vooral of de dwang die wordt gebruikt in een specifiek geval 'ongeoorloofd' is.<sup>45</sup> Van Toor beschouwt het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal slechts als relevante factor voor de beoordeling van de (on)geoorloofdheid van dwang. Wanneer het gaat om wilsonafhankelijk materiaal, bestaat meer ruimte de verdachte te dwingen teneinde het bewijsmateriaal te verkrijgen.<sup>46</sup>

Dergelijke interpretaties, waarin de aard en mate van dwang in relatie tot de aard en mate van de gevergde medewerking of tot het type materiaal bepalend zijn voor de toepasbaarheid van nemo tenetur, zijn mogelijk beter in staat de rechtspraak van het EHRM te verklaren. Zij bieden in ieder geval meer ruimte voor een waardering van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval. Door enigszins afstand te nemen van het beslissende onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal, bijvoorbeeld door aan te sluiten bij het alternatieve criterium van 'ongeoorloofde dwang', hoeven we ons niet langer in allerlei bochten te wringen om te verklaren waarom zaken zoals *Funke, J.B.* en *Jallob* logische uitzonderingen zouden vormen op het *Saunders*-criterium.<sup>47</sup> Tegelijkertijd roept een criterium dat aansluit bij de ongeoorloofdheid van dwang de vraag op in welke gevallen en om welke redenen verschillende soorten dwang geoorloofd of juist ongeoorloofd zijn.<sup>48</sup> Omdat het Hof afziet van een algemene omschrijving van (on)geoorloofde dwang,<sup>49</sup> zijn we volgens Van Toor aangewezen op een casuïstische aanpak, waarbij van de rechtspraak van het EHRM moet worden afgeleid welke typen aard en mate van dwang wel of niet toelaatbaar

P.A.M. Mevis & J. Wöretshofer (red.), *Praktisch strafrecht. Liber amicorum J.M. Reijntjes*, Nijmegen: WLP 2005, p. 157; Redmayne 2007, p. 215 en 225.

40. Concl. A-G P.J. Wattel voor HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer, onder 6.7; S.L.T.J. Ligthart, *Coercive Brain-Reading in Criminal Justice*, Cambridge: CUP 2022, par. 6.2.2. Vgl. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, annotatie bij *Chambaz/Zwitserland*, *AB* 2012/323, onder 4-5.

41. MvT, p. 420.

42. *Jallob/Duitsland*.

43. Stevens 2019, p. 401. Vgl. Koops 2012, die spreekt over een 'intellectuele inspanning'.

44. Stevens 2019.

45. D.A.G. van Toor, *Het schuldige gebeugen?* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 397-398; Van Toor 2021, p. 94-95.

46. Zie ook Concl. A-G F.W. Bleichrodt voor HR 9 februari 2021, *NJ* 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes, onder 41; Nan 2021, p. 119.

47. Van Toor 2017, p. 394.

48. Ligthart 2022, p. 167-171; Nan 2021, p. 118-119.

49. EHRM 8 februari 1996, 18731/91, § 46 (*John Murray/VK*); Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 373.

zijn.<sup>50</sup> Een dergelijke benadering kan bijdragen aan het descriptief in kaart brengen van de gevallen waarin het toepassen van bepaalde typen dwang in ieder geval ongeoorloofd is, zoals in de zaken *Funke, Saunders, J.B., Heaney en McGuinness* en *Jalloh*. Zij biedt echter minder houvast voor de beantwoording van de meer theoretische, normatieve vraag *waarom* bepaalde typen dwang onder bepaalde omstandigheden ongeoorloofd moeten worden geacht en daarom een inbreuk of schending zouden moeten opleveren van het nemo tenetur-beginsel. Vooral die laatste vraag, naar ‘het waarom’, is van groot belang voor een coherent begrip van nemo tenetur als theoretisch beginsel, maar ook voor de toepassing van dit beginsel in toekomstige zaken; vooral als het gaat om thema’s waarover nog geen Straatsburgse rechtspraak voorhanden is, zoals het gebruik van dwang in het kader van de biometrische ontgrendeling van gegevensdragers. Stevens biedt meer helderheid over waarom nemo tenetur in de door haar verdedigde interpretatie wel of niet van toepassing is in een specifiek geval: als de verdachte een inspanning moet leveren die neerkomt op het erkennen, ordenen of interpreteren van informatie, dan komt zo’n verplichting in wezen neer op het geven van een verklaring, waarmee de informatie niet los van de wil van de verdachte wordt verkregen en zij aldus wilsafhankelijk is, waarop nemo tenetur volgens *Saunders* van toepassing is.<sup>51</sup> Deze redenering maakt inzichtelijk waarom nemo tenetur al dan niet van toepassing zou moeten zijn op verschillende typen opsporingsmethoden, zoals de gedwongen ontgrendeling van een smartphone met de vingerafdruk van verdachte, waarbij geen sprake is van het erkennen, ordenen of interpreteren van informatie. Tegelijkertijd roept deze redenering ook vragen op, onder meer in het licht van de rechtspraak van het EHRM. Hoe werkt Stevens’ redenering bijvoorbeeld in zaken zoals *O’Halloran en Francis*,<sup>52</sup> waar kentekeneigenaren onder dreiging van strafrechtelijke aansprakelijkheid en een boete worden gedwongen te verklaren over de identiteit van de bestuurder ten tijde van een geregistreerde verkeersovertreding? In veel gevallen komt zo’n verplichting in wezen neer op het moeten *erkennen* van het feit dat men zelf de bestuurder was. Toch ontstaat in dit soort zaken typisch geen probleem met nemo tenetur,<sup>53</sup> niet zozeer omdat geen sprake is van het erkennen, interpreteren of ordenen van informatie, maar vooral vanwege

het meer praktische belang van verkeersveiligheid en een effectieve wetshandhaving in dit kader.<sup>54</sup>

Een ander voorbeeld betreft de verplichte schrijftest, spraaktest en looptest.<sup>55</sup> Hoewel de verdachte in dit kader niets hoeft te interpreteren of te ordenen, wordt wel van hem verlangd dat hij iets *erkent*. Bij een schrijftest moet de verdachte niet opzettelijk met hanenpoten schrijven; bij een spraaktest geen raar stemmetje opzetten en bij de looptest geen gek loopje aannemen. Van de verdachte wordt gevergd dat hij erkent dat hij schrijft zoals hij schrijft, door te schrijven in zijn eigen handschrift; dat hij loopt zoals hij loopt, door gewoon ‘normaal’ te lopen. Ook hiervan kan worden betoogd dat een verplichting om je eigen handschrift te erkennen door in dat handschrift te schrijven, in wezen neerkomt op een verklaring waarin je erkent dat een bepaald geschrift inderdaad jouw handschrift is.<sup>56</sup> Als we deze redenering volgen, zou een verplichte schrijftest, looptest of spraaktest in de benadering van Stevens eveneens (kunnen) leiden tot toepasbaarheid van het recht tegen gedwongen zelfincriminatie. Die conclusie strookt echter niet met het heersende uitgangspunt dat deze onderzoeksmethoden buiten het bereik van nemo tenetur plaatst.<sup>57</sup>

Onvoorziene en/of onwenselijke uitwerkingen van een criterium voor de toepasbaarheid van nemo tenetur kunnen in principe natuurlijk worden gecorrigeerd, bijvoorbeeld via het formuleren van een uitzondering op de regel. Te denken valt aan een uitzondering ten aanzien van kentekeneigenaren zoals in *O’Halloran en Francis*. Dergelijke correcties kunnen op zichzelf, bijvoorbeeld vanuit praktisch oogpunt, prima te rechtvaardigen zijn en bijdragen aan het verklaren van de rechtspraak van het EHRM. Tegelijkertijd werken zij een casuïstische benadering in de hand en dragen (daarmee) minder bij aan de ontwikkeling van een coherente en logische uitleg van nemo tenetur.<sup>58</sup> Dat geldt eens te meer indien uitzonderingen niet zozeer wenselijk zijn op basis van een logische en overtuigende redenering, maar vooral omdat de interpretatie van nemo tenetur anders niet in overeenstemming is met de wijze waarop verschillende uitspraken in de rechtspraak van het EHRM zich tot elkaar verhouden (te denken valt aan de *Jalloh*-uitsondering).

Samenvattend worden in het nationale debat verschillende interpretaties verdedigd voor de uitleg van nemo tenetur, die leiden tot verschillende criteria voor de toepassing van dit beginsel in specifieke gevallen. De legitimatie van

50. Van Toor 2017, p. 400; Van Toor 2016, p. 31. Die aanpak hanteert het EHRM zelf ook: EHRM (GK) 13 september 2016, 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09, § 267 (*Ibrahim e.a./VK*). Hierbij geldt volgens Van Toor onder meer dat schendingen van artikel 3 en 6 EVRM en (het dreigen met) een gevangenisstraf, om de verdachte een verklaring of fysiek bewijs tegen zichzelf te laten leveren, in ieder geval ongeoorloofde dwang opleveren. Een dergelijk perspectief roept de vraag op hoe zich dat verhoudt tot beslissingen zoals in *Tirado Ortiz en Lozano Martin/Spanje*, over de verplichting adem te blazen voor een alcoholtest onder dreiging van twaalf maanden gevangenisstraf. Het EHRM verklaarde de klacht in die zaak niet-ontvankelijk, zonder een woord te wijden aan de aard en mate van dwang. Vgl. ECRM 9 april 1997, 30551/96 (*Cartledge/VK*), waar de niet-ontvankelijkheid, onder verwijzing naar *Saunders*, voortvloeide uit het wilsonafhankelijke karakter van het materiaal (bloed) en niet uit de aard en mate van dwang (strafrechtelijke vervolging).

51. Stevens 2019, p. 401. Vgl. *De Legé/Nederland*, § 76.

52. EHRM 29 juni 2007, 15809/02, 25624/02 (*O’Halloran en Francis/VK*).

53. Zie ook EHRM 10 januari 2008, 58452/00, 61920/00 (*Lückhof and Spanner/Oostenrijk*); EHRM 24 maart 2005, 63207/00 (*Rieg/Oostenrijk*).

54. Dissenting opinion van E. Myjer in *O’Halloran en Francis/VK*; N. Jarigsmā, annotatie onder *O’Halloran en Francis/VK*, *NJCM-Bulletin* 2008/4.

55. Vgl. Van Toor 2021, p. 96.

56. Vgl. het overleggen van opgevraagde documentatie in zaken zoals *J.B. en Funke*. Zie ook Van Toor 2018.

57. MvT, p. 420-421; Commissie-Koops 2018, p. 105; *Kamerstukken II* 1999/2000, 26983, nr. 3, p. 3 en 26.

58. Vgl. A. Ashworth, ‘Self-incrimination in European Human Rights Law – A Pregnant Pragmatism?’, *Cardozo Law Review* (30) 2008, p. 773.

die interpretaties wordt overwegend gezocht in de rechtspraak van het EHRM – meer specifiek in de wijze waarop verschillende uitspraken zich tot elkaar verhouden en hoe die verhouding kan worden begrepen. Deze methode levert belangrijke inzichten op voor het verklaren en voorspellen van de Straatsburgse rechtspraak, maar lijkt gezien het casuïstische en soms paradoxale karakter van die rechtspraak minder geschikt voor het doorgronden van nemo tenetur als juridisch beginsel en voor het ontwikkelen van een algemene, coherente theorie over dit beginsel.

Voor een dergelijke theorie is onder meer van groot belang vast te stellen waar nemo tenetur in de kern toe strekt; wat de achterliggende gedachte, de rechtvaardiging is van dit beginsel. Wat is de ratio van nemo tenetur? En hoe verhoudt die ratio zich tot verschillende interpretaties van dit beginsel? Zoals aan bod komt in de volgende paragraaf, biedt de rechtspraak van het EHRM weinig houvast voor de beantwoording van deze vragen.

### 3. Over ‘de’ ratio van het nemo tenetur-beginsel

Volgens vaste rechtspraak van het EHRM ligt de ratio van het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel onder meer in het tegengaan van ongeoorloofde dwang, hetgeen bijdraagt aan het voorkomen van rechterlijke dwalingen en aan het volbrengen van de doeleinden van artikel 6 EVRM. In verband met die grondgedachte strekt nemo tenetur in de eerste plaats tot het respecteren van de wil van de verdachte te zwijgen. In de woorden van het Hof:

“The right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent and presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused (...) The right to remain silent under police questioning and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6. Their rationale lies, *inter alia*, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6.”<sup>59</sup>

Of het EHRM met deze telkens terugkerende overweging daadwerkelijk helderheid schept over de ratio van nemo tenetur, is sterk de vraag. Dat die ratio *onder meer* ligt in

het tegengaan van ongeoorloofde dwang, en daarmee in het voorkomen van rechterlijke dwalingen en in het vervullen van de doelen van het recht op een eerlijk proces, impliceert dat volgens het Hof naast deze grondslagen ook andere, onuitgesproken ratio’s een rol spelen in de rechtvaardiging van nemo tenetur. Welke ratio’s dat zijn blijft evenwel onduidelijk. Daar komt bij dat, zoals eerder werd opgemerkt, het Hof vooralsnog onbesproken laat wat het bedoelt met *improper compulsion*. Wat is dat precies, ‘ongeoorloofde’ dwang? Wat zijn de grenzen van toelaatbare dwang? En waarom is het tegengaan van bepaalde typen dwang zo belangrijk dat het bescherming verdient via het nemo tenetur-beginsel onder artikel 6 EVRM, in aanvulling op de bescherming tegen bepaalde vormen van fysieke en psychologische dwang door artikel 3 en 8 EVRM?<sup>60</sup> Nu de rechtspraak van het EHRM geen helderheid verschaft over dit soort vragen, blijft de betekenis van de ratio van ongeoorloofde dwang grotendeels onduidelijk.<sup>61</sup> Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor het ‘bijdragen aan het vervullen van de doeleinden van artikel 6 EVRM’. Wat bedoelt het Hof hier precies mee? Welke doeleinden heeft het voor ogen? En op welke wijze zou nemo tenetur een bijdrage kunnen of moeten leveren aan het vervullen van die doeleinden? Trechsel merkt in dit verband op dat:

‘it is rather strange that a guarantee which “lies at the heart of the notion of a fair procedure” is designed to contribute “to the fulfilment of the aims of Article 6”. If disregarding the privilege tarnishes proceedings with the stigma of unfairness, how can it be said that the privilege (only) contributes to making the trial fair? I fear that this statement is merely an unfortunate rhetorical turn which contributes little to the understanding of the provision.’<sup>62</sup>

Omdat de ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en daarmee het tegengaan van rechterlijke dwalingen volgens rechters Martens en Kuris nauwelijks kunnen verklaren waarom nemo tenetur en het zwijgrecht de kern vormen van de notie van *a fair procedure*, vermoeden zij in hun *dissenting opinion* onder *Saunders* een derde, onuitgesproken ratio: het respecteren van de autonomie en menselijke waardigheid van de verdachte, hetgeen vereist dat de verdachte volledig vrij is in het bepalen van de eigen procespositie.<sup>63</sup> Martens en Kuris zijn tegelijkertijd zeer kritisch over deze derde, impliciete ratio en stellen dat ‘its weight should not be exaggerated’.<sup>64</sup> Het beschermen van autonomie en menselijke waardigheid is vooralsnog niet expliciet door het EHRM erkend als

59. *Ibrahim e.a./VK*, § 266. Zie ook *De Legé/Nederland*, § 63, 67.

60. Vgl. S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, New York: OUP 2005, p. 348; Jackson & Summers 2012, p. 268.

61. Trechsel 2005, p. 348.

62. Trechsel 2005, p. 347-348. Zie in dit verband ook de volgende overwegingen in *De Legé/Nederland*, die lijken te suggereren dat het recht op een eerlijk proces geschonden is indien de kern van nemo tenetur wordt aangetast, welke kern bestaat uit het garanderen van een eerlijk proces: ‘that the degree of compulsion applied will be incompatible with Article 6 where it destroys the very essence of the privilege’ en ‘If the prerequisites for the applicability of the privilege against self-incrimination are met and the use of evidence obtained through coercion or compulsion does fall within the scope of protection of that privilege, it is necessary to examine whether the procedure did not extinguish the “very essence” of the privilege, that is to say, to determine the manner in which the overall fairness of the proceedings was affected.’ (§ 68, 78).

63. Dissenting opinion van S.K. Martens en P. Kuris in *Saunders/VK*, § 9. Een dergelijke ratio sluit mogelijk beter aan bij het ‘vervullen van de doeleinden van artikel 6 EVRM’, alsmede bij de overweging dat nemo tenetur in de eerste plaats strekt tot het respecteren van de wil van de verdachte te zwijgen: Van Toor 2018, p. 250; Stevens 2005, p. 157-158.

64. Zie uitgebreider Ligthart 2021.

ratio van het zwijgrecht en nemo tenetur. Daarmee is onduidelijk of en, zo ja, welke rol deze veronderstelde ratio precies speelt bij de rechtvaardiging van nemo tenetur in de zin van artikel 6 EVRM.<sup>65</sup>

Hoewel de Straatsburgse rechtspraak dus slechts beperkt houvast biedt voor het doorgronden van de ratio van het nemo tenetur-beginsel, sluit de minister in de ambtelijke versie van de memorie van toelichting bij het nieuwe Wetboek van Strafvordering uitsluitend aan bij de twee ratio's die expliciet door het EHRM worden benoemd, zij het in omgekeerde volgorde: het voorkomen van rechterlijke dwalingen als gevolg van ongepaste druk op de verdachte.<sup>66</sup> Het is evenwel de vraag of deze weergave van de ratio van nemo tenetur de visie van het EHRM inderdaad het best weerspiegelt en op zichzelf, vanuit theoretisch oogpunt, de meest overtuigende en relevante rechtvaardiging vormt van dit beginsel.<sup>67</sup> In de Nederlandstalige literatuur – die de minister in dit verband volledig buiten beschouwing laat – bestaat bijvoorbeeld ook (of: vooral) aandacht voor het respecteren van de *autonomie of procesautonomie* van verdachten als ratio van het recht tegen gedwongen zelfincriminatie.<sup>68</sup> Keulen en Knigge betogen bijvoorbeeld dat erkenning van de verdachte als volwaardige procespartij impliceert dat hij in beginsel vrij is zijn processtrategie zelfstandig te bepalen. De verdachte mag zelf uitmaken wat hij in het belang van zijn verdediging naar voren brengt en waarover hij liever zwijgt. Hierbij hoeft hij geen rekening te houden met publieke belangen, zoals waarheidsvinding en wets-handhaving.<sup>69</sup> In deze opvatting weerklinkt Stevens' *communicatieve autonomie*. Binnen het tegensprekelijk geding ligt de kern van procesautonomie volgens Stevens in de 'geestelijke vrijheid' van de verdachte ten opzichte van de verdenking, en in de daaruit voortvloeiende ruimte om eigenstandig een standpunt in te nemen en over te brengen.<sup>70</sup> Vanwege het dialoogkarakter van het strafproces is de procesautonomie van de verdachte gericht op de inhoud van het geding. Daarmee is de autonomie van de verdachte om zijn proceshouding te bepalen in de kern een inhoudelijke, communicatieve autonomie. Centraal staat het waarborgen van de *communicatievrijheid* van de verdachte binnen de kaders van het tegenspre-

kelijk strafproces. Een vergelijkbare grondslag, die eveneens aanknoopt bij de geestelijke vrijheid van de verdachte, wordt in de Engelstalige literatuur soms aangeduid als het beschermen van *mental privacy*: 'the privilege is said to protect the mental privacy of a person, which in principle allows him to decide on what information he wants to disclose about himself.'<sup>71</sup>

Ratio's zoals het waarborgen van procesautonomie en communicatieve autonomie sluiten aan bij het contradictoire karakter van het strafproces; bij het erkennen van de verdachte als volwaardige, autonome procespartij en bij het uitgangspunt van *equality of arms*.<sup>72</sup> Dit zou vanuit historisch perspectief een argument kunnen opleveren voor de rechtvaardiging van het nemo tenetur-beginsel, welk beginsel eerst en vooral is ontwikkeld in de Engelse rechtbanken, gelijktijdig met de opkomst van het accusatoire strafproces.<sup>73</sup> Of autonomie, procesautonomie of communicatieve autonomie daarmee ook overtuigen als (primaire) ratio's van nemo tenetur in de zin van artikel 6 EVRM, is evenwel de vraag.<sup>74</sup> Kenmerkend voor de bescherming van autonomie in het strafprocesrecht is namelijk dat dit individuele belang van de verdachte telkens moet worden afgewogen tegen andere, publieke belangen, zoals waarheidsvinding, criminaliteitsbestrijding en de belangen van slachtoffers.<sup>75</sup> Dit geldt temeer voor rechtsstelsels met deels inquisitoire kenmerken, waarin een reeks aan dwangmiddelen kan worden ingezet om de materiële waarheid te achterhalen, zoals in Nederland.<sup>76</sup> Als *unqualified right*<sup>77</sup> biedt artikel 6 EVRM evenwel slechts beperkt ruimte voor het afwegen van de autonomie van de verdachte tegen publieke belangen als waarheidsvinding en criminaliteitsbestrijding.<sup>78</sup> Bij de beoordeling van de eerlijkheid van het proces kijkt het EHRM weliswaar naar de *fairness of the proceedings as a whole*, waarbij het soms onder meer acht slaat op de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal en op het publiek belang van het vervolgen en bestraffen van bepaalde delicten.<sup>79</sup> Maar bij de beoordeling van klachten over nemo tenetur lijkt het Hof deze ruimte niet te (willen) benutten. Het gebruik van bewijsmateriaal dat is verkregen in strijd met nemo tenetur, maakt dat het proces reeds daarom in zijn geheel oneerlijk is.<sup>80</sup> Deze strikte doorwer-

65. Jackson & Summers 2012, p. 266 e.v.

66. MvT, p. 420.

67. Zie ook Van Toor 2018.

68. Bijv. Concl. A-G F.W. Bleichrodt voor HR 13 oktober 2020, *NJ* 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes, onder 31; Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 316; Stevens 2019, p. 403; Van Toor 2017, p. 391-409; Wijsman 2017, p. 91-92; Koops & Stevens 2003, p. 286.

69. B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 89.

70. Stevens 2005, p. 156 e.v. Vgl. J.C. Reisinger, 'Waarover men niet kan spreken, daarover moet men zwijgen', *NTS* 2020/80, p. 271-272.

71. S. Lamberigts, 'The Privilege against Self-incrimination', *NJECCL* (7) 2016, afl. 4, p. 427. Zie over privacy als primaire grondslag van nemo tenetur o.a. Van Toor 2021; Ligthart 2021.

72. M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, 'Afronding en verantwoording. Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 51-52; Reisinger 2020, p. 272.

73. L.W. Levy, *Origins of the Fifth Amendment*, New York: OUP 1968, hst. 1.

74. Ligthart 2021; Nan 2021, p. 122; Lamberigts 2016, p. 427; Martens en Kuris in *Saunders/VK*, § 9-10.

75. Martens en Kuris in *Saunders/VK*, § 10; Stevens 2005, p. 167; Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 351, 524; Keulen & Knigge 2020, p. 90-96. Vgl. M. Oshana, 'How much should we value autonomy?', *Social Philosophy & Policy Foundation* (20) 2003, afl. 2, p. 112-114.

76. Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 10-11; Stevens 2005, p. 36-37, 167.

77. De Legé/Nederland, § 60.

78. Zie ook Ashworth 2008, p. 769-770.

79. *Ibrahim e.a./VK*, § 262; *Jallob/Duitsland*, § 96; EHRM 12 mei 2000, 5394/97, § 37-40 (*Khan/VK*); EHRM 3 maart 2016, 7215/10, § 41 (*Prade/Duitsland*).

80. R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, p. 453; K.M. Pitcher, *Judicial Responses to Pre-Trial Procedural Violations in International Criminal Proceedings*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2018,

king van nemo tenetur op de eerlijkheid van het proces valt mogelijk te verklaren door de opvatting van het EHRM dat nemo tenetur en het zwijgrecht *lie at the heart of the notion of a fair procedure* in de zin van artikel 6 EVRM.<sup>81</sup> Het is in ieder geval vaste rechtspraak dat ‘public interest concerns cannot justify measures which extinguish the very essence of an applicant’s defence rights, including the privilege against self-incrimination guaranteed by Article 6 of the Convention.’<sup>82</sup>

Het EHRM lijkt te worstelen met deze ‘beperking’ die zijn eigen rechtspraak over artikel 6 EVRM met zich brengt voor de uitleg van nemo tenetur.<sup>83</sup> Zo noemt het Hof in *Jalloh* het publiek belang toch ineens als relevante factor voor de vraag of nemo tenetur geschonden is. In latere rechtspraak – onder verwijzing naar *Jalloh* – herhaalt het Hof deze factor niet.<sup>84</sup> Tegelijkertijd lijken publieke belangen impliciet soms toch een rol te spelen bij de beoordeling van klachten over nemo tenetur.<sup>85</sup> Mede tegen deze achtergrond hebben Jackson en Summers de vraag opgeworpen of artikel 6 EVRM het meest geschikt is als juridische grondslag voor het nemo tenetur-beginsel (zie hierover paragraaf 4).<sup>86</sup>

Naast het beschermen van de autonomie van verdachten, is in de literatuur ook gewezen op het waarborgen van de menselijke waardigheid als ratio van nemo tenetur.<sup>87</sup> De gedachte is dat het wreed of zelfs onmenselijk zou zijn verdachten te confronteren met het volgende dilemma: jezelf beschuldigen door de waarheid te spreken of gestraft worden wegens niet-meewerken.<sup>88</sup> Of een dergelijke *cruel choice rationale* overtuigt is een open vraag.<sup>89</sup> Rechters Martens en Kuris zijn zeer kritisch in dit verband:

‘Such “rationales” cannot justify the immunities under discussion since they obviously presuppose that the suspect is guilty, for an innocent suspect would not be subjected to such choices nor bring about his own ruin by answering questions truthfully! Innocent suspects are, therefore, not treated cruelly or unethically, whilst guilty

suspects should not complain that society does not allow them to escape conviction by refusing to answer questions or otherwise hiding evidence.’<sup>90</sup>

Deze kritiek vinden we ook terug in het werk van Jeremy Bentham. De ratio van *cruel choices* heeft volgens hem enkel betrekking op schuldige verdachten.<sup>91</sup> Maar schuldige verdachten zouden zich wat Bentham betreft niet moeten beklagen als zij vragen dienen te beantwoorden over hun betrokkenheid bij een strafbaar feit. Dat het wreed of zelfs onmenselijk zou zijn een schuldige verdachte te confronteren met de keus tussen zelfincriminatie of gestraft worden wegens niet-meewerken, is volgens Bentham niet meer dan een ‘old woman’s reason’. Misschien dat het opleggen van zo’n keuze onaangenaam of hardvochtig is. Maar vrijwel niemand zal bezwaar hebben tegen een dergelijke mate van hardvochtigheid wanneer zoiets belangrijks op het spel staat als het voorkomen van criminaliteit, aldus Bentham.<sup>92</sup>

Vervelende, hardvochtige maar legitieme methoden om de waarheid te achterhalen en om daders te veroordelen en te bestraffen zijn niet uitzonderlijk in het strafprocesrecht.<sup>93</sup> Te denken valt aan visitatie en inwendig manueel onderzoek (artikel 56 Sv) en aan het afscheren van hoofdhaar zoals bedoeld in artikel 61a Sv. Hoewel dergelijke onderzoeksmethoden in de ogen van veel verdachten mogelijk kwalificeren als *cruel*, is nemo tenetur daarop in principe niet van toepassing.<sup>94</sup> Nu kan men mogelijk tegenwerpen dat dit soort onderzoeksmethoden minder ver ingrijpen in de belangen van de verdachte dan wanneer hij wordt gedwongen zichzelf te belasten en daarmee de eigen veroordeling en straf faciliteert. In een dergelijke opvatting is het niet zozeer de moeilijke keus die wreed is of zelfs onmenselijk, maar zit het onethische karakter vooral in het opleggen van een gedragsnorm die indruist tegen het menselijk basisinstinct tot zelfbehoud en tot een menswaardig bestaan.<sup>95</sup> Het is wreed of zelfs onmenselijk om verdachten te dwingen zichzelf ‘de gevangenis in te praten’, of om hen te straffen als ze dat niet willen

p. 39-40. Zoals het Hof in *Jalloh* overwoog: ‘allowing the use at the applicant’s trial of evidence obtained by the forcible administration of emetics infringed his right not to incriminate himself and therefore rendered his trial as a whole unfair. Accordingly, there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.’ (§ 122).

81. *Ibrahim e.a./VK*, § 266.

82. *Bykov/Rusland*, § 93. Zie ook Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 318.

83. Jackson & Summers 2012, p. 256-257; Wijsman 2017, p. 215-223.

84. *O’Halloran en Francis/VK*, § 90; *DeLegé/Nederland*, § 68.

85. D.J. Harris e.a., *Harris, O’Boyle, and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, New York: OUP 2018, p. 427-428; Myjer in *O’Halloran en Francis/VK*, § 6-7.

86. Jackson & Summers 2012, hst. 8.

87. E.J. Koops, *Verdachte en ontsleutelplicht: hoe ver reikt nemo tenetur?*, Deventer: Kluwer 2000, p. 44-45; Reisinger 2020; Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 316. Bijv. Concl. A-G F.W. Bleichrodt voor HR 13 oktober 2020, *NJ* 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes, onder 31.

88. Zie voor een uitvoeriger bespreking: Van Toor 2017, p. 382-384; Redmayne 2007, p. 221-224; S. Lamberigts, *Corporations and the Privilege Against Self-Incrimination*, Londen: Bloomsbury 2022, p. 51-56. Soms wordt ook gesproken van een trilemma, met als derde mogelijkheid meened plegen en het risico lopen daarvoor veroordeeld te worden.

89. Redmayne 2007, p. 221-224; Jackson & Summers 2012, p. 268-270.

90. Martens en Kuris in *Saunders/UK*, onder 4, voetnoot 4.

91. J. Bentham, *Rationale of judicial evidence, Vol. 5*, collected by D.S. Berkowitz & S.E. Thorne, London: Hunt and Clarke 1978, p. 238.

92. Idem, p. 230-231.

93. Redmayne 2007, p. 221.

94. Zij worden uiteraard wel genormeerd door artikel 3 en 8 EVRM.

95. Van Toor 2017, p. 380-382; D. Dolinko, ‘Is there a Rationale for the Privilege Against Self-incrimination?’, *UCLA Law Review* (33) 1986, afl. 4, p. 1095-1096.

doen. De verdachte hoeft zichzelf niet via eigen verklaringen ‘op te hangen’. Dat is te veel gevraagd.<sup>96</sup>

Het is de vraag of een dergelijke redenering overtuigt.<sup>97</sup>

Zij beperkt zich namelijk niet enkel tot *schuldige* verdachten, maar tot schuldige verdachten die een *ernstig misdrijf* hebben gepleegd. Alleen zij kunnen zichzelf zware straffen opleggen door onder dwang naar waarheid te verklaren. Denk daarentegen aan een verdachte die een reep chocolade heeft gestolen en een boete riskeert van € 150. Het is moeilijk voor te stellen hoe in zo’n geval een verplichting de waarheid te spreken strijd oplevert met het menselijk basisinstinct tot zelfbehoud. Het is lastig in te denken hoe een dergelijke verplichting afbreuk doet aan de menselijke waardigheid van de verdachte.<sup>98</sup>

Toch maakt elke verdachte in gelijke mate aanspraak op het recht tegen gedwongen zelfbeschuldiging, ongeacht de ernst van het delict.<sup>99</sup>

Samenvattend laat de bespreking in deze paragraaf zien dat vooralsnog de nodige onduidelijkheid bestaat over de (meest overtuigende) ratio’s van het nemo tenetur-beginsel.<sup>100</sup> De Straatsburgse rechtspraak biedt weinig houvast en verschillende auteurs verdedigen verschillende opvattingen. Wellicht dat een zoektocht naar ‘de’ ultieme ratio van nemo tenetur bij voorbaat gedoemd is te mislukken, omdat de rechtvaardiging van dit beginsel deels afhangt van het rechtsstelsel en de rechtscultuur waarbinnen dit beginsel wordt toegepast en moet worden begrepen. Voor de uitwerking van nemo tenetur in ons nationale strafprocesrecht, knoopt de minister in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering zoals gezegd aan bij ‘een belangrijke, door het Hof genoemde functie van dit recht: het voorkomen van rechterlijke dwalingen als gevolg van on gepaste druk op de verdachte.’<sup>101</sup> Deze ‘functie’ gebruikt de minister vervolgens als argument voor de opvatting dat een verplichte spreek-, schrijf- of looptest niet in strijd is met het nemo tenetur-beginsel:

‘redelijkerwijs [mag] worden aangenomen dat er voor de verdachte, indien hij wordt gedwongen om aan een onderzoek van deze fysieke eigenschappen mee te werken, geen sprake is van een verplichting tot actieve medewerking aan zijn veroordeling, ook al zijn deze eigenschappen door de wil beïnvloedbaar. Zij bevatten immers feitelijke informatie die eigen is aan een persoon en kunnen daardoor niet op een lijn worden gesteld met mondelinge verklaringen die indien zij onder druk zijn gegeven, tot

rechterlijke dwalingen kunnen leiden en mede om die reden door het nemo tenetur-beginsel zijn beschermd.’<sup>102</sup>

De minister spreekt zich aldus expliciet uit over wat min of meer de ratio is van het nemo tenetur-beginsel en gebruikt die ratio voor het legitimeren van concrete opsporingsbevoegdheden in het nieuwe Wetboek van Strafvordering. Een dergelijke explicitering in de memorie van toelichting bij het nieuwe wetboek, zal vermoedelijk richting geven aan de uitleg van nemo tenetur en aan de toepassing ervan in de praktijk, bijvoorbeeld bij de afbakening van nieuwe, toekomstige onderzoeksmethoden, zoals het verplicht ontgrendelen van gegevensdragers via gezichtsherkenning of mogelijk de verplichting mee te werken aan een hersenscan voor diagnostiek of risicotaxatie,<sup>103</sup> waarbij het in de kern ook gaat om het in kaart brengen van ‘feitelijke informatie die eigen is aan een persoon’.

Hoewel de overwegingen van de minister mogelijk dus verder zullen strekken dan enkel de verplichte spreek-, schrijf- of looptest, geven die overwegingen geen blijk van een weloverwogen keuze voor het enkel noemen van het voorkomen van rechterlijke dwalingen als gevolg van on gepaste druk op de verdachte als ratio van nemo tenetur. De minister refereert daarbij uitsluitend aan de rechtspraak van het EHRM, die op dit punt slechts in beperkte mate houvast biedt. Het is onduidelijk waarom de minister met geen woord rept over alternatieve of aanvullende ratio’s, zoals de bescherming van de autonomie van verdachten, waarvoor in de literatuur uitdrukkelijk aandacht bestaat. Mogelijk dat meer nadruk op het waarborgen van autonomie tot een andere conclusie had kunnen of moeten leiden. Het is immers evident dat een verplichting om actief mee te werken aan bijvoorbeeld het schrijven of uitspreken van een tekst, een inperking vormt van de vrijheid van de verdachte zijn processtrategie zelfstandig – autonoom – te bepalen.

#### 4. Verkenning: naar een nationaal nemo tenetur-beginsel?

De bespreking in de voorgaande paragrafen laat zien dat er vooralsnog de nodige onduidelijkheid bestaat over de betekenis, inhoud en reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel. Een mogelijke verklaring hiervoor is, zoals gezegd, dat de discussie over de uitleg van nemo tenetur hoofdzakelijk wordt gevoerd binnen de kaders van de Straatsburgse rechtspraak. Zo knoopt de minister voor

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

97. Ligthart 2022, p. 194.

98. Ter vergelijking: voorbeelden uit Straatsburgse rechtspraak waar de menselijke waardigheid in het geding was, betreffen onvrijwillige sterilisatie onder artikel 3 EVRM en racistisch gemotiveerd geweld onder artikel 8 EVRM: EHRM 8 november 2011, 18968/07, § 106-120 (*V.C./Slowakije*); EHRM 6 juli 2005, 43577/98; 43579/98, § 145 (*Nachova e.a./Bulgarije*).

99. Dit voorbeeld is misschien wat gechargeerd; in sommige gevallen kan een veroordeling ook aanvullende vervelende gevolgen hebben, zoals sociale afkeuring of de weigering van een VOG. De ingrijpendheid van dit soort neveneffecten – en daarmee de ‘onmenselijkheid’ van de opgelegde keus – zal echter eveneens afhangen van de ernst van het delict en van andere factoren, zoals de baan en sociale omgeving van de verdachte. Vgl. Reisinger 2020, p. 273-274.

100. Die onduidelijkheid zien we ook terug in het internationale debat, waar al ruim vijftig jaar wordt gediscussieerd over een mogelijke rechtvaardiging van een recht tegen gedwongen zelfincriminatie. Zie o.a. R.S. Gerstein, ‘Privacy and Self-incrimination’, *Ethics* (80) 1970, afl. 2; Dolinko 1986; D.J. Galligan, ‘The Right to Silence Reconsidered’, *Current Legal Problems* (41) 1988, afl. 1, p. 69-92; Redmayne 2007; Ashworth 2008; Jackson & Summers 2012; Lamberigts 2016.

101. MvT, p. 420.

102. MvT, p. 421.

103. Zie o.a. Den Os, Reumer & Van Toor 2022; Ligthart 2022; Van Toor 2017.

het achterhalen van de ratio van nemo tenetur uitsluitend aan bij de standaard – maar op de keper beschouwd weinigzeggende – overweging van het EHRM hieromtrent, en vertrekt de zoektocht in de literatuur naar een werkbaar criterium voor de toepassing van nemo tenetur niet systematisch vanuit een goedgevoerde ratio van dit beginsel, maar vooral vanuit de onderlinge verhouding tussen verschillende beslissingen in de Straatsburgse jurisprudentie.

Idealiter zou een criterium voor de toepassing en uitwerking van een bepaalde norm, zoals nemo tenetur, evenwel logisch moeten voortvloeien uit die norm en uit de daaraan ten grondslag liggende gedachte.<sup>104</sup> En de discussie over ratio's, over welke waarden we precies willen beschermen met nemo tenetur, zou vanuit theoretisch perspectief niet op voorhand gebonden hoeven zijn aan een vastgesteld juridisch kader; aan de keuze van het EHRM in *Funke* om nemo tenetur te benaderen als onderdeel van artikel 6 EVRM. Sinds *Funke* leidt het EHRM het nemo tenetur-beginsel weliswaar af van het recht op een eerlijk proces, hetgeen bijdraagt aan de invulling van dit beginsel, maar dat hoeft niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat artikel 6 EVRM daarom ook de enige of meest overtuigende juridische grondslag zou zijn van nemo tenetur.<sup>105</sup> Idealiter stellen we eerst vast *wat* we precies willen beschermen met nemo tenetur en *waarom*. De vervolgvraag zou zijn *hoe* we die bescherming het meest effectief kunnen vormgeven. Zoals blijkt uit de voorgaande paragrafen, biedt de rechtspraak van het EHRM slechts beperkt houvast voor de beantwoording van deze vragen. Dat geldt eens te meer als het gaat om de betekenis van nemo tenetur in verband met nieuwe opsporingsmethoden, zoals de verplichte spraak-, schrijf- en looptest, verschillende vormen van gedwongen biometrische ontgrendeling van gegevensdragers en de mogelijke inzet van hersenscans voor diagnostiek, risicotaxatie of geheugendetectie.<sup>106</sup> Nieuwe opsporingsmethoden roepen nieuwe vragen op over de wijze waarop de verdachte beschermd zou moeten worden tegen de in dat verband steeds machtiger wordende overheid, en over de rol die het nemo tenetur-beginsel hierbij zou kunnen of moeten spelen. De rechtspraak van het EHRM, die noodzakelijkerwijs enkele jaren achterloopt, kan hierover slechts in beperkte mate helderheid kan verschaffen.

Dit roept de vraag op of het voor het doorgronden en verder ontwikkelen van nemo tenetur mogelijk zinnig zou zijn wat meer afstand te nemen van de Straatsburgse rechtspraak.<sup>107</sup> Volgens de Hoge Raad kennen we in

Nederland geen onvoorwaardelijk recht of beginsel tegen gedwongen zelfincriminatie. Daarmee lijkt niet uitgesloten dat binnen het nationale recht wel ruimte bestaat voor een vóórwaardelijk recht of beginsel dat beschermt tegen bepaalde vormen van gedwongen zelfbeschuldiging.<sup>108</sup>

Biedt deze ruimte misschien de mogelijkheid te komen tot de ontwikkeling van een nationaal beginsel dat de verdachte in principe niet hoeft mee te werken aan de eigen veroordeling? En zo ja, waar zou de rechtswetenschap, de rechtspraak en/of de wetgever in dat geval de inspiratie vandaan kunnen halen voor de ontwikkeling van zo'n beginsel, anders dan uit de nemo tenetur-rechtspraak van het EHRM?<sup>109</sup>

Daarbij valt onder meer te denken aan een rechtshistorische en/of rechtsvergelijkende aanpak. Interessant is bijvoorbeeld dat beide perspectieven blootleggen dat theorievorming over nemo tenetur niet noodzakelijkerwijs gebonden is aan het recht op een eerlijk proces, maar dat een recht tegen gedwongen zelfincriminatie ook kan worden afgeleid van andere (fundamentele/constitutionele) rechten, die een eigen kader scheppen waarbinnen nemo tenetur kan worden begrepen en ontwikkeld. Levy laat bijvoorbeeld zien dat het recht tegen gedwongen zelfincriminatie is ontstaan als verweer tegen een beschuldiging van ketterij en het ontzeggen van de vrijheid van gedachte.<sup>110</sup> De relatie tussen nemo tenetur en de vrijheid van gedachte zien we ook (impliciet) terug in de *travaux préparatoires* bij artikel 9 EVRM:

'the Committee wished to protect all nationals of any Member State, not only from "confessions" imposed for reasons of State, but also from those abominable methods of police enquiry or judicial process which rob the suspect or accused person of control of his intellectual faculties and of his conscience.'<sup>111</sup>

In een recent rapport voor de Verenigde Naties schrijft de Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief dat het recht op vrijheid van gedachte uit artikel 18 IVBPR onder meer de bescherming van 'mentale privacy' omvat, welke bescherming in de literatuur soms wordt aangedragen als ratio van nemo tenetur (paragraaf 3). Daarbij merkt de Rapporteur op dat "The right not to reveal one's thoughts against one's will arguably includes "the right to remain silent", without explaining such silence."<sup>112</sup>

Nauw verbonden aan de vrijheid van gedachte is het recht op vrijheid van meningsuiting, van welk constitutioneel

104. Vgl. Stevens 2005, p. 122.

105. Jackson & Summers 2012, p. 273; Lamberigts 2016, p. 427; Trechsel 2005, p. 342, 348. Een mogelijk argument om nemo tenetur te koppelen aan het recht op een eerlijk proces zou kunnen zijn dat nemo tenetur voortvloeit uit de onschuldpresumptie uit artikel 6 EVRM. Bemelmans heeft dit argument evenwel overtuigend weerlegd: Bemelmans 2018, p. 99-101, 501-502.

106. Van Toor 2021; Ligthart 2022.

107. Vgl. Van Toor 2021.

108. Stevens 2005, p. 109. Zoals gezegd werd een dergelijk recht aanvankelijk afgeleid uit het systeem en de geest van het Wetboek van Strafvordering.

109. Waarbij geldt dat de minimumeisen uit Straatsburg uiteraard wel in acht dienen te worden genomen.

110. Levy 1968, p. 4.

111. *Travaux préparatoires Article 9 ECHR*, Strasbourg, 16th August 1959, p. 3-4.

112. VN Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, *Report on the Freedom of Thought*, 5 oktober 2021, A/76/380 (VN-rapport 2021), par. 26. Zie hierover ook S. Ligthart e.a., 'Rethinking the Right to Freedom of Thought', *Human Rights Law Review* (22) 2022, afl. 4, p. 1-14.

recht nemo tenetur in Ierland bijvoorbeeld wordt afgeleid.<sup>113</sup> De vrijheid jezelf te uiten impliceert namelijk ook een recht jezelf niet te uiten, onder meer door te zwijgen en door allerlei informatie niet te delen met de overheid.<sup>114</sup> Zo stelt het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties dat ‘Freedom to express one’s opinion necessarily includes freedom not to express one’s opinion’.<sup>115</sup> Ten aanzien van het recht op vrijheid van meningsuiting in de zin van artikel 10 EVRM schrijven Harris en collega’s dat:

‘Albeit sparse in the case law, Article 10 guarantees to some extent the negative aspect of freedom of expression, namely the right not to be compelled to express oneself. One notable example is the right to remain silent.’<sup>116</sup>

Tegen deze achtergrond is het wellicht niet zo verwonderlijk dat voorafgaand aan de uitspraak in *Funke*, de Commissie in *K./Austria* nemo tenetur afleidde van artikel 10 EVRM, waarbij het zelfincriminerende karakter van een afgedwongen verklaring werd meegenomen in de uiteindelijke belangenafweging door de Commissie – in het voordeel van de klager.<sup>117</sup> Eenzelfde benadering wordt verdedigd door Trechsel in zijn *separate opinion* bij het rapport van de Commissie in de zaak *Serves/Frankrijk*.<sup>118</sup> In latere rechtspraak heeft het EHRM nemo tenetur en de vrijheid jezelf niet te uiten ook wel gekwalificeerd als twee ‘correlerende rechten’.<sup>119</sup>

Of een alternatieve juridische grondslag, zoals de vrijheid van meningsuiting, mogelijk geschikter is voor de uitleg en ontwikkeling van nemo tenetur, zal onder meer afhangen van de ratio van dit beginsel. Een analyse van welke ratio of welk samenspel aan ratio’s het meest overtuigt en welke juridische grondslag in dat kader het geëigendst is, gaat het bestek van deze verkennende bijdrage te buiten. Niettemin wil ik hieronder nog graag – bij wijze van een begin van aanzet tot nadere discussie – kort stilstaan bij twee mogelijke alternatieve juridische grondslagen in verband met één specifieke ratio van nemo tenetur: de bescherming van autonomie. Hoewel de minister, de

Hoge Raad en het EHRM niet expliciet refereren aan de bescherming van autonomie als ratio van nemo tenetur, wordt deze ratio in de Nederlandse literatuur vrij breed onderschreven.<sup>120</sup> Recentelijk pleitten Pivaty en collega’s er bijvoorbeeld voor nemo tenetur en het zwijgrecht steviger te funderen in de bescherming van de persoonlijke autonomie van verdachten.<sup>121</sup> En, zoals besproken, stelt Stevens de bescherming van communicatieve autonomie centraal in dit verband.<sup>122</sup>

Interessant is dat deze ratio’s van nemo tenetur niet uitsluitend of overwegend in verband staan met het recht op een eerlijk proces, maar (juist) ook met het recht op vrijheid van meningsuiting en het recht op respect voor het privéleven. Het beschermen van communicatieve autonomie lijkt bijvoorbeeld naadloos aan te sluiten bij wat Jackson en Summers beschrijven als de ratio van het recht jezelf niet te hoeven uiten dat kan worden afgeleid van de vrijheid van meningsuiting: ‘the liberty of the individual to withhold information from the state.’<sup>123</sup> En zowel Ashworth, Trechsel als Jackson en Summers brengen het nemo tenetur-beginsel in verband met het recht op respect voor het privéleven, indien dit beginsel vooral zou strekken tot het beschermen van de persoonlijke autonomie van de verdachte.<sup>124</sup> Of dergelijke alternatieve juridische grondslagen mogelijk geschikter zijn voor een systematische uitleg van nemo tenetur is voorsnog de vraag. Bij nader onderzoek naar die vraag zou onder meer aandacht kunnen uitgaan naar de implicaties van dit soort alternatieve grondslagen voor de reikwijdte van nemo tenetur, hetgeen in de literatuur een van de centrale discussiepunten vormt.

Door het nemo tenetur-beginsel te rechtvaardigen met een beroep op autonomie en door dit beginsel af te leiden van het recht op vrijheid van meningsuiting of respect voor het privéleven, zal de reikwijdte van nemo tenetur vermoedelijk worden verbreed.<sup>125</sup> Voor de bescherming van persoonlijke autonomie of communicatievrijheid is bijvoorbeeld niet zozeer relevant of afgedwongen bewijsmateriaal afhankelijk of onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat of kan worden verkregen.<sup>126</sup> Veel op-

113. Y.M. Daly, ‘Ireland: Curtailment of the right to silence through statutory adverse inferences’, *NJEC* (12) 2021, afl. 3.

114. Jackson & Summers 2012, p. 249, 268; D. Bychawska-Siniarska, *Protecting the right to freedom of expression under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe 2017, p. 13, 18.

115. General comment No. 34, CCPR/C/GC/34, par. 10.

116. Harris e.a. 2018, p. 595.

117. ECRM 13 oktober 1992, 16002/90, report, § 49-52 (*K./Austria*). Vgl. EHRM 23 oktober 2018, 26892/12, i.h.b. § 42 (*Wanner/Germany*). Zie ook Jackson & Summers 2012, p. 249.

118. ECRM 13 mei 1996, 20225/92 (*Serves/Frankrijk*). Zie ook Trechsel 2005, p. 342-343; Jackson & Summers 2012, p. 249, 273-274.

119. *Heaney en McGuinness/Ierland*, § 62.

120. A. Pivaty e.a., ‘U bent niet tot antwoorden verplicht, maar...’ *Inzichten en opvattingen over het zwijgrecht vanuit de rechtspraak*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 32-33; Nan 2021; Keulen & Knigge 2020, p. 89-90; Stevens 2019, p. 403; Van Toor 2017, p. 391-409; Wijsman 2017, p. 91-92; Koops & Stevens 2003, p. 286; Concl. A-G F.W. Bleichrodt voor HR 13 oktober 2020, *NJ* 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes, onder 31.

121. Pivaty, Ter Vrugt & De Vocht 2021; Pivaty e.a. 2021, p. 112. Zie ook Van Toor, die pleit voor de bescherming van privacy als centrale ratio van nemo tenetur.

122. Stevens 2005. Vgl. Keulen & Knigge 2020, p. 89.

123. Jackson & Summers 2012, p. 249, 273-274. Zie ook Ashworth 2008, p. 759; Harris e.a. 2018, p. 593-595.

124. Ashworth 2008, p. 759; Trechsel 2005, p. 348; Jackson & Summers 2012, p. 273.

125. Vgl. Pivaty e.a. 2021, p. 32; Van Toor 2021; Ligthart 2021.

126. Deze rechten stellen ook niet de eis van een *criminal charge* en zijn daarmee niet beperkt tot de context van het strafrecht, welke beperking aan de reikwijdte van nemo tenetur volgens onder meer Jackson & Summers 2012, p. 268-274 moeilijk te rechtvaardigen valt.

springsbevoegdheden maken inbreuk op de persoonlijke of communicatieve autonomie van verdachten, en zullen daarmee onder het bereik van nemo tenetur komen te vallen.<sup>127</sup> Te denken valt aan de verplichting mee te werken aan een schrijfproef, spreekproef, biomedische ontgrendeling van een smartphone, aan een blaastest voor alcoholcontrole, het gedwongen overhandigen van reeds bestaande documenten, of aan de afname van celmateriaal voor DNA-onderzoek. Een dergelijke ruime reikwijdte hoeft uiteraard niet te betekenen dat dit soort onderzoeksbevoegdheden telkens een schending opleveren van nemo tenetur. Of sprake is van een schending zal in de regel afhangen van de uiteindelijke belangenafweging. Interessant in dit verband is bijvoorbeeld de Canadese uitleg van het recht tegen gedwongen zelfincriminatie, waarvan de ratio deels wordt gezocht in de bescherming tegen machtsmisbruik door de staat, hetgeen wordt gelinkt aan de bescherming van privacy,<sup>128</sup> en waarbij de Supreme Court geen onderscheid maakt ‘between products of the mind and products of the body with respect to the principle against self-incrimination.’<sup>129</sup> Ook de gedwongen afname van haar, wangslim, bloed, en tandbeten valt bijvoorbeeld onder de reikwijdte van het Canadese nemo tenetur-beginsel, welk beginsel telkens vraagt om een afweging van publieke tegen individuele belangen.<sup>130</sup>

Een dergelijke belangenafweging zal ook eigen zijn aan nemo tenetur indien dit beginsel wordt afgeleid van het recht op respect voor het privéleven of van de vrijheid van meningsuiting, hetgeen aansluit bij de typisch relatieve rechtsbescherming die in de regel toekomt aan het belang van persoonlijke autonomie en communicatievrijheid.<sup>131</sup> Daarbij zij opgemerkt dat, in specifieke gevallen, mogelijk kan worden voorzien in een strikte noodzakelijkheidstoets, waarbij aan bepaalde factoren, zoals het incriminerende karakter van afgedwongen informatie, de aard en mate van dwang, processuele waarborgen, of de ernst van het delict, bijzonder gewicht kan worden toegekend. Jackson en Summers schrijven in dit verband bijvoorbeeld het volgende:

‘We have reached the point where it would seem difficult to argue for a distinctive privilege against self-incrimination linked to the right to a fair trial over and above the

other protections provided for by human rights instruments. (...) This is not to say that there should not be a general right of silence deduced from the right to freedom of expression or linked with other rights such as the right of privacy by the need to prevent undue government restrictions on our personal autonomy. We may also want to give special protection against interferences which compel us to incriminate ourselves and others in the course of a criminal prosecution. But these rights need to be weighed against other interests, in particular the need for citizens to account for their actions in certain circumstances. (...) Applying a strict proportionality test, we should only require persons to account for themselves when certain proportionality conditions are fulfilled, such as rationality and necessity.’<sup>132</sup>

Door de jaren heen is vanuit de wetenschap, politiek, en rechtspraak verschillende keren gesuggereerd het nemo tenetur-beginsel en het daaraan verbonden zwijgrecht te relativeren of zelfs volledig af te schaffen.<sup>133</sup> Dergelijke voorstellen lopen het risico te stuiten op onbegrip en verontwaardiging.<sup>134</sup> Maar relativisering van een recht kan soms ook juist leiden tot een *versteving* en *verbreding* van dat recht in wetgeving en praktijk. Te denken valt aan het eerdergenoemde recht op vrijheid van gedachte. Vanwege het absolute karakter werd dit recht lange tijd restrictief uitgelegd, waardoor het in de praktijk veelal buiten beschouwing bleef en theorievorming niet op gang kwam.<sup>135</sup> Door de reikwijdte van dit recht te verbreden en het absolute karakter enigszins te relativeren, beogen sommige auteurs de vrijheid van gedachte te versterken en de toepassing ervan in concrete gevallen te stimuleren.<sup>136</sup> Onlangs is betoogd dat een vergelijkbare behoefte bestaat ten aanzien van nemo tenetur en het zwijgrecht: deze rechten verdienen een steviger positie in regelgeving en praktijk.<sup>137</sup> Dit vraagt om debat.<sup>138</sup> De modernisering van het Wetboek van Strafvordering biedt hiervoor een uitgelezen mogelijkheid. De minister zou zich uitgebreider en gemotiveerd kunnen uitlaten over de ratio en reikwijdte van nemo tenetur in de eenentwintigste eeuw *and beyond*. Daarbij zou ook aandacht kunnen uitgaan naar de (nationale) juridische grondslag waarop dit beginsel het best kan worden gebaseerd en waarbinnen het

127. Vgl. Jackson & Summers 2012, p. 269-270; Lighthart 2021; R. Kitai-Sangero, ‘The Protection of Free Choice and the Right to Passivity: Applying the Privilege Against Self-Incrimination to Physical Examinations and Documents’, *Wm. & Mary Bill Rts. J.* (29) 2020, afl. 2, p. 271-325.

128. *R. v. S.A.B.* [2003] 2 SCR 678, par. 57.

129. *Idem*, par. 34.

130. *Idem*, par. 57-63; Kitai-Sangero 2020, p. 286-287; Choo 2013, p. 58-59, 74-78.

131. Vgl. Lighthart 2021; Stevens 2005, p. 167.

132. Jackson & Summers 2012, p. 272-274.

133. Zie hierover: Stevens 2005, p. 54-55; Pivaty e.a. 2021, p. 27.

134. Zie bijv. de open brief aan de Minister van Justitie in *NJB* 2002, afl. 32, p. 1609-1610, de reactie daarop van M. Barendrecht, ‘Het zwijgrecht van de strafrechtgeleerden’, *NJB* 2002, afl. 35, p. 1729 en de reacties op Barendrecht in *NJB* 2002, afl. 40, p. 1988-1992. Zie ook Reisinger 2020, p. 272.

135. VN-rapport 2021, par. 48; J.C. Bublitz, ‘Freedom of Thought as an International Human Right’, in: M.J. Blitz & J.C. Bublitz (red.), *The Law and Ethics of Freedom of Thought*, Volume 1, Cham: Palgrave Macmillan 2021.

136. S.L.T.J. Lighthart, A.C. Buyse & G. Meynen, ‘Het recht op vrijheid van gedachte. Nieuwe internationale ontwikkelingen en nationale uitdagingen’, *RMThemis* 2022, afl. 3, p. 106-116. Vgl. S. Greer, ‘Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really “Absolute” in International Human Rights Law?’, *Human Rights Law Review* (15) 2015, p. 101-137.

137. Pivaty e.a. 2021; Pivaty, Ter Vrugt & De Vocht 2021; Van Toor 2021.

138. Waarbij ook aandacht zou kunnen uitgaan naar de vraag in hoeverre en onder welke voorwaarden verbreding en versteving van nemo tenetur door relativisering van dit beginsel uit rechtsbeschermend oogpunt realistisch is in het huidige tijdsgewricht. Dat tijdsgewricht kenmerkt zich immers onder meer door een toegenomen maatschappelijke en politieke behoefte aan een repressiever strafrecht.

betekenis krijgt. In dat verband zou bijzondere aandacht kunnen uitgaan naar de vrijheid van meningsuiting en het recht op respect voor het privéleven.

## **5. Conclusie**

In afwezigheid van een nationaal recht of beginsel dat de verdachte niet kan worden gedwongen mee te werken aan de eigen veroordeling, wordt voor de uitleg van het nemo tenetur-beginsel hoofdzakelijk aangeknoopt bij de rechtspraak van het EHRM, zo ook in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering. In deze bijdrage is evenwel betoogd dat de Straatsburgse jurisprudentie slechts beperkt houvast biedt voor het doorgronden van de ratio en reikwijdte van nemo tenetur. Tegen die achtergrond is de vraag opgeworpen of het mogelijk zinnig zou zijn wat meer afstand te nemen van de Straatsburgse rechtspraak, door op nationaal niveau vast te stellen wat vanuit theoretisch oogpunt de kern zou moeten zijn van een recht tegen gedwongen zelfincriminatie en hoe dat recht het best kan worden uitgelegd op een wijze die richting geeft aan de toepassing ervan in regelgeving en praktijk. Daarbij zou ook aandacht kunnen uitgaan naar de juridische grondslag van het nemo tenetur-beginsel. Naast het recht op een eerlijk proces, is het denkbaar dit beginsel af te leiden van de vrijheid van meningsuiting en/of het recht op respect voor het privéleven.