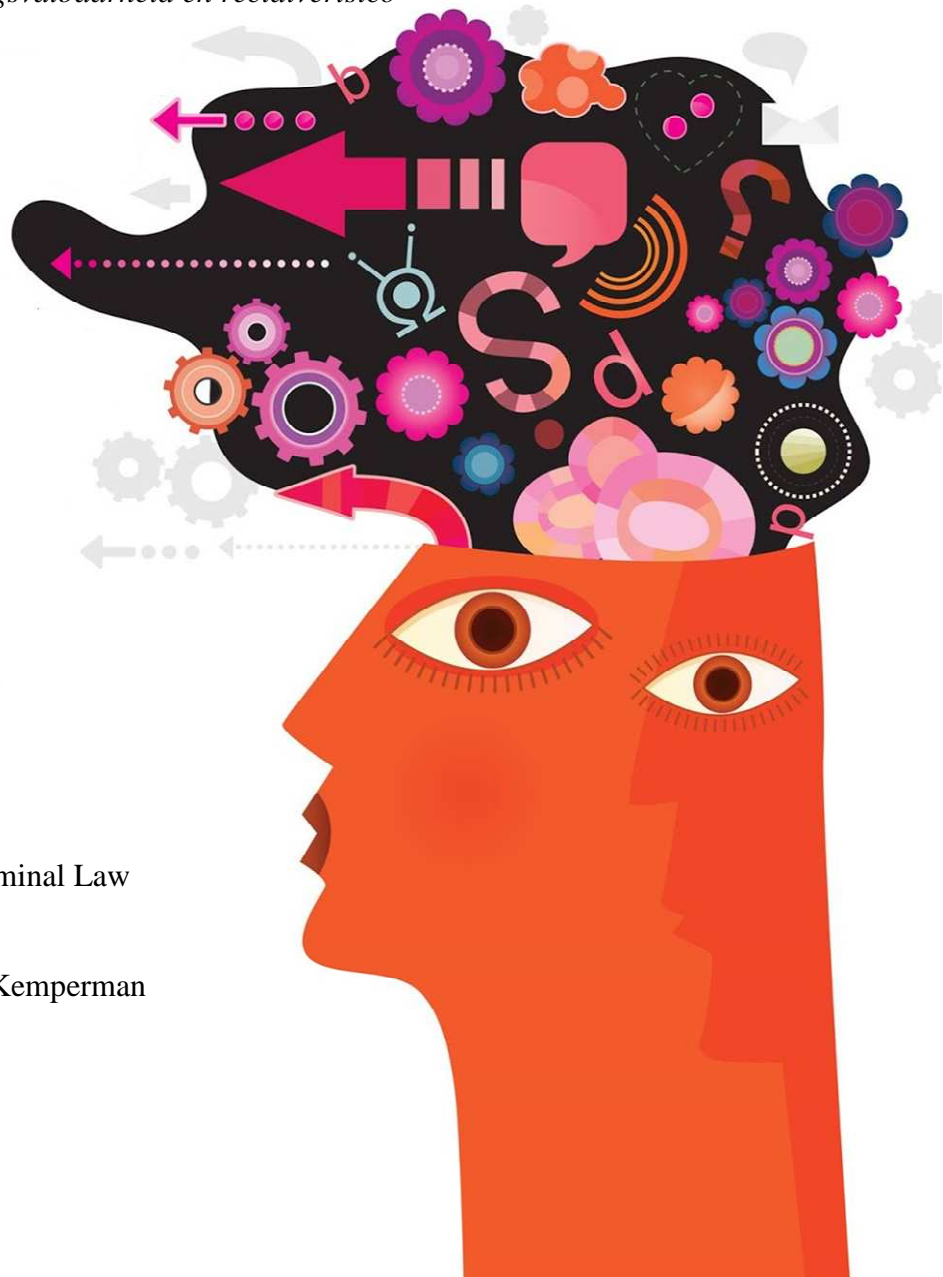


ZWIJGRECHT VAN HET BREIN

Over de grenzen die het nemo tenetur beginsel stelt aan neuroimaging bij onderzoek naar toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico



Masterscriptie Rechtsgeleerdheid

Tilburg University, Department of Criminal Law

S.E.J. Hendricksen (ANR 959859)

Onder begeleiding van mr. L.H.A.M. Kemperman

Tweede lezer: mr. S.R.B. Walther

Voorwoord

Steeds vaker worden verdachten aan de hand van hersenscans beoordeeld. In plaats van te luisteren naar hun verhalen, wordt geluisterd naar de verhalen van het brein – naar de hersengolven of magnetische velden die grote machines detecteren – en dat kan gevaarlijk zijn. Strafrecht gaat niet om dakkapellen, erfgronden, geurcirkels of cijfertjes. Het gaat om echte mensen met echte families, echte gevoelens en echte meningen die het verdienen om gehoord te worden. Het beplakken van iemands hoofd met elektroden, of het ‘fotograferen’ van diens brein lijkt op het eerste gezicht dan ook moeilijk te rijmen met het karakter van het strafrecht. Strafrecht is persoonlijk.

Juist dat persoonlijke karakter van het strafrecht, waarop ik op verschillende manieren telkens weer stuit, vind ik mooi. Zo liep ik mee met een raadsman die zijn cliënt net voor de zitting nog even hielp herinneren zijn kleding te fatsoeneren; gaf een forensisch psychiatrisch patiënt aan onze Psychiatrie voor Juristen-klas te kennen dat hij in zijn behandelaar een vaderfiguur herkende; en zag ik hoe een slachtoffer door een medewerker van Slachtofferhulp werd gesteund tijdens het uitoefenen van haar spreekrecht. Daarnaast vind ik ook de klassieke gewelds- en zedendelicten fascinerend. Dit, niet omdat ik zo houd van pijn en narigheid, maar wederom om de persoonlijke lading daarachter. Hoe komt iemand tot zo’n daad? Wat gaat er op zo’n moment door hem heen? Wat er ook van zij, strafrecht gaat om mensen. Het is persoonlijk. Het is spannend.

Het waren vijf roerige jaren. Ik schommelde van optimistische vwo’er, naar radeloze eerstejaars student, naar mezelf zoals ik nu ben – een jurist inmiddels. Hoewel ik niet kan en wil zeggen dat ik er fluitend doorheen ben gefietst, ben ik trots op wat ik al heb bereikt. Daarvoor wil ik in het bijzonder Stijn bedanken, gewoon omdat hij er altijd is; mijn moeder, omdat ze me telkens weer gerust wist te stellen wanneer ik zelf door de bomen het bos niet meer zag; en tot slot de vakgroep strafrecht, waar ik twee jaar met veel plezier heb mogen werken. Nu, inmiddels aan het einde van mijn studie, kijk ik terug op vijf betekenisvolle jaren en durf ik achteraf te zeggen – op mijn beste Beek en Donks: *‘het had wel wat’*.

Suzanne Hendricksen

Tilburg, maart 2016

Inhoudsopgave

1. Inleiding	7
1.1 Inleiding	7
1.2 Onderzoeksdoel en onderzoeksvraag	8
1.3 Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie.....	9
1.4 Leeswijzer en methode.....	10
2. Neuroimaging, toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico.....	12
2.1 Inleiding	12
2.2 Neuroimaging.....	12
2.2.1 Structurele neuroimagingtechnieken	13
2.2.2 Functionele neuroimagingtechnieken.....	14
2.3 Neuroimaging ter vaststelling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico.....	16
2.3.1 Toerekeningsvatbaarheid.....	17
2.3.2 Recidiverisico	22
2.4 Slot	26
3. Het nemo tenetur beginsel	27
3.1 Inleiding	27
3.2 Begripsvorming.....	27
3.3 Nemo tenetur in de Straatsburgse praktijk	31
3.3.1 Ongeoorloofde dwang	33
3.3.2 Wils(on)afhankelijkheid	36
3.3.3 Het gebruik van het vergaarde materiaal.....	41
3.4 Nemo tenetur en de vaststelling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico.....	43
3.5 Slot	46
4. Neuroimaging in het licht van het nemo tenetur beginsel	47
4.1 Inleiding	47
4.2 Ongeoorloofde dwang.....	47
4.3 Wils(on)afhankelijkheid.....	50
4.3.1 Structurele neuroimagingtechnieken	50
4.3.2 Functionele neuroimagingtechnieken.....	52

4.4 Het gebruik van het vergaarde materiaal.....	54
4.5 Slot	55
5. Conclusie.....	57
5.1 Samenvatting.....	57
5.2 Slot	59
6. Literatuurlijst.....	60

Lijst van gebruikte afkortingen

AA	Ars Aequi
AD	Algemeen Dagblad
A-G	Advocaat-Generaal
art.	artikel
artt.	artikelen
AUC	Area Under the Curve
BOLD	Blood Oxygenation Level-Dependent
Bvt	Beginselenwet verpleging terbeschikkinggestelden
CT	computerized tomography
DD	Delikt en Delinkwent
diss.	dissertatie
DNA	Deoxyribo Nucleic Acid
e.a.	en anderen
EEG	elektro-encefalogram
etc.	et cetera
e.v.	en verder
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de Mens
fMRI	functional magnetic resonance imaging
HCR-20	Historical / Clinical / Riskmanagement-20
HIV	Human immunodeficiency virus
HKT-30	Historisch / Klinisch / Toekomst-30
HR	Hoge Raad
HUDOC	Human Rights Documentation
MAOA	Monoamine Oxidase A
MEG	magneto-encefalogram
m.nt.	met noot
MRI	magnetic resonance imaging
NIFP	Nederlands Instituut voor Forensische Psychiatrie en Psychologie

NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
nr.	nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift voor Fiscaal Recht
p.	pagina('s)
par.	paragraaf
PBC	Pieter Baan Centrum
P-G	Procureur-Generaal
Rb	Rechtbank
red.	redactie
resp.	respectievelijk
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
r.o.	rechtsoverweging
RRASOR	Rapid Risk Assessment for Sex Offender Recidivism
Rvt	Reglement verpleging terbeschikkinggestelden
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stcrt.	Staatscourant
Sv	Wetboek van Strafvordering
tbs	terbeschikkingstelling
TBS&H	Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving
vgl.	vergelijk
VRAG	Violence Risk Appraisal Guide
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WVW	Wegenverkeerswet

1. Inleiding

1.1 Inleiding

Zowel in Nederland als internationaal wint *neurolaw* terrein en veroveren hersenscans en neurowetenschappers in toenemende mate de (straf)rechtszaal.¹ Een spraakmakend voorbeeld daarvan was de Italiaanse strafzaak waarop het tijdschrift *Nature* in 2009 de aandacht vestigde. Toen in hoger beroep uit een hersenscan bleek dat de in eerste aanleg veroordeelde, doch deels ontoerekeningsvatbaar verklaarde moordenaar Abdelmalek Bayout aan een genetische afwijking leed, besloot het Hof de hem in eerste aanleg opgelegde straf te verlagen. Bayout had namelijk, zo bleek uit een hersenscan, een gebrek aan het enzym MAOA (*Monoamine Oxidase A*)², terwijl juist een dergelijk tekort – in ieder geval onder specifieke omgevings- en opvoedingsomstandigheden – kan leiden tot agressief gedrag.³

Een tweede voorbeeld dat de mogelijkheden van hersenscans in het recht illustreert, kan worden gevonden in de ‘guilty knowledge test’. Hierbij wordt een verdachte, terwijl hij in een EEG-scanner⁴ ligt, geconfronteerd met informatie – bijvoorbeeld met het moordwapen, of met de kleding van het slachtoffer – die alleen de dader van het misdrijf zou moeten kunnen (her)kennen. Komt de getoonde informatie de verdachte inderdaad bekend voor, dan zullen zijn hersenen daarop reageren en zal zijn brein op de EEG-scan een toegenomen elektrische activiteit laten zien. De verdachte zal zo door zijn eigen hersenen ‘verraden’ worden.⁵

De bedoelde hersenscans zijn vormen van *neuroimaging*, hetwelk door Oxford Dictionaries wordt omschreven als ‘*the process of producing images of the structure or activity of the brain or other part of the nervous system by techniques such as magnetic resonance imaging (MRI) or computerized tomography (CT)*’.⁶ Welbeschouwd hebben we het over de verschillende technieken aan de hand waarvan zowel het levende menselijke brein, als de cognitieve functies ervan in toenemende mate door deskundigen kunnen worden geëvalueerd en

¹ De Kogel & Westgeest, *NJB* 2013, 45, p. 3132-3136. Zie ook Noyon e.a., *DD* 2015, 34, p. 344, met verwijzing naar Jones e.a., *Nature* 2013, 14, p. 730-736.

² Feresin, *Nature* 2009.

³ Brunner e.a., *Science* 1993, 262, p. 578-580.

⁴ Zie par. 2.2.2.

⁵ Greely 2013, p. 127-128.

⁶ Oxford Dictionaries (online).

in kaart gebracht.⁷ Dergelijke scans zijn niet alleen handzaam in de medische wereld, maar ook in de forensische psychiatrie en het (straf)recht heeft neuroimaging kennelijk potentie.

Het voorgaande doet de juridische vraag rijzen of het gebruik van hersenscans binnen de kaders van het strafrecht zomaar moet kunnen. Inbreuken op fundamentele rechten en vrijheden door dergelijke technieken zijn namelijk allerminst uit te sluiten. Op dit gebied bestaat echter nog veel onduidelijkheid.⁸ Mogen hersenscans worden gebruikt om iemands toerekeningsvatbaarheid vast te stellen? En mag risicotaxatie⁹ op hersenscans worden gebaseerd? Om tot een zinnig antwoord te komen op bovenstaande vragen, is nader onderzoek nodig. Voor dat onderzoek beoogt deze studie een basis te leggen.

1.2 Onderzoeksdoel en onderzoeksvraag

Het doel van dit onderzoek is te beoordelen welke grenzen het nemo tenetur beginsel stelt aan het gebruik van neuroimaging in het strafrecht ter vaststelling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico. Belangrijk is namelijk dat de forensisch psychiatrische praktijk weet waar zij aan toe is: wat betekent het nemo tenetur beginsel voor degenen die zich in het Pieter Baan Centrum (PBC)¹⁰ of de tbs¹¹ bevinden? En wat zegt dit over de toelaatbaarheid van hersenscans in die fasen, ter vaststelling van hun toerekeningsvatbaarheid of recidiverisico?

Op grond van het voorgaande kom ik tot de volgende onderzoeksvraag: *welke grenzen stelt het nemo tenetur beginsel aan het gebruik van neuroimaging ter beoordeling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico?*

⁷ Roskies 2013 I, p. 37.

⁸ Zie bijvoorbeeld Pardo & Patterson 2013, p. 148-178 en Van Toor 2011. Zie ook Van Toor, NJB 2011, 42, p. 2843-2850.

⁹ Het begrip 'risicotaxatie' verwijst naar de praktijk van het beoordelen van het recidiverisico. De begrippen 'risicotaxatie' en 'recidiverisico' zullen in het navolgende door elkaar worden gebruikt. Zie verder par. 2.3.2.

¹⁰ Dit is de psychiatrische observatiekliniek van het Nederlands Instituut voor Forensische Psychiatrie en Psychologie (NIFP), waarin verdachten van ernstige delicten door gedragsdeskundigen kunnen worden onderzocht, teneinde hun toerekeningsvatbaarheid vast te stellen. Aldaar wordt de zogenoemde 'Rapportage Pro Justitia' opgesteld, waarin de gedragsdeskundigen hun bevindingen omtrent de toerekeningsvatbaarheid presenteren.

¹¹ Terbeschikkingstelling. Dit is de maatregel die aan een dader van een ernstig misdrijf kan worden opgelegd, wanneer dit misdrijf hem niet (volledig) kan worden aangerekend en hij dus geheel of gedeeltelijk ontoerekeningsvatbaar is in de zin van artikel 39 Sr. Doorgaans wordt deze maatregel tenuitvoergelegd in een tbs-kliniek. Er is dan sprake van een TBS-maatregel, gecombineerd met zogenaamde dwangverpleging. Een andere mogelijkheid is echter de TBS-maatregel met voorwaarden. De veroordeelde hoeft dan niet te worden opgenomen in een TBS-kliniek, maar hij zal zich aan enkele andere voorwaarden moeten houden. Dit alles in het belang van de veiligheid van de samenleving. Zie artikel 37a Sr.

1.3 Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie

Zoals reeds in de inleiding aan de orde kwam, is het aannemelijk dat de rol van hersenscans in het strafrecht in de komende jaren zal toenemen.¹² Het belang van de neurowetenschappen groeit en uit het menselijke brein kan alsmear meer worden afgelezen. De vraag of het ‘doen spreken’ van de hersenen middels neuroimaging door het nemo tenetur beginsel verhinderd moet kunnen worden, is daarom van groot maatschappelijk belang. Verdachten en hun raadslieden, maar ook het OM, de rechter en andere bij de strafrechtsketen betrokkenen moeten kunnen weten waar ze aan toe zijn. Dit, zeker gelet op de rappe ontwikkelingen op dit punt: het is – ondanks het in artikel 1 Sv vervatte legaliteitsbeginsel¹³ – niet aannemelijk dat de rechtspraak zal wachten tot de wetgever het gebruik van hersenscans begrijpt en reguleert. Om deze ontwikkelingen te kunnen bijblijven en verdachten op tijd van de nodige juridische bescherming te kunnen voorzien, zal de wetenschap, ten behoeve van de wetgever, aldus snel in actie moeten komen.

Ook op wetenschappelijk vlak kan het onderhavige onderzoek daadwerkelijk een bijdrage leveren, allereerst gelet op de bespreking van het nemo tenetur beginsel anno 2016. De over dit beginsel bestaande literatuur is overwegend relatief oud, wat maakt dat recente jurisprudentiële ontwikkelingen er niet meer in zijn verdisconteerd. De onderhavige studie beoogt deze lacune enigszins te dichten, zij het dat de gelimiteerde omvang ervan in dat kader werkt als een beperkende factor. Deze studie is bovendien bij uitstek wetenschappelijk relevant gelet op het onderwerp ervan: over hersenscans ter vaststelling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico in het licht van het nemo tenetur beginsel is simpelweg nog geen Nederlandse literatuur verschenen.¹⁴ Pecht onderzocht weliswaar de toelaatbaarheid van moderne technologie in het kader van de forensische behandeling¹⁵ en ook Van Toor begaf zich met zijn onderzoek naar de toelaatbaarheid van de guilty knowledge test in het licht van nemo tenetur reeds op een parallel veld.¹⁶ Echter, deze onderzoeken zijn onvoldoende te vergelijken met de onderhavige studie:

¹² Noyon e.a., *DD* 2015, 34, p. 344 en 353, met verwijzing naar De Kogel & Westgeest, *NJB* 2013, 45, p. 3132-3136. Zie ook Jones e.a., *Nature* 2013, 14, p. 730-736 en AD 15 september 2015, ‘Hoogleraar wil hersenscan bij psychiatrische criminelen’.

¹³ Op grond van dit artikel mag strafvordering slechts plaatsvinden wanneer dit bij wet is voorzien.

¹⁴ In de Verenigde Staten is hieraan overigens reeds meer aandacht besteed, zie bijv. Pardo & Patterson 2013.

¹⁵ Pecht 2009.

¹⁶ Van Toor 2011. Zie ook Van Toor, *NJB* 2011, 42, p. 2843-2850.

andersoortige technieken staan centraal, het gebruik van de relevante technieken wordt bekeken vanuit andere strafprocessuele fasen en bovendien wordt in het onderhavige onderzoek meer aandacht besteed aan begripsvorming, wat een en ander toegankelijk maakt voor een multidisciplinair veld.

1.4 Leeswijzer en methode

De beantwoording van de in dit onderzoek centraal staande hoofdvraag geschiedt in drie fasen, vertegenwoordigd in hoofdstukken twee, drie en vier. Hoofdstuk twee staat voornamelijk in het teken van het introduceren van voor dit onderzoek relevante begrippen. Niet alleen het begrip ‘neuroimaging’, maar ook verschillende juridische begrippen passeren de revue, aangezien het onderhavige onderzoek beoogt leesbaar en betekenisvol te zijn voor een multidisciplinair veld, bestaande uit zowel juristen als uit degenen die zich vanuit een andere expertise bezighouden met toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico. Dit maakt dat zowel juridische als neurowetenschappelijke concepten uitleg behoeven. Verder wordt aandacht besteed aan de relevantie van het besprokene voor het Nederlandse strafrecht, natuurlijk in het bijzonder voor de in dit onderzoek centrale fasen: de vaststelling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico. Hiertoe wordt gewerkt aan de hand van een literatuuronderzoek, met het boek van Morse en Roskies, getiteld ‘*A Primer on Criminal Law and Neuroscience*’¹⁷, als uitgangspunt. Dit werk is namelijk specifiek gericht op de juridisch geschoolde lezer en verschaft op relatief begrijpelijke wijze inzicht in de basis van de neurowetenschap. Zo wordt getracht het onderwerp van onderzoek te introduceren op een voor de gemiddelde jurist begrijpelijke wijze. Een en ander wordt voorts aangevuld aan de hand van Nederlandse bronnen hieromtrent, om zo een op het Nederlandse rechtssysteem toegespitst beeld te kunnen schetsen.

Hoofdstuk drie vertegenwoordigt het tweede deel van dit onderzoek en ziet op het nemo tenetur beginsel. Zo wordt allereerst het nemo tenetur beginsel in zijn algemeenheid besproken en wordt vervolgens getracht een heldere, doch gelet op de omvang van deze bijdrage slechts op artikel 6 EVRM geënte toetsingsmaatstaf aan te leggen. Aan de hand daarvan kan in een later stadium – in hoofdstuk vier – worden bepaald of hersenscans ter vaststelling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico toelaatbaar zijn. Ook in dit kader wordt om te beginnen

¹⁷ Morse & Roskies 2013.

gewerkt aan de hand van een literatuuronderzoek, meer bepaald conform de zogenaamde ‘sneeuwbalmethode’, met als startpunt de werken van Reijntjes¹⁸, Koops¹⁹, Stevens²⁰ en Van Toor²¹: aan de hand van deze ‘sleutelpublicaties’ worden telkens de relevante literatuurreferenties nagetrokken om zo tot een volledig beeld te komen van de beschikbare literatuur op dit gebied. De bijdrage van Van Toor neemt hierbij overigens een bijzondere positie in, daar het in de onderhavige studie gehanteerde toetsingsschema op hoofdlijnen op het werk van Van Toor is gebaseerd. Voorts speelt jurisprudentieonderzoek, gelet op de omvang van deze bijdrage overigens beperkt tot rechtspraak van het EHRM, in deze fase van het onderzoek een grote rol. De zaakselectie geschiedt op dit punt voornamelijk aan de hand van recente conclusies van de P-G en zijn A-G’s bij de Hoge Raad, die ten behoeve van Nederlandse nemo tenetur-zaken meermaals uitgebreide overzichten opstelden van in dat kader relevante jurisprudentie van het EHRM. Om voorts te garanderen dat ook de nieuwste relevante rechtspraak door dit onderzoek wordt gedekt, wordt, met betrekking tot de meest recente periode waarover in gezaghebbende literatuur nog niet is geschreven, rechtspraak van het EHRM geselecteerd via de databank HUDOC met als zoekterm ‘self-incrimination’, gefilterd op artikel 6 EVRM. De natrekking van verwijzingen naar oudere sleutelarresten in deze jurisprudentie leidt vervolgens tot een ietwat verruimd onderzoeksveld.

In hoofdstuk vier worden de eerder verkregen inzichten samengebracht: de in hoofdstuk drie aangelegde toetsingsmaatstaf zal worden aangewend ter beoordeling van de toelaatbaarheid van neuroimaging ter beoordeling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico. Hiermee wordt reeds een uitgebreid antwoord gegeven op de in deze studie centraal staande onderzoeksvraag en wordt aldus een stevige basis gelegd voor een weloverwogen conclusie.

Tot slot wordt in het vijfde en laatste hoofdstuk een conclusie gepresenteerd. In dat kader wordt het in deze studie besprokene samengevat en wordt de centrale onderzoeksvraag helder en bondig beantwoord. Waar nodig zal hierbij zowel naar strafprocessuele fase, als naar structurele, dan wel functionele neuroimagingtechnologie worden gedifferentieerd.²²

¹⁸ Reijntjes 1996.

¹⁹ Koops 2000 en Koops 2012.

²⁰ Stevens 2005.

²¹ Van Toor 2011 en Van Toor, NJB 2011, 42, p. 2843-2850.

²² Zie in dit kader verder par. 2.2.

2. Neuroimaging, toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico

2.1 Inleiding

Zoals gezegd is het voorliggende onderzoek multidisciplinair van opzet. Daar waar het onderwerp van onderzoek namelijk ligt op het terrein van de neurowetenschappen – neuroimaging – is het relevante toetsingskader zuiver juridisch: het nemo tenetur beginsel. De beperking van het onderzoek tot twee concrete momenten in het strafproces, bakent een en ander nog verder af. Dit alles brengt de noodzaak met zich deze studie aan te vangen met het uitzetten van de grote lijnen waarop het onderhavige onderzoek is gebaseerd. In dit hoofdstuk zal daarom een introductie worden gegeven op het begrip ‘neuroimaging’²³, waarmee wordt beoogd duidelijkheid te scheppen omtrent hetgeen in een later stadium aan juridische beginselen zal worden getoetst. Tevens wordt aandacht besteed aan de centrale begrippen ‘toerekeningsvatbaarheid’ en ‘recidiverisico’, en wordt de (mogelijke) rol van neuroimaging in deze relevante momenten van het strafproces belicht.

2.2 Neuroimaging

Zoals gezegd wordt met de term ‘neuroimaging’ bedoeld op het proces waarbij middels neurowetenschappelijke technieken beelden kunnen worden vervaardigd van (de cognitieve functies van) het brein, dan wel van een ander deel van het centrale zenuwstelsel.²⁴ Globaal genomen kunnen de verschillende neuroimagingtechnieken worden onderverdeeld in twee hoofdcategorieën: de structurele en de functionele technieken. Onder de noemer structurele neuroimagingtechnieken kunnen bijvoorbeeld de relatief bekende CT- (*computerised tomography*) en MRI-scans (*magnetic resonance imaging*) worden geschaard. Daar waar wordt gesproken over functionele neuroimagingtechnieken, hebben we het bijvoorbeeld over EEG- (*electroencefalography*), MEG- (*magnetoencefalography*) en fMRI-scans (*functional magnetic resonance imaging*)²⁵. In het navolgende zal hierop nader worden ingegaan.

²³ In dit kader zal het werk van Roskies 2013 I veelvuldig worden aangehaald. Dit, gelet op de voor juristen toegankelijke uitleg van belangrijke neurowetenschappelijke concepten.

²⁴ Oxford Dictionaries (online) en Roskies 2013 I, p. 37.

²⁵ Roskies 2013 I, p. 38.

2.2.1 Structurele neuroimagingtechnieken

Structurele neuroimagingtechnieken worden, zoals wellicht al uit de naam blijkt, gebruikt om de structuur van het brein in kaart te brengen. Feitelijk gaat het dan om het verkrijgen van een ‘foto’ van het brein, waarop de anatomie ervan tot op de millimeter nauwkeurig zichtbaar is.²⁶ Doen zich structurele afwijkingen voor zoals tumoren, of is het brein anderszins beschadigd, bijvoorbeeld door een hersenbloeding, dan kan dat gebrek doorgaans middels een dergelijke structurele hersenscan worden opgespoord.²⁷

Twee goede voorbeelden van structurele neuroimagingtechnieken zijn de CT- en de MRI-scan. Bij een CT-scan worden – eventueel na toediening van een jodiumhoudend contrastmiddel aan de patiënt – vanuit verschillende hoeken röntgenfoto’s genomen van een te onderzoeken lichaamsdeel (bijvoorbeeld het hoofd), met ‘tomografische beelden’ als resultaat: doorsneden van een driedimensionaal object.²⁸ Zo kunnen met name trauma’s, bloedingen en grote abnormaliteiten in het hersenweefsel effectief en bovendien relatief goedkoop worden opgespoord.²⁹ Daar waar het gaat om meer gedetailleerde vragen, wordt doorgaans gewerkt met de MRI-scanteknik. Ter uitvoering van een MRI-scan wordt de patiënt met zijn hoofd in een scanner geplaatst en worden er sterke, snel veranderende magnetische velden gegenereerd.³⁰ Dit, in combinatie met zogenaamde *radiofrequency pulses*, welke het beste kunnen worden omschreven als korte energiestootjes in de vorm van radiogolven.³¹ Daar de aanwezige weefsels hierop alle op hun eigen manier reageren, kunnen verschillende soorten weefsels van elkaar worden onderscheiden en kunnen eventuele afwijkende structuren worden opgespoord en in kaart gebracht.³²

Voor de onderzochte betekent het worden onderworpen aan een structurele scanteknik overigens niet veel meer dan plusminus dertig minuten stil onder een scanapparaat liggen. Echter, dit neemt de noodzaak aan medewerking van de patiënt zeker niet weg. Behalve de omvang van de te scannen weefsels, de kracht van de magneet, de kwaliteit van het onderzoek en de interpretatie van de verkregen data, is de bereidheid van de patiënt om *stil* te blijven liggen

²⁶ Roskies 2013 I, p. 47.

²⁷ Roskies 2013 I, p. 38.

²⁸ Morse & Roskies 2013, p. 260. Zie verder Roskies 2013 II, p. 81. Zie ook <vumc.nl>, zoeken op ‘PET-CT scan’.

²⁹ Roskies 2013 II, p. 81-82.

³⁰ Stehling & Mansfield, *Science* 1991, 254, p. 43-50. Zie ook Roskies 2013 I, p. 40.

³¹ Mosby’s Medical Dictionary, 8e editie (zoeken op ‘radiofrequency pulse’).

³² Roskies 2013 I, p. 14. Zie verder tevens Pardo & Patterson 2013, p. xxi-xxv.

namelijk van cruciaal belang. Zelfs de kleinste bewegingen van het te scannen object kunnen de scans onbruikbaar maken.³³

2.2.2 Functionele neuroimagingtechnieken

Waar structurele neuroimagingtechnieken de structuur van de hersenen zichtbaar maken, wordt met functionele neuroimagingtechnieken juist de functie van de hersenen in kaart gebracht.³⁴ Doorgaans wordt daarbij gekeken welke delen van het brein actief zijn bij het uitvoeren van een specifieke, vaak vrij basale cognitieve taak. Daarbij kan reeds worden gedacht aan het staren naar een al dan niet blanco afbeelding, het tikken met een vinger, et cetera.

Het eerste voorbeeld van een functionele neuroimagingtechniek dat in paragraaf 2.2 werd genoemd, was het elektro-encefalogram; het EEG. Hiermee wordt de reeds bijna honderd jaar oude techniek bedoeld waarbij de aan tijd gerelateerde elektrische activiteit van de hersenen – de hersengolven – wordt gemeten door elektroden die op het hoofd worden geplaatst. Doorgaans wordt de onderzochte daarbij gevraagd een cognitieve taak uit te voeren.³⁵ De MEG-scan is daarmee tot op zekere hoogte vergelijkbaar. Net als bij het EEG, wordt bij magneto-encefalografie gebruik gemaakt van een soort elektroden, die in dit geval zijn verwerkt in een groot apparaat dat veel wegheeft van een kappersdroogkap. Hiermee wordt niet de elektrische activiteit van de hersenen gemeten zoals het geval is bij de EEG-scan, maar worden juist de veranderingen in magnetische velden als gevolg van de elektrische activiteit van hersencellen gedetecteerd. Wanneer dit vervolgens aan anatomische beelden wordt gerelateerd, kan hersenactiviteit tot op de millimeter nauwkeurig worden gelokaliseerd. Als derde en laatste voorbeeld van een invloedrijke functionele neuroimagingtechniek dient de fMRI-techniek. Middels een fMRI-scan kan de gehele hersenfunctie in kaart kan worden gebracht en is het eveneens mogelijk te indiceren welk hersengebied bij het uitvoeren van een specifieke taak activiteit laat zien.³⁶ Feitelijk worden bij

³³ Roskies 2013 I, p. 40 en 47.

³⁴ Roskies 2013 I, p. 37-38.

³⁵ Morse & Roskies 2013, p. 262, Pardo & Patterson p. 92-94 en Roskies 2013 II, p. 79.

³⁶ Roskies 2013 I, p. 37-38. Schleim & Roiser en Tallis zijn hier overigens kritisch op. Wat hen betreft is de werking van fMRI nog onvoldoende bewezen en bovendien zetten zij vraagtekens bij de doorgaans indirecte meting van neurologische activiteit. Tevens wordt aandacht gevestigd op de wijze waarop dergelijke onderzoeken plaatsvinden: de middels een fMRI-scan verkregen data wordt veelvuldig gemanipuleerd en bovendien wordt met zodanig eenvoudige stimuli gewerkt, dat de vraag of de uit een fMRI-scan verkregen bevindingen tevens gelden voor meer complexe stimuli onbeantwoord blijft. Schleim & Roiser, *Frontiers in Human Neuroscience* 2009, 3, p. 1-7 en Tallis 2011, p. 76-77.

een fMRI-scan hemodynamische veranderingen in de hersenen of – simpel gezegd – veranderingen in de bloedtoevoer naar de hersenen gemeten.³⁷ Juist een meting van het zuurstofgehalte van het bloed, de *Blood Oxygenation Level-Dependent* (BOLD), wordt daarbij veelvuldig gebruikt om de hersenactiviteit in kaart te brengen. Dergelijk onderzoek is gebaseerd op de theorie dat een toename in de activiteit van een bepaald hersengebied gepaard gaat met een grotere zuurstofbehoefte van dat gebied.³⁸ Door vervolgens de toevoer van zuurstofrijke hemoglobine – hetwelk overigens door een MRI-scanner detecteerbaar is wegens haar magnetische eigenschappen – naar de verschillende hersengebieden te meten, kan worden vastgesteld welke actie welke hersengebieden activeert.³⁹

Functionele neuroimagingtechnieken zijn overigens niet zaligmakend. Allereerst speelt in dit kader een rol dat de medewerking van de onderzochte aan het functionele taakgerelateerde hersenonderzoek in de regel essentieel is en daarmee een beperkende factor voor de bruikbaarheid van deze techniek.⁴⁰ Weigert de onderzochte inderdaad met zijn vinger te tikken, naar dat lege scherm te kijken of überhaupt om stil in de scanner te blijven liggen, dan kan de vraag of zijn hersenen daarbij naar behoren functioneren niet zomaar worden beantwoord.⁴¹ Een tweede kanttekening die moet worden geplaatst, betreft de aard van de functionele hersenscan. Er wordt niet een foto of *snapshot* van het brein genomen, maar feitelijk is de uitkomst van een functionele scan niet meer of minder dan een grafiek of tabel: data van niet-tastbare processen wordt grafisch weergegeven, in het geval van hersenscans bijvoorbeeld door het inkleuren van bepaalde hersengebieden in een representatie van het onderzochte brein. Er wordt in dat kader niet alleen gewerkt met objectieve metingen van het scanapparaat, maar bovendien ligt aan de betreffende

³⁷ Schleim & Roiser, *Frontiers in Human Neuroscience* 2009, 3, p. 1-2. Zie ook Roskies 2013 I, p. 39-41.

³⁸ Schleim & Roiser, *Frontiers in Human Neuroscience* 2009, 3, p. 1-2 en Ogawa e.a., *Biophysical Journal* 1993, 64, p. 803-812.

³⁹ Roskies 2013 I, p. 42. Schleim en Roiser zijn hier overigens kritisch op, Schleim & Roiser, *Frontiers in Human Neuroscience* 2009, 3, p. 1-7.

⁴⁰ Roskies 2013 I, p. 40 en 47.

⁴¹ Er is overigens een nieuwe benadering van fMRI in ontwikkeling, waarbij het brein in rust wordt gescand. Dit wordt in de literatuur doorgaans gedefinieerd als imaging van de ‘default mode’. In het kader van dergelijke onderzoeken wordt de bloedtoevoer naar de hersenen in rust geëvalueerd en gecontroleerd op onregelmatigheden door de functiepatronen van het onderzochte brein af te zetten tegen de reguliere hersenfunctiepatronen van de ‘gemiddelde mens’. Deze benadering zal in de toekomst wellicht uitkomst kunnen bieden voor de gevallen waarin de onderzochte weigert zijn medewerking te verlenen aan bepaalde cognitieve taken. Zie Raichle e.a., *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 2001, 98, p. 676-682 en Roskies 2013 I, p. 46-47. Zie ter illustratie Bluhm e.a., *Schizophrenia Bulletin* 2007, 33, p. 1004-1012 en Broyd e.a., *Neuroscience Biobehavioral Review* 2009, 33, p. 279-296.

scan een groot een groot scala aan (statistische) handelingen ten grondslag, aan de hand waarvan data wordt geïnterpreteerd en gemanipuleerd.⁴² Dat maakt dat de objectieve waarde van deze scans niet zomaar mag worden aangenomen, niet in het medische veld, noch in het strafrecht. Ten derde moet worden erkend dat ieders hersenen tot op zekere hoogte verschillend zijn. Dientengevolge is het denkbaar dat activiteit in een bepaald hersengebied van de denkbeeldige Meneer X niet hetzelfde betekent als activiteit in datzelfde hersengebied bij zijn buurman Y, waardoor hersenscans tot op heden met gepaste terughoudendheid zullen moeten worden benaderd.⁴³ Tot slot moet in dit kader worden gewezen op het feit dat hersenscans in de tegenwoordige tijd nog onvoldoende ontwikkeld zijn om complexere breinfuncties, structuren en ziektebeelden waar te nemen. Net als de hiervoor besproken factoren relativeert dit het belang en de relevantie van functionele hersenscans voor gezondheidszorg en (straf)recht. Het is echter aannemelijk dat hierin in de toekomst verandering komt: neuroimagingtechnieken hebben grote potentie.⁴⁴

2.3 Neuroimaging ter vaststelling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico

In het eerste hoofdstuk kwamen enkele voorbeelden van het gebruik van hersenscans in het recht aan bod. Zo werd het voorbeeld van Abdelmalek Bayout aangehaald en kwam de guilty knowledge test de orde. Een centrale vraag in deze studie is of een dergelijk gebruik van neuroimaging wel zo vanzelfsprekend is in het recht, meer specifiek ter vaststelling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico. Om op die vraag een helder antwoord te kunnen geven, wordt in de navolgende paragrafen nader ingegaan op toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico en wordt vervolgens

⁴² Dit, gelet op de grote hoeveelheid ‘ruis’ die een functionele hersenscan met zich brengt: taakgerelateerd of niet, het brein is constant actief en daardoor is het moeilijk vast te stellen welke hersenprocessen bij welke actie horen en welke slechts meespelen op de spreekwoordelijke achtergrond. Zonder data-interpretatie en –manipulatie wordt dit nagenoeg onmogelijk. Roskies 2013 I, p. 51-52 en 65-66. Zie ook Tallis 2011, p. 76-77 en Pardo & Patterson 2013, p. 27.

⁴³ Roskies 2013 I, p. 67-68. De zogenaamde *hemisferectomie*, de neurochirurgische ingreep die bijvoorbeeld kan worden toegepast bij jonge kinderen die zeer zwaar lijden onder veelvuldige epileptische aanvallen, illustreert dit. Ondanks dat een substantieel deel van de hersenen wordt verwijderd, zijn deze patiënten vaak in staat een heel behoorlijk leven te leiden, juist omdat er een zogenaamde ‘functionele reorganisatie’ kan plaatsvinden in de overgebleven hersenhelft. Ongecompliceerd uitgedrukt betekent dit dat bepaalde functies van de verwijderde hersenhelft door de achterblijvende helft worden ‘overgenomen’. Zie González-Martínez e.a., *Epilepsia* 2005, 9, p. 1518-1525 en Marsh e.a., *Cortex* 2009, 45, p. 677-685.

⁴⁴ Morse & Newsome 2013, p. 166-169.

aandacht besteed aan de rol die neuroimaging ten behoeve van deze vraagstukken zou kunnen spelen.

2.3.1 Toerekeningsvatbaarheid

Wanneer in een lopende strafzaak het vermoeden rijst dat een verdachte te kampen heeft met psychische problematiek die eventueel zou kunnen worden geclassificeerd als ‘gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestesvermogens’ en welke dus de toerekenbaarheid van het vermoedelijk door hem gepleegde feit zou kunnen aantasten⁴⁵, dan kan er een onderzoek naar de geestesgesteldheid van de verdachte worden gelast.⁴⁶ Dit onderzoek vindt ofwel ambulante plaats, thuis of bijvoorbeeld in voorlopige hechtenis, ofwel klinisch – doorgaans in het PBC. Het in dit kader verrichte onderzoek noemen we het onderzoek Pro Justitia.⁴⁷ Dit onderzoek Pro Justitia wordt, op last van de officier van justitie of rechter-commissaris, gemiddeld zo’n 7000 keer per jaar afgenomen en wordt verricht door één of meerdere gedragsdeskundigen. Aan de hand van een vast vraagmodel⁴⁸ wordt de geestesgesteldheid van de verdachte geëvalueerd, waarbij – naast de inschatting van diens recidiverisico⁴⁹ – zijn (on)toerekeningsvatbaarheid centraal staat.

Van ontoerekeningsvatbaarheid is sprake wanneer enig strafbaar feit niet aan een verdachte kan worden toegerekend, omdat een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn

⁴⁵ Artikel 39 Sr.

⁴⁶ Wanneer dergelijke vermoedens rijzen gedurende het opsporingsonderzoek, dan bieden artikelen 196-198 Sv hiervoor een wettelijke grondslag. Rijzen vermoedens van ontoerekeningsvatbaarheid alsnog ten tijde van het onderzoek ter terechtzitting, dan kan artikel 317 Sv als wettelijke grondslag voor observatie en onderzoek dienen.

⁴⁷ Zie Van Kordelaar 2002, p. 6-7, Canton & Van Kordelaar, *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2003, 10, p. 609-618 en Van der Veer & Canton 2011, p. 30-31.

⁴⁸ Dit vraagmodel ziet er als volgt uit: 0. *Indien betrokkene weigert onderzocht te worden, tot welke overwegingen van de onderzoeker geeft die weigering aanleiding?* 1. *Is onderzochte lijdende aan een ziekelijke stoornis en/of gebrekkige ontwikkeling van zijn geestvermogens en zo ja, hoe is dat in diagnostische zin te omschrijven?* 2. *Hoe was dit ten tijde van het plegen van het ten laste gelegde?* 3. *Beïnvloedde de eventuele ziekelijke stoornis en/of gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens onderzochtes gedragskeuzes en gedragingen ten tijde van het ten laste gelegde (zodanig dat dat mede daaruit verklaard kan worden)?* 4. *Zo ja, kan de deskundige dan gemotiveerd aangeven: a. op welke manier dat gebeurde, b. in welke mate dat gebeurde, c. welke conclusie aangaande de toerekeningsvatbaarheid op grond hiervan te adviseren is.* 5. *a. Welke factoren voortkomend uit de stoornis van betrokkene kunnen van belang zijn voor de kans op recidive? b. Welke andere factoren en condities moeten hierbij in ogenschouw worden genomen? c. Is iets te zeggen over eventuele onderlinge beïnvloeding van deze factoren en condities?* 6. *Welke aanbevelingen van gedragsdeskundige en van andere aard zijn te doen voor interventies op deze factoren en condities en hun onderlinge beïnvloeding en binnen welk juridisch kader zou dit gerealiseerd kunnen worden?* Zie <nifpnet.nl>, zoeken op ‘formatsstraf’, Van Kordelaar 2002, p. 8, Van der Veer & Canton 2011, p. 33-34 en Meynen, *NJB* 2013, 21, p. 1384.

⁴⁹ Dit onderdeel is verdisconteerd in de laatste twee vragen van het Onderzoek Pro Justitia, zie noot 47.

geestesvermogens ten tijde van het betrokken delict aan die toerekening in de weg staat.⁵⁰ Wanneer dat het geval is, is echter niet zonder meer helder. Een juridische maatstaf zoals de bekende Engelse M’Naghten Rule⁵¹ ter beoordeling van de toerekeningsvatbaarheid van verdachten ontbreekt namelijk in Nederland.⁵² In plaats van een dergelijke maatstaf kennen wij als enige houvast de vrije wil, waarvan algemeen wordt aangenomen dat deze aan de basis van de Nederlandse toerekeningsvatbaarheidsbepaling ligt. Was iemand kennelijk niet in staat zijn wil te bepalen in relatie tot het gepleegde strafbare feit, dan is hij ontoerekeningsvatbaar.⁵³ Een complicerende factor daarbij is overigens dat over het bestaan van deze vrije wil kan worden getwist. Bestaat die vrije wil eigenlijk wel? En wat betekent dat voor de legitimiteit van de basis van ons Nederlandse (on)toerekeningsvatbaarheidsbegrip?⁵⁴

2.3.1.1 Toerekeningsvatbaarheid en neuroimaging

Het voornoemde probleem, dat een juridische standaard voor ontoerekeningsvatbaarheid ontbreekt, laat volgens Noyon en collega’s ruimte voor neuroimaging om door te dringen tot het strafrecht. Het gebrek aan een juridisch criterium maakt namelijk dat de vaststelling van (on)toerekeningsvatbaarheid ‘open’ ligt en dus met weinig regels omkleed is. Het gevolg hiervan is dat (neurowetenschappelijk) maatwerk mogelijk is.⁵⁵ Daarbij komt mijns inziens dat ook het onderwerp van het toerekeningsvatbaarheidsvraagstuk hiervoor in het bijzonder ruimte laat. Net

⁵⁰ Artikel 39 Sr.

⁵¹ House of Lords 19 juni 1843, 8 ER 718, [1843] UKHL J16 (*M’Naghten*): “At the time of committing the act, the party accused was laboring under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing; or if he did know it, that he did not know what he was doing was wrong.” Zie ook Meynen, *NJB* 2013, 21, p. 1384-1390.

⁵² De enige houvast die ons Nederlandse recht biedt, is gelegen artikel 39 Sr: ‘Niet strafbaar is hij die een feit begaat, dat hem wegens de gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestesvermogens niet kan worden toegerekend’. Wel hanteren gedragsdeskundigen die in het kader van het onderzoek Pro Justitia de toerekeningsvatbaarheid van de verdachte beoordelen een betrekkelijk vast beslissingsschema, zie noot 47. Van Kordelaar 2002, p. 8-9. Zie ook Van der Veer & Canton 2011, p. 33-34; Meynen, *NJB* 2011, 29, p. 1951-1957; Meynen, *NJB* 2013, 21, p. 1384-1390; en Meynen & Kooijmans, *Expertise en recht* 2015, 5, p. 178-182.

⁵³ Mooij 2004, p. 120. Zie ook Mooij 2007, p. 31-36.

⁵⁴ Nieuwe neurologische inzichten suggereren namelijk dat gevoelens en gedrag veeleer het gevolg zijn van biologische en fysieke processen in de hersenen en niet – zoals tot voorkort werd aangenomen en ook aan ons hedendaagse mensbeeld ten grondslag ligt – van abstracte, autonome wilsbesluiten. Het voert te ver om hieraan in het kader van dit onderzoek nader aandacht te besteden. Zie daarom verder Mooij 2004, m.n. p. 93-94, 100-101, 213-215. Zie ook Mooij 2007 en Lamme 2012.

⁵⁵ Noyon e.a., *DD* 2015, 34, p. 354-355. Noyon e.a. lijken hierbij overigens een complicerende factor over het hoofd te zien: juist omdat niet helder is welke vereisten moeten worden afgevinkt om tot ontoerekeningsvatbaarheid te komen, is evenmin helder waarnaar middels ‘neurowetenschappelijk maatwerk’ op zoek zou moeten worden gegaan.

als de neurowetenschappen adresseert de toerekeningsvatbaarheidskwestie – meer dan andere rechtsvragen – namelijk de mentale gesteldheid van de betrokkene. Uit Nederlands onderzoek blijkt dan ook dat in verreweg de meeste gevallen waarin neurowetenschappelijke data de rechtszaak bereikt, deze inderdaad betrekking heeft op de derde en vierde vraag van artikel 350 van het Wetboek van Strafvordering: de vraag naar de individuele strafbaarheid (waaronder de toerekeningsvatbaarheid) van de betrokken verdachte, respectievelijk de vraag welke straf of maatregel de rechter in het voorliggende geval passend acht.⁵⁶

Voorts zijn Noyon e.a. van mening dat de overige vragen van artikel 350 Sv, te weten de vraag of het delict door de verdachte is begaan en vervolgens of het bewezen verklaarde ook daadwerkelijk een strafbaar feit volgens de wet oplevert, voor neurowetenschappelijke inzichten simpelweg in mindere mate ruimte bieden.⁵⁷ Het onderzoek van Van Toor onderschrijft dit: ondanks zijn zoektocht hiernaar, trof hij in het kader van zijn onderzoek naar de guilty knowledge test in relatie tot het nemo tenetur beginsel slechts één Indiase zaak aan waarin neuropsychologische tests daadwerkelijk als bewijsmiddel ter bewezenverklaring van een strafbaar feit werden gebruikt.⁵⁸ Noyon e.a. leggen een en ander uit door te benadrukken dat een bewezenverklaring van misdrijven voornamelijk afhangt van de vraag of de verdachte met zijn gedrag de ten laste gelegde psychische bestanddelen ‘opzet’ of ‘culpa’ (schuld) heeft vervuld. Echter, deze bestanddelen zijn – overigens net als voorbedachte raad in de zin van artikel 289 Sr – in het kader van de bewijsvraag overwegend binaire concepten: ofwel het is er, ofwel het is er niet. Daarbij komt nog dat de invulling ervan door de jaren heen in verre mate is geobjectiveerd, wat volgens Noyon en collega’s maakt dat voor de naar haar aard genuanceerde en ingewikkelde neurowetenschap nauwelijks plaats is.⁵⁹ Mijns inziens moet dit echter enigszins worden

⁵⁶ De Kogel & Westgeest, *NJB* 2013, 45, p. 3132-3136. Zie ook Noyon e.a., *DD* 2015, 34, p. 353-354 en Koopmans 2013.

⁵⁷ Noyon e.a., *DD* 2015, 34, p. 353-355.

⁵⁸ Van Toor 2011, p. 620-624 met verwijzing naar Rb Pune (India), 12 juni 2008, zie <<https://lawandbiosciences.files.wordpress.com/2008/12/beosruling2.pdf>>, geraadpleegd op 25 maart 2016. Neuroimaging wordt aanzienlijk vaker gebruikt ter vaststelling van ontoerekeningsvatbaarheid, Merkelbach & Boelhouwer, p. 665. Zie ook Van Toor 2011, p. 625-626. Zie ook Van Toor, *NJB* 2011, 42, p. 2843-2850.

⁵⁹ Uit het arrest HR 25 maart 2003, *NJ* 2003/55, m.nt. Y. Buruma (*HIV I*) blijkt bijvoorbeeld dat van opzet sprake is wanneer de verdachte willens en wetens heeft gehandeld en het dus ‘niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard’. Een geestelijke stoornis kan daaraan nauwelijks afbreuk doen, aangezien zo’n stoornis volgens vaste jurisprudentie “*slechts dan aan de bewezenverklaring van het opzet in de weg [staat], indien bij de verdachte ten tijde van zijn handelen ieder inzicht in de draagwijdte van zijn gedragingen en de mogelijke gevolgen daarvan heeft ontbroken.*” Daarvan is slechts bij hoge uitzondering sprake, zo blijkt uit het arrest HR 16 maart 2010, ECLI:NL:2010:BK8507, rov. 2.5. Daarnaast is ten behoeve van het bewijs van

genueanceerd, allereerst gelet op mogelijke toekomstige ontwikkelingen. Zoals gezegd heeft neuroimaging grote toekomstige potentie. Mogelijkheden die neuroimaging nu niet biedt, zouden zich op een later moment wel degelijk kunnen aandienen en een juridisch begrip dat nu heel rigide wordt uitgelegd, kan onder invloed van jurisprudentie nog honderdtachtig graden draaien. Dientengevolge is niet uit te sluiten dat opzet en schuld in de toekomst wél direct of indirect uit een scan afleesbaar zullen zijn. Neuroimaging zal dan ook in de bewijsfase, en aldus los van het toerekeningsvatbaarheidsvraagstuk, van substantieel belang kunnen zijn. Voorts mag niet worden vergeten dat een tenlastelegging meer is dan een opzet- of schuldbegrip. Waar subjectieve bestanddelen zoals opzet en culpa weliswaar nog lastig met neurowetenschappelijke instrumenten kunnen worden bewezen of juist ontkracht, sluiten de overige – meer op feiten georiënteerde – onderdelen van de tenlastelegging het gebruik van neurowetenschappelijke instrumenten allerminst uit.⁶⁰ In het navolgende zal dit, gelet op de omvang van deze bijdrage, echter buiten beschouwing worden gelaten.

Een mooi voorbeeld van het gebruik van neuroimaging ter gelegenheid van een toerekeningsvatbaarheidsbeoordeling, biedt de zaak die op 2 juli 2015 diende bij de rechtbank Midden-Nederland.⁶¹ De verdachte in deze zaak was een 71-jarige man die verspreid over de jaren 2013 en 2014 verschillende anonieme brieven verstuurdde waarin hij van de ontvangers een groot

schuld tegenwoordig – zo redeneert Van Dijk 2008, p. 61 – geen concreet bewustzijnsmoment voorafgaand aan het gepleegde delict meer vereist. Louter zogenaamde ‘latente kennis’ is al voldoende om het schuldbestanddeel, ook wel culpa genoemd, te bewijzen. Ten aanzien van de voorbedachte raad geldt blijkens het arrest van het Hof Amsterdam van 3 maart 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP6664 verder dat *‘de eventuele omstandigheid dat de keuzevrijheid van een persoon ten tijde van het plegen van bepaalde feiten zodanig was aangetast dat dit handelen niet aan die persoon kan worden toegerekend [bijvoorbeeld door een mentale stoornis], (...) niet uit[sluit] dat sprake is van voorbedachte raad’*. Zie in dit kader verder Noyon e.a., *DD* 2015, 34, p. 353-355. M.b.t. psychische bestanddelen, zie Kelk & De Jong 2013, p. 235.

⁶⁰ In dit kader kan worden gewezen op de guilty knowledge test: ‘guilty knowledge’ kan middels neuroimaging tot op zekere hoogte wel degelijk worden opgespoord. Zie hierover verder Greely 2013, p. 127-128.

⁶¹ Rechtbank Midden-Nederland 2 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4866. Een ander voorbeeld van een zaak waarin neurobiologische inzichten (zij het niet specifiek hersenscans) een grote rol hebben gespeeld is de ‘Badhoevedorper Bijlmoordenzaak, Rb. Haarlem 24 november 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK4178 en Hof Amsterdam 3 maart 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP6664. In deze zaak werd een vrouw veroordeeld voor de dubbele moord op haar echtgenoot en dochter. Belangrijk in deze zaak was dat zij al jarenlang depressief was en dat zij slechts enkele dagen voor de moord op haar gezin opnieuw was begonnen met het innemen van paroxetine, een antidepressivum. In het kader van het onderzoek Pro Justitia, maar ook bij wijze van contraexpertise werden verschillende deskundigen gehoord – van psychiater tot toxicoloog – en werd onder andere ingegaan op de vraag of de paroxetine waarmee mevrouw recentelijk opnieuw was gestart, invloed zou kunnen hebben gehad op haar toerekeningsvatbaarheid. Hierbij stonden de biologische effecten van dit geneesmiddel op de hersenen en de correlatie met agressie daarbij centraal: de neurowetenschappen kregen een hoofdrol in het strafrechtelijk rechtsproces. Zie ook Roef & Verkes, *NJB* 2013, 45, p. 3137-3142.

geldbedrag eiste. Zouden zij niet met het genoemde bedrag over de brug komen, dan zou verdachte de kinderen of andere naasten van de slachtoffers iets aandoen. De centrale vraag in deze procedure was of verdachte toerekeningsvatbaar kon worden geacht in de zin van artikel 39 Sr en ter beantwoording van die vraag vond een Pro Justitia-onderzoek plaats door maar liefst drie deskundigen: een gedragsneuroloog, een psychiater en een klinisch psycholoog. Voornamelijk het onderzoek van de betrokken neuroloog is in dit kader interessant. Van de hersenen van verdachte werd in opdracht van de neuroloog namelijk een tweetal scans gemaakt – een structurele en een functionele. Hieruit bleek dat de hersenen van de betrokkene afwijkingen vertoonden in de frontale kwab, juist het deel van de hersenen waarin zich hersengebieden bevinden met een voor het strafrecht relevante functie, zoals planning, geheugen en organisatie, maar zeker ook inhibitie (remming) en persoonlijkheid.⁶² Uiteindelijk leidde dit tot de volgende conclusie:

“De beide MRI-scans wijzen op een dementieel beeld, waarbij met name frontaal sprake is van ontbrekende verbindingsvezels. Dit beeld, in samenhang met de diagnostische beschouwingen, leidt volgens de deskundigen tot de conclusie dat verdachte lijdt aan frontotemporale dementie, type gedragsvariant. Volgens de deskundigen brengt deze ziekte met zich dat verdachte zich ten aanzien van het tenlastegelegde liet leiden door – kinderlijk aandoende – sentimentaliteit, in zijn geval met betrekking tot de behoeftige kinderen in derde wereldlanden. Hij overzag daarbij de consequenties van zijn handelen niet en het ontbrak hem aan empathie voor de slachtoffers door zijn afgevlakte gevoelsleven.”⁶³

Juist door zijn neurologische aandoening werd het morele besef van verdachte kennelijk verstoord en was hij onvoldoende in staat de consequenties van zijn acties te overzien. De rapporteurs konden echter niet concreet vaststellen of de hersenaandoening ook ten tijde van de gepleegde feiten een rol speelde – en zo ja in welke mate – en bovendien mocht ervan worden uitgegaan dat de verdachte wel nog enig besef moest hebben gehad van de gevolgen van zijn handelen. Om die reden werd de verdachte door de rechter, conform het advies van de deskundigen in deze zaak, sterk verminderd toerekeningsvatbaar geacht en werd hij veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van 441 dagen, waarvan 300 dagen voorwaardelijk met een proeftijd van 3 jaren, met dien verstande dat het voorarrest van 141 dagen hierop in mindering mocht worden gebracht.⁶⁴

⁶² Roskies 2013 I, p. 22-26.

⁶³ Rechtbank Midden-Nederland 2 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4866, par. 7.

⁶⁴ Rechtbank Midden-Nederland 2 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4866, par. 7 en 8.

Deze casus laat zien dat hersenscans ter vaststelling van toerekeningsvatbaarheid inderdaad geschikt, en bovendien allerm minst toekomstmuziek zijn: neuroimaging heeft zijn weg reeds gevonden in de Nederlandse strafrechtspraktijk en de Nederlandse rechter acht zich kennelijk al in staat om overwegend aan de hand van neurowetenschappelijk onderzoek tot een ‘sterk verminderd toerekeningsvatbaarheidsoordeel’ te komen. Deze casus illustreert daarom wederom het belang van het onderhavige onderzoek: de rechtspraktijk laat zich niet afremmen door een gebrek aan onderzoek naar of regulering van neuroimaging.

2.3.2 *Recidiverisico*

In de rapportage Pro Justitia wordt in het kader van het gedragskundig onderzoek naar de geestesvermogens van een justitiabele niet alleen aandacht besteed aan toerekeningsvatbaarheid, maar ook het recidiverisico komt in dit kader aan bod.⁶⁵ Voorts maakt de inschatting van dit recidiverisico – risicotaxatie – een verplicht onderdeel uit van de procedure rond verlofaanvragen in de Nederlandse forensische zorg⁶⁶, wordt het gebruikt ter ondersteuning van de forensische behandeling en biedt het handvatten bij de beoordeling of een gedwongen (tbs)maatregel kan worden beëindigd of juist zou moeten worden verlengd.⁶⁷ Dit maakt risicotaxatie in termen van het strafprocesrecht mijns inziens tot iets bijzonders: in tegenstelling tot vragen rond toerekeningsvatbaarheid, tot de vraag of iemand nu wel of geen opzet had op het gepleegde strafbare feit, et cetera, geschiedt risicotaxatie niet alleen voorafgaande aan en ten behoeve van strafoplegging, maar worden risico’s ook in latere stadia nog berekend en ingeschat.⁶⁸

In de afgelopen decennia is de methode van risicotaxatie behoorlijk veranderd. Lange tijd was het gebruikelijk om toekomstig delictgevaar in te schatten aan de hand van een klinisch oordeel.⁶⁹ Dit betekende dat een behandelaar het recidiverisico van zijn patiënt inschatte, louter op basis van zijn kennis en ervaring, in combinatie met zijn beeld van de desbetreffende patiënt. Deze voorspellingen bleken echter niet heel veel beter te zijn dan het opgooien van een munt: verlot bij

⁶⁵ Zie bijv. Canton e.a., *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2004, 8, p. 525-536 en Canton & Van Kordelaar, *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2003, 10, p. 609-618.

⁶⁶ <forensischezorg.nl>, zoeken op ‘verlof’.

⁶⁷ Canton e.a., *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2004, 8, p. 526.

⁶⁸ In het navolgende zal worden aangetoond dat de fase waarin risicotaxatie plaatsvindt relevant kan zijn voor de toelaatbaarheid ervan. Dat maakt de veelzijdigheid van risicotaxatie bij uitstek interessant voor het onderhavige onderzoek.

⁶⁹ Harte 2009, p. 234-235 en Lammers, *De Psycholoog* 2007, 42, p. 194.

kop, nog even laten zitten bij munt.⁷⁰ Om deze reden is in de afgelopen jaren een groot scala aan meer gestructureerde risicotaxatie-instrumenten ontwikkeld, welke globaal kunnen worden onderverdeeld in actuariële instrumenten en instrumenten voor een gestructureerd klinisch oordeel.⁷¹ Actuariële risicotaxatie-instrumenten⁷² zijn feitelijk lijsten met daarop verschillende risicofactoren opgesomd, die zijn gebaseerd op statistisch aangetoonde verbanden tussen (veelal historische georiënteerde) voorspellers die significant samenhangen met het (opnieuw) plegen van een delict. De omvang van het risico wordt vervolgens aan de hand van een rekenkundige formule berekend.⁷³ Gestructureerd klinische risicotaxatie geschiedt daarentegen niet slechts aan de hand van historische voorspellers, maar ook dynamische risicofactoren spelen een rol. Daarbij komt dat in dit kader, anders dan geldt voor actuariële risicotaxatie, tevens een klinisch wegingsproces plaatsvindt. De beoordelaar heeft dan de ruimte om mogelijke aanvullende factoren bij de beoordeling te betrekken.⁷⁴

Toch is er nog altijd veel ruimte voor verbetering in de huidige risicotaxatiepraktijk, zeker gelet op het feit dat de predictieve validiteit⁷⁵ van de verschillende risicotaxatie-instrumenten nog altijd verre van optimaal is⁷⁶, hetwelk ook blijkt uit de zogenaamde AUC-waarden die aan de gangbare risicotaxatie-instrumenten worden verbonden. Een AUC-waarde van ‘.50’ betekent dat de voorspellende waarde van het desbetreffende instrument gelijk is aan het toeval, terwijl een AUC-waarde van ‘1.0’ een voorspellende waarde van 100% vertegenwoordigt.⁷⁷ Wanneer men zich vervolgens realiseert dat de AUC-waarden voor gewelddadige recidive-voorspellers rond de ‘.80’ liggen en dat de ongestructureerd klinische oordelen voorts gemiddeld maar liefst 12 punten

⁷⁰ De Ruiter 2000, Philipse 2005, De Vogel 2005 en Quinsey e.a. 2006.

⁷¹ Harte 2009, p. 235.

⁷² Bijvoorbeeld de RRASOR (*Rapid Risk Assessment for Sex Offender Recidivism*), zie Hanson 1997, of de VRAG (*Violence Risk Appraisal Guide*), zie Quinsey e.a. 1998.

⁷³ Philipse 2011, p. 408-410. Een risicofactor is bijvoorbeeld de leeftijd bij het eerste gewelddadige delict, Harte & Breukink, *Tijdschrift voor Criminologie* 2010, 1, p. 53.

⁷⁴ Philipse 2011, p. 410-412. Voorbeelden van gestructureerd klinische instrumenten zijn de HCR-20 (*Historical / Clinical / Riskmanagement-20*), Webster e.a. 1997 en de Nederlandse HKT-30 (*Historisch / Klinisch / Toekomst-30*), dat in grote lijnen op de HCR-20 is gebaseerd, Werkgroep Risicotaxatie Forensische Psychiatrie 2002. Risicofactoren zijn bijvoorbeeld historische factoren zoals de leeftijd bij het eerste gewelddadige delict, maar ook dynamische factoren zoals ziekte-inzicht, Harte & Breukink, *Tijdschrift voor Criminologie* 2010, 1, p. 53.

⁷⁵ De mate waarin het betreffende instrument in staat is accurate voorspellingen te doen.

⁷⁶ Boumans, Postulart & Van Os, *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2015, 57, p. 535, met verwijzing naar De Vogel 2005.

⁷⁷ Harte 2009, p. 236.

lager scoren⁷⁸, dan is de enige juiste conclusie dat de mogelijkheid om de kans op recidive juist in te schatten nog altijd (te) beperkt is, ook met deze risicotaxatie-instrumenten.⁷⁹

2.3.2.1 *Recidiverisico en neuroimaging*

Juist nu de wetenschappelijke en statistische grenzen wat betreft de prestaties van onze hedendaagse risicotaxatie-instrumenten lijken te zijn bereikt⁸⁰, is het zinnig om de potentie van nieuwe technologieën ten behoeve van risicotaxatie te onderzoeken. Een mooi voorbeeld van een dergelijke techniek is *virtual reality* training voor tbs-gestelden in het kader van hun terbeschikkingstellingsmaatregel. Virtual reality, het psychisch beleven van een schijnwereld, wordt onder andere gebruikt om tbs-gestelden te laten oefenen met verlos. De patiënt wordt in het kader van zijn 'uitstap' naar een virtuele omgeving gebracht – een park bijvoorbeeld – en aldaar kan hij zich door een controller te gebruiken vrij voortbewegen en zal hij aan allerlei prikkels worden blootgesteld. Zo zal hij langs spelende kinderen lopen, zullen virtuele voorbijgangers hem groeten of juist negeren en ziet hij bijvoorbeeld een hond graven in een plantsoen. Deze prikkels kunnen bij de deelnemer reacties oproepen zoals agressie, seksuele opwinding of afwijzing en vaak zijn deze reacties ook fysiek meetbaar: de bloeddruk van de deelnemer verhoogt, of hij begint te transpireren en sneller te ademen. Juist door de fysieke reactie van de tbs-gestelde op verschillende situaties te monitoren, kunnen recidiverisico's worden ingeschat en kan daarnaast een bijdrage worden geleverd aan de behandeling van de patiënt.⁸¹

Op vergelijkbare wijze biedt ook neuroimaging perspectief.⁸² Structurele en functionele hersenscans kunnen namelijk weliswaar nog niet alle, maar zeker sommige neurologische en psychiatrische afwijkingen die samenhang vertonen met crimineel gedrag op objectieve wijze in kaart brengen.⁸³ Ter illustratie van deze stelling kan worden gewezen op de veelbesproken casus

⁷⁸ De Vogel e.a., *Law and Human Behavior* 2004, 3, p. 235-252. Zie ook Harte 2009, p. 236 en Harte & Breukink, *Tijdschrift voor Criminologie* 2010, 1, p. 65.

⁷⁹ Harte & Breukink, *Tijdschrift voor Criminologie* 2010, 1, p. 52.

⁸⁰ Bogaerts & Nagtegaal 2008, p. 353.

⁸¹ Pecht 2009, p. 643-644.

⁸² Noyon e.a., *DD* 2015, 34, p. 356-357.

⁸³ Zo zijn hersenschade en tumoren doorgaans goed aantoonbaar middels hersenscans en ook de ziekte van Alzheimer is relatief goed te herkennen aan de daarmee gepaard gaande 'plaques' en 'tangles' die zich aftekenen op en in het Alzheimerbrein. Mentale stoornissen zijn daarentegen nog lastig aan te tonen middels hedendaagse neuroimagingtechnieken. Morse en Newsome benadrukken echter dat ook de vaststelling van deze subtielere mentale stoornissen in de toekomst vermoedelijk tot de mogelijkheden zal behoren. Morse & Newsome 2013, p. 166-169.

die Burns en Swerdlow schetsten in 2003. Zij beschreven de zaak van een veertiger genaamd Michael.⁸⁴

Michael was een normale man: hij was getrouwd, had een stiefdochter met wie hij een normale relatie had en was leraar van beroep. Echter, op zijn veertigste kreeg hij een toenemende interesse in kinderpornografie en begon zelfs subtiele seksuele toespelingen te maken naar zijn stiefdochter. Toen zijn gedrag aan het licht kwam, werd aan de 40-jarige leraar een voorwaardelijke gevangenisstraf opgelegd: indien hij een rehabilitatieprogramma met succes zou afronden, dan kon hij aan de door hem zo gevreesde gevangenisstraf ontkomen. Toch lukte het Michael niet zich in te houden en dit keer zocht hij seksuele toenadering tot de vrouwelijke medewerkers van het rehabilitatieprogramma, wat erin resulteerde dat Michael toch naar de gevangenis moest. Echter, de nacht voordat zijn gevangenisstraf zou aanvangen, meldde hij zich bij de eerste hulp van het plaatselijke ziekenhuis met ernstige hoofdpijnen, waarbij overigens vermeldenswaardig is dat hij zich wederom niet (seksueel) wist in te houden tegenover de medewerkers van het ziekenhuis. Na verschillende tests, waaronder een MRI-scan, bleek dat Michael een tumor had in zijn hoofd, aan de basis van zijn *orbitofrontale cortex* - een hersengebied dat in verband wordt gebracht met impulscontrole. Opmerkelijk was dan ook dat de symptomen van Michael als sneeuw voor de zon verdwenen zodra hij was hersteld van de operatie waarbij zijn tumor werd verwijderd. Helaas begon Michael enige tijd na de operatie opnieuw kinderporno te verzamelen. Dit keer werden de symptomen echter sneller herkend en Michael werd wederom geopereerd, waarna de klachten wegbleven.⁸⁵

Hoewel de zaak van Michael niet direct draaide om de inschatting van zijn recidiverisico, is deze zaak met betrekking tot dat recidiverisico wel degelijk vermeldenswaardig: de oorzaak van Michaels plotselinge voorkeur voor kinderpornografie en zijn seksueel grensoverschrijdende gedrag kon in fysieke vorm in zijn brein worden aangetroffen. Dit biedt voor risicotaxatie belangrijke inzichten: wanneer in het kader van een risicotaxatie – in Nederland bijvoorbeeld als onderdeel van het onderzoek Pro Justitia ten behoeve van het opsporingsonderzoek of ter

⁸⁴ Burns & Swerdlow, *Archives of Neurology* 2003, 60, p. 437-440. Glenn & Raine, *Nature Reviews Neuroscience* 2014, 15, p. 19 en Meynen, *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2013, 56, p. 599-600. Zie ook Belcher & Roskies 2013, p. 26.

⁸⁵ Burns & Swerdlow, *Archives of Neurology* 2003, 60, p. 437-440. Zie ook Glenn & Raine, *Nature Reviews Neuroscience* 2014, 15, p. 19 en Meynen, *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2013, 56, p. 599-600. Zie tevens Belcher & Roskies 2013, p. 26.

beoordeling van een verlofaanvraag in een forensisch psychiatrisch kader⁸⁶ – komt vast te staan dat het brein en/of de breinfunctie van een justitiabele substantiële afwijkingen vertonen, dan kan hem bijvoorbeeld verlof worden ontnomen, kan een tbs-maatregel worden opgelegd of kan een eerder opgelegde tbs-maatregel juist worden verlengd. Zo kan recidive worden voorkomen en blijft de maatschappij tegen de betrokkene beschermd. Wanneer we dit projecteren op de zaak van Michael, kan vervolgens niet aan de gedachte worden onttrokken dat wellicht ook de recidive van Michael met het juiste toezicht en de juiste begeleiding voorkomen had kunnen worden.

Het voorgaande illustreert de kracht van neuroimaging, maar toont indirect ook de gevaren ervan. Enerzijds kan risicotaxatie aan de hand van neuroimagingtechnieken potentiële recidive voorkomen, maar anderzijds mag niet worden vergeten dat dit zou kunnen betekenen dat iemand uit de maatschappij wordt geweerd, louter op basis van straling, hersengolven of magnetische velden. Hersenscans hebben kortom grote potentie, ook voor risicotaxatie, maar een verkenning van de grenzen van het recht hieraan lijkt geen overbodige luxe.

2.4 Slot

In het voorgaande hoofdstuk kwam een scala aan onderwerpen aan bod, voornamelijk ter introductie van de in het kader van dit onderzoek belangrijke concepten. Zo werd allereerst aandacht besteed aan het concept *neuroimaging* en de twee hoofdcategorieën daarbinnen: structurele en functionele neuroimagingtechnieken. Vervolgens werd een en ander in verband gebracht met het strafrecht, meer in het bijzonder met de vaststelling van toerekeningsvatbaarheid, respectievelijk recidiverisico. Ook deze begrippen werden allereerst kort toegelicht, alvorens de link tussen neuroimaging en deze strafprocessuele fasen werd gelegd. De verwachting is gerechtvaardigd dat naarmate de mogelijkheden die hersenscans bieden toenemen, ook het aandeel van hersenscans in het (straf)recht geleidelijk aan belang zal winnen. Een juridisch onderzoek naar de toelaatbaarheid van hersenscans in die fasen is daarom in toenemende mate van belang.

⁸⁶ Zie artt. 50 en 51 Bvt, resp. art. 53 Rvt. Zie verder De Groot 2009, p. 212.

3. Het nemo tenetur beginsel

3.1 Inleiding

Om uiteindelijk de vraag te kunnen beantwoorden welke grenzen het nemo tenetur beginsel stelt aan het gebruik van neuroimaging ter beoordeling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico, heeft ook het nemo tenetur beginsel separate aandacht. Allereerst wordt daarom aandacht besteed aan begripsvorming. Hierbij staan de uiteenlopende opvattingen over de betekenis van het nemo tenetur beginsel in de literatuur centraal en ook komt de nationaalrechtelijke invulling van dit beginsel summier aan bod. Zo kan – alvorens daadwerkelijk een toets aan het nemo tenetur beginsel te verrichten – een begrip worden gecreëerd van de complexiteit van dat beginsel. Deze overwegend theoretische benadering wordt opgevolgd door een meer praktijkgerichte invulling van het onderhavige beginsel, waarbij louter de Straatsburgse rechtspraak in het kader van artikel 6 EVRM centraal staat. Dit, niet alleen gelet op de omvang van deze bijdrage, maar ook omdat het EHRM – in tegenstelling tot de doctrine hieromtrent – praktijkgerichte en bovendien ondubbelzinnige toetsingsmaatstaven biedt, die ook internationaal gezien gezag hebben. Om een en ander vervolgens toe te spitsen op het onderhavige onderzoek, wordt voorts onderzocht of de toepasselijkheid van het nemo tenetur beginsel zich uitstrekt tot de strafprocessuele fasen waarin recidiverisico, respectievelijk toerekeningsvatbaarheid worden beoordeeld.

3.2 Begripsvorming

‘*Nemo tenetur prodere se ipsum*’, ofwel: niemand mag worden gedwongen zichzelf te belasten.⁸⁷ Ondanks de vele daarop volgende kanttekeningen, durfde Stevens het aan om in de eerste zin van haar dissertatie het nemo tenetur beginsel te vatten in welgeteld zeven woorden. Echter, zo vanzelfsprekend is dat niet. Over de betekenis, waarde en reikwijdte van het nemo tenetur beginsel is namelijk al jaren veel discussie.⁸⁸

De ontstaansgeschiedenis van het nemo tenetur beginsel gaat ver terug. Reijntjes en Myjer spreken in dit verband zelfs van middeleeuwse canonieke wortels.⁸⁹ Echter, niet de historische

⁸⁷ Stevens 2005, p. 1.

⁸⁸ Koops 2000, p. 29 met verwijzing naar Ansmink, *RM Themis* 1981, p. 426-448.

⁸⁹ Reijntjes 1996, p. 5 met verwijzing naar Myjer 1978, p. 6.

ontwikkeling van het nemo tenetur beginsel, maar juist de huidige betekenis ervan is in dezen relevant. Daarvoor is allereerst een tweetal arresten van de Hoge Raad uit 1927 en 1928 van belang, waarin de Hoge Raad de kern van het nemo tenetur beginsel schetste. Zo besliste hij in 1927, in navolging van de rechtbank in die zaak, dat de bevoegdheid om de verdachte naar zijn naam te vragen op grond van artikel 52 Sv niet tevens voor verdachte een antwoordplicht met zich brengt. De verdachte kan namelijk niet worden gedwongen bewijs te leveren tegen zichzelf.⁹⁰ Voorts overwoog de Hoge Raad in 1928, eveneens naar aanleiding van de vraag of op de verdachte een meewerkverplichting rustte krachtens artikel 52 Sv⁹¹, dat het *‘met den geest van het nieuwe Wetboek (...) kwalijk zou strooken’* indien *‘de verdachte op straffe zou worden verplicht tot zijn eigen veroordeeling mede te werken’*.⁹² Deze zinsnede werd later bekend als de zogenaamde ‘mollenvangersdoctrine.’⁹³

Een verdachte hoeft dus niet bij te dragen aan zijn eigen veroordeling. Tot zover helder. Een en ander wordt echter complexer wanneer we een blik werpen op ietwat recentere rechtspraak van de Hoge Raad over het nemo tenetur beginsel: *‘in het Nederlandse recht (...) niet is verankerd een onvoorwaardelijk recht of beginsel dat een verdachte op generlei wijze kan worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal.’*⁹⁴ Kennelijk geldt het nemo tenetur beginsel niet onverkort, hetwelk een blik op de wet verheldert. Artikel 47 van de Algemene Wet Rijksbelastingen verplicht bijvoorbeeld tot het desgevraagd verstrekken van voor de belastinginspecteur relevante inlichtingen en gegevens en ook artikel 56 Sv verbindt een groot voorbehoud aan het adagium ‘dat een verdachte op generlei wijze kan worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal’.⁹⁵ Op grond van dat artikel kan een verdachte namelijk in het kader van het opsporingsonderzoek aan lichaam of kleding worden onderzocht indien het onderzoek dit vordert, en bovendien legitimeert dit artikel het zogenaamde ‘onderzoek in het

⁹⁰ HR 27 juni 1927, NJ 1927, 926, m.nt. T. Zie ook Stevens 2005, p. 47.

⁹¹ Artikel 52 Sv: *Iedere opsporingsambtenaar is bevoegd de identiteit van de verdachte vast te stellen op de wijze, bedoeld in artikel 27a, eerste lid, eerste volzin, en hem daartoe staande te houden.*

⁹² HR 16 januari 1928, NJ 1928, p. 233 (Mollenvangers).

⁹³ Zie bijv. Reijntjes 1996, p. 11 e.v.

⁹⁴ HR 15 februari 1977, NJ 1977, 577. Zie ook HR 25 oktober 1993, NJ 1994, 629, m.nt. C. Koops stelt in 2012 vast dat dit uitgangspunt nog altijd geldt, Koops 2012, p. 45.

⁹⁵ HR 15 februari 1977, NJ 1977, 577. Zie ook HR 25 oktober 1993, NJ 1994, 629, m.nt. C.

lichaam'.⁹⁶ Reijntjes concludeerde dan ook dat er reeds in 1996 al zo veel uitzonderingen op het *nemo tenetur* beginsel waren aanvaard, dat met recht de vraag kon worden opgeworpen of van *nemo tenetur prodere se ipsum* nog wel kon worden gesproken.⁹⁷

Ondanks de bovengenoemde terechte vraag naar de resterende waarde van het *nemo tenetur* beginsel, lijkt in de literatuur nog geen afstand te zijn gedaan van *nemo tenetur*. Echter, over welk beginsel precies wordt gedebatteerd, is zoals gezegd allerminst uitgekristalliseerd.⁹⁸ Zo stelde Reijntjes in 1996 dat hij toch op historische gronden nog wilde uitgaan van *nemo tenetur* zoals dit gold ten tijde van de mollenvangersdoctrine⁹⁹ en hij gaf te kennen een drietal vormen van het *nemo tenetur* beginsel te onderscheiden. In navolging van Myjer noemt hij allereerst het 'klassieke' *nemo tenetur* beginsel, inhoudende dat niemand zichzelf spontaan hoeft te belasten¹⁰⁰; voorts stipt hij het 'traditionele' of 'conventionele' *nemo tenetur* beginsel aan, inhoudende dat niemand tegen zichzelf hoeft te getuigen¹⁰¹; en tot slot spreekt hij van een 'moderne' uitleg, welke garandeert dat een verdachte, noch enig ander persoon hoeft bij te dragen aan zijn eigen veroordeling.¹⁰²

Enkele jaren later gaf ook Koops een definitie van het *nemo tenetur* beginsel, alwaar hij twaalf jaar later nog altijd achter lijkt te staan.¹⁰³ In zijn onderzoek in het jaar 2000 naar een strafrechtelijke ontsleutelplicht voor verdachten, toetste hij deze ontsleutelplicht aan het *nemo tenetur* beginsel, waarmee hij kennelijk aangeeft dat dit beginsel grote betekenis heeft voor het Nederlandse recht. Hij definieert het betrokken beginsel als volgt: '*Niemand mag worden gedwongen (actief of passief) bewijs te leveren dat tegen hem wordt of zal worden gebruikt*'.¹⁰⁴ De werking ervan is volgens Koops telkens te beredeneren aan de hand van de centrale waarden die aan het *nemo tenetur* beginsel ten grondslag zouden liggen: betrouwbaarheid van het bewijs, het

⁹⁶ Onderzoek aan het lichaam houdt in 'het uitwendig schouwen van de openingen en holten van het onderlichaam, röntgenonderzoek, echografie en het inwendig manueel onderzoek van de openingen en holten van het lichaam. Het onderzoek in het lichaam wordt verricht door een arts. (...)' Zie artikel 56 lid 2 Sv.

⁹⁷ Reijntjes 1996, p. 11.

⁹⁸ Stevens 2005, p. 165.

⁹⁹ Reijntjes 1996, p. 11.

¹⁰⁰ Reijntjes 1996, p. 9, met verwijzing naar Myjer 1978, p. 1.

¹⁰¹ Reijntjes 1996, p. 9. Zie ook artikel 29 Sv.

¹⁰² Reijntjes 1996, p. 9.

¹⁰³ Koops 2000 en Koops 2012.

¹⁰⁴ Koops 2000, p. 50.

pressieverbod, menselijke waardigheid en procesautonomie.¹⁰⁵ In elke denkbare casus ligt de betekenis van het nemo tenetur beginsel zijns inziens op het punt waarop de voornoemde centrale waarden met elkaar in evenwicht zijn.¹⁰⁶

Stevens somt op haar beurt, net als Reijntjes, een drietal mogelijke invullingen op van het nemo tenetur beginsel, welke zij ontleent aan eerder werk hieromtrent. Ze vermeldt de visie van Schalken, welke erop neerkomt dat de verdachte niet mag worden verplicht mee te werken aan zijn proces¹⁰⁷; vervolgens haalt zij de moderne uitleg aan die Reijntjes toedichtte aan het nemo tenetur beginsel¹⁰⁸; en tot slot vestigt ze de aandacht op de definitie van Koops.¹⁰⁹ Echter, na uitgebreid onderzoek naar de resterende waarde van het nemo tenetur beginsel, concludeert zij anderszins. Volgens Stevens lag de resterende waarde van het nemo tenetur beginsel in 2005 nog slechts in de zogenaamde ‘communicatieve autonomie’: *‘een aan de verklaringsvrijheid van de verdachte gerelateerde procesautonomie, binnen de context van een op materiële waarheidsvinding gericht tegensprekelijk geding.’* In hoofdzaak komt dit neer op de vrijheid van de verdachte om een eigen standpunt in te nemen ten aanzien van zijn strafzaak, met dien verstande dat sprake blijft van een dialoog. Kiest de verdachte ervoor te zwijgen, dan zal zijn wederpartij hier het zijne van kunnen en mogen denken.¹¹⁰ Op andere vlakken zag zij voor het nemo tenetur beginsel geen plaats meer. Een daadwerkelijke beschermende werking van dit beginsel komt haars inziens buiten de communicatieve autonomie eigenlijk niet meer voor.¹¹¹

Om de cirkel rond te maken komen ook Van Russen Groen en Trotman nog met hun eigen definities. In hun bijdrage aan het liber amicorum voor Wladimiroff adresseren de auteurs het nemo tenetur beginsel, waarbij zij met name ingaan op de vraag ‘in hoeverre de vordering tot het uitleveren van of het verlenen van inzage in documenten aan een belanghebbende mag worden gericht en hoe aldus verkregen materiaal mag worden gebruikt’.¹¹² Om tot een antwoord op deze vraag te komen, bespreken zij allereerst het nemo tenetur beginsel, waaraan zij een tweetal interpretaties ontleen: een enge en een ruime. De ruime uitleg van dit beginsel houdt volgens de

¹⁰⁵ Koops 2000, p. 46-47. In Koops & Stevens, *DD* 2003, 3, p. 4 worden de waarden ‘menselijke waardigheid’ en ‘pressieverbod’ overigens samengenomen.

¹⁰⁶ Koops 2000, p. 48-49.

¹⁰⁷ Stevens 2005, p. 1, met verwijzing naar Schalken in zijn noot onder HR 27 februari 2001, *NJ* 2001, 499, m.nt. Sch.

¹⁰⁸ Stevens 2005, p. 1, met verwijzing naar Reijntjes 2006, p. 9.

¹⁰⁹ Stevens 2005, p. 1, met verwijzing naar Koops 2000, p. 50.

¹¹⁰ Stevens 2005, p. 167-168.

¹¹¹ Zie o.a. Stevens 2005, p. 122.

¹¹² Van Russen Groen & Trotman 2002, p. 96.

auteurs in dat een verdachte op geen enkele wijze aan zijn eigen veroordeling hoeft mee te werken. Deze uitleg van het nemo tenetur beginsel strekt aldus verder dan het zwijgrecht: ook het meewerken aan een schrijftest of het zich onderwerpen aan een bloedproef kunnen hieronder worden geschaard. De uitleg van het nemo tenetur beginsel in enge zin ziet daarentegen slechts op het recht van de verdachte te zwijgen en niet op vragen van autoriteiten in het strafproces te antwoorden. Een onderscheid tussen nemo tenetur en zwijgrecht is in deze visie moeilijk te maken.¹¹³

3.3 Nemo tenetur in de Straatsburgse praktijk

Over de precieze betekenis van het nemo tenetur beginsel valt kennelijk te twisten. In plaats van gezamenlijk te kiezen voor een definitie, lijkt elke nieuwe auteur die zich aan dit onderwerp waagt, zich geroepen te voelen om een eigen definitie toe te voegen aan de toch al onoverzichtelijke verzameling aan literatuur over dit onderwerp. Om die reden beoogt de onderhavige bijdrage aan de nemo tenetur-discussie uitdrukkelijk geen nieuwe, zelfstandige kijk op het nemo tenetur beginsel te schetsen. In plaats daarvan wordt de ‘ware’ betekenis van nemo tenetur in het navolgende in het midden gelaten en wordt slechts in algemene zin aangenomen dat het nemo tenetur beginsel in de Nederlandse strafrechtspleging als een fundamenteel uitgangspunt fungeert en dat het invulling geeft aan de strafprocessuele positie van de verdachte.¹¹⁴ Voor het overige zal worden uitgegaan van de meer objectief bepaalde invulling die het EHRM in zijn rechtspraak aan het nemo tenetur beginsel geeft.

“Although not specifically mentioned in Article 6 (art. 6) of the Convention, there can be no doubt that 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 (art. 6) (...). By providing the accused with protection against improper compulsion by the authorities these immunities contribute to avoiding miscarriages of justice and to securing the aims of Article 6 (art. 6).”¹¹⁵

¹¹³ Van Russen Groen & Trotman 2002, p. 96.

¹¹⁴ Stevens 2005, p. 1. Enkele decennia geleden lag dit overigens anders. Ansmink kwam in 1981 tot de conclusie dat over de vraag naar het bestaan van het nemo tenetur beginsel geen consensus bestond, zie Koops 2000, p. 29, Ansmink, *RM Themis* 1981, p. 444, HR 15 februari 1977, *NJ* 1977, 557 en Van Veen, *DD* 1979, p. 688.

¹¹⁵ EHRM 8 februari 1996, *NJ* 1996, 725, m.nt. Kn, par. 45 (*John Murray t. Verenigd Koninkrijk*).

Het nemo tenetur beginsel ligt, zo geeft het EHRM te kennen in zijn arrest van 8 februari 1996, verankerd in artikel 6 EVRM. Dit maakt dat het nemo tenetur beginsel niet alleen in Nederland, maar ook in de overige partijstaten bij het EVRM een relevant beginsel is. Wanneer dit ruim toepasselijke beginsel wordt geschonden, is echter nog altijd een lastige vraag. Dat neemt overigens niet weg dat het EHRM in de afgelopen jaren wel degelijk handvatten heeft geformuleerd aan de hand waarvan het nemo tenetur beginsel steeds verder is uitgekristalliseerd.

“In order to determine whether the applicant’s right not to incriminate himself has been violated, the Court will have regard, in turn, to the following factors: the nature and degree of compulsion used to obtain the evidence; the weight of the public interest in the investigation and punishment of the offence in issue; the existence of any relevant safeguards in the procedure; and the use to which any material so obtained is put.”¹¹⁶

Van Toor vormde deze reeks van rechtspraak globaal om tot een soortement stappenplan dat zich, in tegenstelling tot de weinig praktische maatstaf zoals hierboven geciteerd, mijns inziens bijzonder goed leent voor een praktijkgerichte toetsing. Op basis van jurisprudentieonderzoek constateerde hij dat, om te kunnen komen tot een schending van het nemo tenetur beginsel, allereerst sprake moet zijn van ‘onoorloofde dwang’ om de verdachte bewijs tegen zichzelf te laten leveren. Deze onoorloofde dwang moet dan in zodanige mate aanwezig zijn, dat voor het verbod op zelfincriminatie en het daarin vervatte zwijgrecht onvoldoende ruimte blijft. Ten tweede is het gebruik van het onder dwang vergaarde materiaal van belang. Voor de vaststelling van een schending van artikel 6 EVRM moet het gebruik van dat materiaal, ter onderbouwing van strafoplegging of bewezenverklaring, voor de verdachte niet uit te sluiten zijn en tot slot moet worden gekeken naar de aard van het onder dwang verkregen bewijsmateriaal. In de kern en behoudens uitzonderingen beschermt het nemo tenetur beginsel namelijk slechts bewijsmateriaal dat afhankelijk van de wil van de betrokkene bestaat.¹¹⁷ Dit stappenplan van Van Toor zal ook in deze studie het uitgangspunt vormen, met dien verstande dat een andere, chronologisch meer correcte volgorde van de voornoemde toetsstenen zal worden aangehouden, hoofdzakelijk om de

¹¹⁶ EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 117 (*Jalloh t. Duitsland*). Zie ook EHRM 5 november 2002, 48539/99, par. 44 (*Allan t. Verenigd Koninkrijk*), EHRM 21 december 2000, 3720/97, par. 54-55 (*Heany and McGuinness t. Ierland*) en EHRM 3 mei 2001, 31827/96 (*J.B. t. Zwitserland*). Zie ook Koops 2012, p. 6.

¹¹⁷ Van Toor 2011, p. 628-633.

begrijpelijkheid van de hierop volgende redeneringen te bevorderen. Voorts moet wat mij betreft een vierde toetssteen bij wijze van ingangsvoorwaarde aan het voornoemde plan worden toegevoegd: pas wanneer kan worden gesproken van een ‘*criminal charge*’, zo blijkt uit het Straatsburgse arrest *Weh*, valt een strafrechtelijke kwestie binnen de reikwijdte van artikel 6 EVRM. Wanneer tussen de op een verdachte uitgeoefende dwang en een mogelijke strafzaak¹¹⁸ geen, of slechts een zeer zwak verband bestaat, gaat de bescherming van het nemo tenetur beginsel niet op.¹¹⁹ Is een dergelijk verband er wel, dan kan verder worden gekeken. Hieronder wordt het stappenplan van Van Toor nader geëxploreerd.

3.3.1 Ongeoorloofde dwang

Zoals gezegd vereist een schending van het nemo tenetur beginsel in de zin van artikel 6 EVRM allereerst een ‘ongeoorloofde dwang-component’, hetwelk Van Toor omschrijft als dwang waardoor de procesautonomie als kern van het nemo tenetur beginsel wordt aangetast.¹²⁰ In de zaak *Quinn* tegen Ierland zien we dit duidelijk terug. *Quinn* werd ervan verdacht te hebben deelgenomen aan een terroristische aanslag op de politie op 7 juni 1996 in het stadje Limerick. Hierbij werd een politieauto van achteren geramd en vervolgens door een vijftal gemaskerde en zwaarbewapende mannen omsingeld. Eén van hen opende het vuur en doodde daarmee één van de twee inzittende politieagenten. De ander raakte zwaar gewond.¹²¹ In het kader van het opsporingsonderzoek werd *Quinn* verhoord. Aan het begin van het verhoor werd hem weliswaar meegedeeld dat hij niet verplicht was de vragen van de opsporingsambtenaren te beantwoorden, maar niettemin werd hem in een later stadium te kennen gegeven dat op hem ten aanzien van een select aantal vragen wel degelijk een antwoordplicht rustte. Zou hij niet antwoorden – wat hij inderdaad niet deed – dan maakte hij zich daarmee schuldig aan een strafbaar feit waarop maar

¹¹⁸ Of een zaak van een anderszins punitieve aard, zoals een zaak betreffende bestuurlijke handhaving, zie bijv. EHRM 23 november 2006, AB 2007, 51 (*Jussila t. Finland*).

¹¹⁹ EHRM 8 april 2004, 38544/97, par. 56 (*Weh t. Oostenrijk*): “The court (...) considers that, in the present case, the link between the applicant’s obligation (...) to disclose the driver of his car and possible criminal proceedings for speeding against him remains remote and hypothetical. However, without a sufficiently concrete link with these criminal proceedings the use of compulsory powers (i.e. the imposition of a fine) to obtain information does not raise an issue with regard to the applicant’s right to remain silent and the privilege against self-incrimination.” Zie ook Koops 2012, p. 45.

¹²⁰ Van Toor 2011, p. 629.

¹²¹ EHRM 21 december 2000, 36887/97, par. 8 (*Quinn t. Ierland*).

liefst zes maanden gevangenisstraf stond. Deze straf werd hem ook daadwerkelijk opgelegd.¹²² De druk die de verdachte in het kader van dit opsporingsonderzoek werd opgelegd, bestaande in een dreiging met, en oplegging van een gevangenisstraf van zes maanden, werd door het EHRM als ernstige, ongeoorloofde druk aangemerkt. Volgens het Straatsburgse hof deed dit namelijk juist de essentie van het verbod op zelfincriminatie en het zwijgrecht, zoals beschermd onder artikel 6 EVRM, teniet.¹²³

Tevens kunnen aan de arresten Funke¹²⁴ en J.B.¹²⁵ voorbeelden van ongeoorloofde dwang worden ontleend. Zo werden de verschillende aan Funke opgelegde dwangsommen en de dreiging met een gevangenisstraf wegens het niet overleggen van zijn bankgegevens¹²⁶ door het EHRM aangemerkt als ongeoorloofde druk.¹²⁷ Ook werden de aan J.B. opgelegde geldboeten door het Straatsburgse hof als een schending van het in artikel 6 EVRM vervatte nemo tenetur beginsel verstaan.¹²⁸ De dreiging met, en oplegging van relatief forse geldboeten of gevangenisstraffen kan – uiteraard in combinatie met de overige omstandigheden van het concrete geval – klaarblijkelijk de eerste voorwaarde voor een schending van het nemo tenetur beginsel vervullen: ongeoorloofde dwang.

Van ongeoorloofde dwang in het kader van artikel 6 EVRM is eveneens sprake daar waar een verdachte ter verkrijging van belastend bewijsmateriaal onmenselijk of vernederend wordt behandeld in de zin van artikel 3 EVRM. Een dergelijk geval deed zich voor in de zaak Jalloh. Jalloh werd verdacht van drugshandel en bij zijn aanhouding had de politie hem een klein plastic zakje zien inslikken. Omdat dit plastic zakje – als het inderdaad drugs zou bevatten – potentieel hard bewijs zou kunnen vormen tegen Jalloh, werd hem verzocht braakmiddel in te nemen. Toen hij dit weigerde, werd hij door maar liefst vier agenten in bedwang gehouden en diende een arts hem via een slangetje in zijn neus zowel een zoutoplossing als een braakmiddel toe, gevolgd door een morfine-injectie. Jalloh braakte het zakje met – zo bleek – cocaïne uit en werd gearresteerd,

¹²² EHRM 21 december 2000, 36887/97, par. 12-14 (*Quinn t. Ierland*).

¹²³ EHRM 21 december 2000, 36887/97, par. 56 (*Quinn t. Ierland*). Zie ook EHRM 21 december 2000, 3720/97, par. 55 (*Heany and McGuinness t. Ierland*). Uit deze passages kan tevens worden afgeleid dat de dwang voldoende ernstig moet zijn om te kunnen komen tot een schending van artikel 6 EVRM.

¹²⁴ EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485, m.nt. Kn (*Funke t. Frankrijk*).

¹²⁵ EHRM 3 mei 2001, 31827/96 (*J.B. t. Zwitserland*). Zie ook Koops & Stevens, DD 2003, 3, p. 281-294.

¹²⁶ EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485, m.nt. Kn, par. 11 en 12 (*Funke t. Frankrijk*).

¹²⁷ EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485, m.nt. Kn, par. 44 (*Funke t. Frankrijk*).

¹²⁸ EHRM 3 mei 2001, 31827/96 (*J.B. t. Zwitserland*).

hetwelk later uitmondde in een veroordeling.¹²⁹ De behandeling die Jalloh had moeten ondergaan, werd door het EHRM getypeerd als een ernstige schending van zijn fysieke en mentale integriteit en deze kon worden gekwalificeerd als ‘*inhuman and degrading treatment*’ in strijd met artikel 3 EVRM.¹³⁰ Vervolgens werd deze schending van artikel 3 EVRM door het EHRM gebruikt om een schending van het nemo tenetur beginsel onder artikel 6 EVRM vast te stellen.¹³¹ Kennelijk, en wel per definitie, vervult ook behandeling in strijd met artikel 3 EVRM het criterium van ongeoorloofde dwang, zoals benodigd ter vaststelling van een schending van het nemo tenetur beginsel.¹³²

Voorts kan nog worden gewezen op de zaken Teixeira de Castro¹³³ en Allan¹³⁴. In beide zaken waren de verdachten niet op de hoogte van de identiteit van de infiltrant en informant, waardoor zij zichzelf in hun onwetendheid en door de druk die op hen werd uitgeoefend met bewijsmateriaal à charge belastten: in de zaak Teixeira de Castro door heroïne te verkopen aan undercoveragenten¹³⁵, en in de zaak Allan door gedurende zijn voorlopige hechtenis met een informant – zijn celgenoot nota bene – over zijn betrokkenheid bij onder andere een overval en een moord te spreken, terwijl de betrokken informant met afluisterapparatuur was uitgerust.¹³⁶ Ook misleiding, waarbij wordt uitgelokt, impliciet wordt verhoord, et cetera, kan aldus als ongeoorloofde dwang worden aangemerkt.¹³⁷ In dat kader is overigens wel noodzakelijk dat de

¹²⁹ EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 11-30 (*Jalloh t. Duitsland*).

¹³⁰ EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 82-83 (*Jalloh t. Duitsland*).

¹³¹ EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 117-118 (*Jalloh t. Duitsland*). Zie o.a. ook EHRM 22 juli 2008, 10301/03 (*Getiren t. Turkije*), EHRM 25 februari 2016, 34006/06 (*Zyakun t. Oekraïne*) en Koops 2012, p. 32 en Van Toor 2011, p. 628-629.

¹³² EHRM 6 oktober 2015, 4722/09, par. 89-90 (*Turbylev t. Rusland*): “Therefore, the use in criminal proceedings of evidence obtained in breach of article 3 always raises serious issues as to the fairness of the proceedings, even if the admission of such evidence was not decisive in securing a conviction. (...) The admission of confession statements obtained in violation of Article 3 renders the proceedings as a whole automatically unfair, irrespective of the probative value of the confession statements and irrespective of whether their use was decisive in securing the defendant’s conviction”, Zie o.a. ook EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 99 (*Jalloh t. Duitsland*); EHRM 1 juni 2010, 22978/05, par. 166-167 en 173 (*Gäfgen t. Duitsland*); EHRM 25 september 2012, 649/08, par. 85 (*El Haski t. België*); EHRM 9 februari 2016, 40852/05, par. 82 (*Shlychkov t. Rusland*); EHRM 19 februari 2015, 57980/11, par. 64 (*Zhyzitskyy t. Oekraïne*).

¹³³ EHRM 9 juni 1998, NJ 2001, 471, m.nt. Kn (*Teixeira de Castro t. Portugal*).

¹³⁴ EHRM 5 november 2002, 48539/99 (*Allan t. Verenigd Koninkrijk*).

¹³⁵ EHRM 9 juni 1998, NJ 2001, 471, m.nt. Kn, par. 9-12 (*Teixeira de Castro t. Portugal*).

¹³⁶ EHRM 5 november 2002, 48539/99, par 13-16 (*Allan t. Verenigd Koninkrijk*).

¹³⁷ EHRM 9 juni 1998, NJ 2001, 471, m.nt. Kn, par. 39 (*Teixeira de Castro t. Portugal*) en EHRM 5 november 2002, 48539/99, par. 44-53 (*Allan t. Verenigd Koninkrijk*).

verklaringsvrijheid van de verdachte zodanig in gevaar is gekomen, dat van vrijwilligheid van de verklaringen niet meer kan worden gesproken.¹³⁸

Sinds de Salduz-jurisprudentie lijkt het ongeoorloofde dwang-vereiste overigens verder te zijn verruimd. Op grond van dat arrest heeft een verdachte vanaf zijn eerste ‘*police interrogation*’ recht op bijstand door een raadsman.¹³⁹ Door de Nederlandse Hoge Raad werd dit tot voor kort aldus ingevuld, dat een (volwassen) verdachte voorafgaande aan zijn eerste verhoor een raadsman moest kunnen raadplegen.¹⁴⁰ Op 22 december 2015 paste de Raad zijn standpunt hieromtrent echter aan: elke verdachte heeft tegenwoordig tevens recht op bijstand van een raadsman tijdens het verhoor.¹⁴¹ Wanneer aan dit recht op rechtsbijstand van de verdachte niet tijdig gehoor wordt gegeven en de verdachte vervolgens een belastende verklaring aflegt – zoals geschiedde in het recente arrest Tikhonov – dan kan alleen al op grond daarvan aan het ongeoorloofde dwang-vereiste worden voldaan.¹⁴² Het nemo tenetur beginsel en het recht op rechtsbijstand lijken hiermee aan elkaar verknocht te zijn geraakt.¹⁴³

3.3.2 Wils(on)afhankelijkheid

Dwang is een noodzakelijke voorwaarde om te komen tot een schending van het nemo tenetur beginsel, maar voldoende is het hiervoor niet.¹⁴⁴ Cruciaal is namelijk niet alleen de dwang die wordt aangewend om het vergaarde materiaal te verkrijgen, maar tevens de wils(on)afhankelijke

¹³⁸ EHRM 5 november 2002, 48539/99, par. 52 (*Allan t. Verenigd Koninkrijk*): “(...) the Court considers that the applicant would have been subjected to psychological pressures which impinged on the “voluntariness” of the disclosures allegedly made by the applicant to H.: he was a suspect in a murder case, in detention and under direct pressure from the police in interrogations about the murder, and would have been susceptible to persuasion to take H., with whom he shared a cell for some weeks, into his confidence. In those circumstances, the information gained by the use of H. in this way may be regarded as having been obtained in defiance of the will of the applicant and its use at trial impinged on the applicant's right to silence and privilege against self-incrimination.” Vgl. Rb Midden Nederland 12 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:700, par. 3.2.3 (*Utrechtse Serieverkrachter*).

¹³⁹ EHRM 27 november 2008, 36391/02, par. 55 (*Salduz t. Turkije*).

¹⁴⁰ HR 30 juni 2009, NJ 2009, 349, m.nt. Sch, r.o. 2.5 en HR 1 april 2014, NJ 2014, 268, m.nt. Sch.

¹⁴¹ HR 22 december 2015, NJ 2016, 52, m.nt. Klip, r.o. 6.3. Zie ook Stcr. 23 februari 2016, nr. 8884 en Brief van de Minister d.d. 11 februari 2016 betreffende: ‘Toepassing recht op verhoorsbijstand per 1 maart 2016’.

¹⁴² EHRM 10 december 2015, 17969/09, par 53 (*Tikhonov t. Oekraïne*).

¹⁴³ Zie Koops 2012, p. 32-33. Dit zien we ook terug in andere recente jurisprudentie. Zie bijv. EHRM 6 juni 2000, 28135/95 (*Magee t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 4 oktober 2010, 42371/02 (*Pavlenko t. Rusland*); EHRM 12 januari 2012, 16717/05 (*Todorov t. Oekraïne*); EHRM 20 oktober 2015, 25703/11, par. 92 (*Dvorski t. Kroatië*); EHRM 12 januari 2016, 37537/13, par. 56 (*Borg t. Malta*); en EHRM 5 mei 2015, 29644/10, par. 101 (*Ogorodnik t. Oekraïne*).

¹⁴⁴ EHRM 1 juni 2010, 22978/05 (*Gäfgen t. Duitsland*). Zie ook Van Toor 2011, p. 631.

aard van dat materiaal.¹⁴⁵ De reden hiervoor lijkt voornamelijk te liggen in de betrouwbaarheid van het bewijs, dat volgens Stevens en Koops tevens als rechtsgrond aan het nemo tenetur beginsel ten grondslag ligt.¹⁴⁶ Een verdachte die wordt gemarteld, zo kan worden geredeneerd, zal alles verklaren wat hem gevraagd wordt. Of zijn bekentenissen echter betrouwbaar zijn, is onder dergelijke omstandigheden maar moeilijk vast te stellen. Dit, terwijl dat wel degelijk heel belangrijk is als het om het – naar zijn aard ingrijpende – strafrecht gaat. Bewijsmiddelen die onafhankelijk van de wil van een verdachte bestaan, zoals bijvoorbeeld DNA-materiaal of door de politie onderschepte documenten, zijn daarentegen betrouwbaarder en behoeven daarom niet dezelfde nemo tenetur bescherming. De rechtsontwikkeling van het EHRM biedt inzicht hieromtrent.

Om te beginnen verdient de zaak Saunders tegen het Verenigd Koninkrijk aandacht. Saunders werd in het kader van een onderzoek naar beurskoersmanipulatie door een bestuursorgaan onder antwoordplicht gehoord.¹⁴⁷ Echter, toen er in een later stadium ook een strafrechtelijk onderzoek plaatsvond naar deze feiten, werden de uitlatingen van Saunders tegen hem voor het bewijs gebruikt.¹⁴⁸ Deze gang van zaken leverde voor het EHRM een fundamentele mensenrechtenschending op. Van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM was namelijk, wegens een ontoelaatbare schending van het nemo tenetur beginsel¹⁴⁹, geen sprake. Hierbij deed het EHRM de volgende uitspraak, die later voor de inhoud van het nemo tenetur beginsel van groot belang werd: wilsafhankelijkheid vormt vanaf dit punt een rode draad in de nemo tenetur jurisprudentie.¹⁵⁰

“The right not to incriminate oneself is primarily concerned (...) with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may

¹⁴⁵ Ook hier wordt van de vraag of een ‘vrije wil’ eigenlijk wel kan bestaan geabstraheerd. Het bestaan van een vrije wil wordt in dit kader aangenomen. Zie hierover verder par. 2.3.1. Zie ook Mooij 2004, m.n. p. 93-94, 100-101, 213-215; Mooij 2007; en Lamme 2012.

¹⁴⁶ Van Toor 2011, p. 632 en Koops & Stevens, *DD* 2003, 3, p. 281-294. Zie voor enkele (Amerikaanse) voorbeelden Bedau & Radelet, *Stanford Law Review* 1987, 1, p. 57-64.

¹⁴⁷ EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699, m.nt. Kn, par. 14-25 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*). Zie ook Conclusie A-G Niessen bij HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1359, par. 4.10.

¹⁴⁸ EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699, m.nt. Kn, par. 28 e.v. (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*). Zie ook Conclusie A-G Niessen bij HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1359, par. 4.10.

¹⁴⁹ EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699, m.nt. Kn, p. 67-76 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*).

¹⁵⁰ Stevens 2005, p. 14.

*be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing. (...)*¹⁵¹

Deze jurisprudentie brengt ons terug bij het arrest Funke, dat hiervoor reeds even de revue passeerde, en bij het later gewezen arrest J.B. versus Zwitserland. In het arrest Funke werd weliswaar een schending van het nemo tenetur beginsel vastgesteld, maar toch ging het om documenten die wel degelijk onafhankelijk van de wil van de verdachte bestonden¹⁵²: of Funke nu zijn best deed of niet, met pure wilskracht zou hij de inhoud van de betrokken documenten niet veranderen. Toch sluit deze uitspraak wel degelijk aan bij de in het arrest Saunders uitgezette lijn: het verzoek om afgifte te doen van de betrokken documenten, vormde namelijk – zo merkte A-G Niessen in zijn conclusie bij een arrest van de Nederlandse Hoge Raad van 29 mei 2015 mijns inziens terecht op – veeleer een verkapte vraag naar een verklaring omtrent het bestaan van deze documenten.¹⁵³ En die verklaring was op haar beurt dan weer wel van de wil van Funke afhankelijk. Een conclusie die hieruit kan worden getrokken, is dat in ieder geval niet ter discussie mag staan of de gevraagde stukken wel bestaan.¹⁵⁴

In de casus die aan het arrest J.B. ten grondslag ligt, gebeurde iets vergelijkbaars: van de verzoeker werden door de belastingdienst meermaals documenten gevorderd en tot vier keer toe werd de weigering van J.B. deze te verstrekken afgestraft met een aanzienlijke fiscale boete.¹⁵⁵ Hiermee werd artikel 6 EVRM geschonden, omdat het ook hier ging om wilsafhankelijk materiaal dat met onaanvaardbare druk van de verzoeker was verkregen.¹⁵⁶ Het wilsafhankelijke karakter

¹⁵¹ EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699, m.nt. Kn, par. 69 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*). Meer dan dertig jaar eerder kwam ook de Hoge Raad al tot de conclusie dat vingerafdrukken, bloedmonsters, et cetera niet de bescherming van het nemo tenetur beginsel genieten, HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470, m.nt. Pompe (*Bloedproef II*). Dit, gelet op een reeds eerder door de Hoge Raad gemaakt onderscheid tussen meewerken en dulden, dat voor het eerst in de schijnwerpers werd gezet door A-G Van Asch van Wijck in zijn conclusie bij het arrest HR 5 juni 1951, NJ 1951, 520 m.nt. WP (*Bloedproef I*). Hij betoogde toentertijd dat oude rechtspraak van de Hoge Raad noopte tot de conclusie dat een meewerkverplichting onder het nemo tenetur beginsel ontoelaatbaar was. De verplichting tot dulden oordeelde hij daarentegen als in beginsel wel acceptabel. Hazewinkel-Suringa suggereert op haar beurt hetzelfde. Zij erkent het bestaan van duldplichten in onder andere artikelen 56 en 95 Sr, maar daarnaast is zij van mening dat uit artikelen 29, 219 en 107 Sv voortvloeit dat medewerking in beginsel niet kan worden gevegd, zie Hazewinkel-Suringa, AA 1951, p. 45-49. Zie verder Koops 2000, p. 52-54 en contrair Noot Schalken, paragrafen 3-4 bij HR 2 juli 1990, NJ 1990, 751 m.nt. Sch (*Wangsljijm*).

¹⁵² EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485, m.nt. Kn (*Funke t. Frankrijk*).

¹⁵³ Conclusie A-G Niessen bij HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1359, par. 4.11.

¹⁵⁴ Pelcher, *NTFR* 2012, 27, p. 1-3.

¹⁵⁵ EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 65-69 (*J.B. t. Zwitserland*).

¹⁵⁶ EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 68 (*J.B. t. Zwitserland*).

van dat materiaal lag, volgens de analyse van A-G Wattel, ook hier in de omstandigheid dat van de verdachte actie werd verlangd: van J.B. werd verwacht dat hij zelf over de brug zou komen met documenten, die vervolgens in een strafzaak als bewijsmiddelen tegen hem zouden kunnen worden aangewend. Wattel leidt daaruit af dat bepalend is voor de vraag of het gaat om wilsafhankelijk materiaal, of het verlangde bewijs zonder hulp van verdachte en dus eigenmachtig door de overheid kan worden verkregen. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer bij verdachte bloed of wangslim wordt afgenomen: de verdachte hoeft dit slechts te dulden.¹⁵⁷ Mijns inziens moet dit – zoals A-G Vellinga ook meent, maar in afwijking van het standpunt van de Nederlandse Hoge Raad¹⁵⁸ – aldus worden bekeken, dat het materiaal naar zijn aard weliswaar wilsonafhankelijk is, maar dat het terechtkomen daarvan in handen van de politie en aldus het bestaan van dat materiaal *als zijnde bewijsmateriaal* wél afhankelijk is van de wil van de verdachte.¹⁵⁹ Zonder een wilsbepaling van de verdachte daaromtrent, kwam noch in de zaak Funke, noch in de zaak J.B. het verzochte materiaal als bewijsmateriaal in het politiedossier terecht. Het EHRM liet hiermee de uitgezette Saunders-lijn in stand.¹⁶⁰

Verdere nuancering van de Saunders-jurisprudentie en het daarin gemaakte onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal treffen we aan in de zaak Jalloh, die hiervoor reeds aan bod kwam. We zagen dat onmenselijke behandeling in de zin van artikel 3 EVRM het voornoemde ‘ongeoorloofde dwang’-vereiste ter vaststelling van een schending van het nemo tenetur beginsel in de regel kan vervullen. Echter, ook met betrekking tot de vraag naar de wilsafhankelijkheid van het verkregen bewijs is Jalloh een belangrijk arrest. Het EHRM herhaalt in deze uitspraak dat het nemo tenetur beginsel voornamelijk ziet op het respecteren van de wil van de verdachte, daar waar het gaat om zijn verbale uitlatingen: het zwijgrecht. Het verkrijgen van tastbaar bewijsmateriaal dat in de regel niet aan de wil van verdachte is gerelateerd, lijkt het

¹⁵⁷ Conclusie A-G Wattel bij HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR2013:BZ3640, par. 6.7.

¹⁵⁸ In zijn arrest van 23 april 2015 (ECLI:NL:HR:2015:1130), r.o.v. 4.4.2 koppelt de Hoge Raad de kwalificatie van bewijsmateriaal als (on)afhankelijk van de wil van verdachte uitdrukkelijk aan het al dan niet fysieke bestaan van dit materiaal, zie ook Conclusie A-G Vellinga bij HR 24 november 2015, NJ 2016, 58, par. 13. Hiermee wordt de jurisprudentiële lijn van het EHRM feitelijk miskend: onder andere in de zaken J.B. en Funke worden documenten onder de gegeven omstandigheden – ondanks het fysieke karakter ervan – wel degelijk als wilsafhankelijk materiaal aangemerkt. Zie EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 68 (*J.B. t. Zwitserland*) en EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485, m.nt. Kn, p. 44 (*Funke t. Frankrijk*).

¹⁵⁹ Conclusie A-G Vellinga bij HR 24 november 2015, NJ 2016, 58, par. 13. Vgl. EHRM 5 juli 2012, 11663/04 (*Chambaz t. Zwitserland*). Zie verder Conclusie A-G Niessen bij HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1359, par. 4.31.

¹⁶⁰ Zie verder o.a. Koops & Stevens, *DD* 2003, 3, p. 281-294.

EHRM in beginsel niet onder de bescherming van artikel 6 EVRM te willen plaatsen, wat maakt dat dwang ter verkrijging van dit soort bewijsmiddelen doorgaans geen inbreuk maakt op het recht op een eerlijk proces.¹⁶¹ Echter, een ruimere reikwijdte van het nemo tenetur beginsel blijkt niet uitgesloten. In het onderhavige geval kwam het EHRM toch tot een schending van artikel 6 EVRM, door het wilsonafhankelijke bewijsmateriaal in kwestie – de aangetroffen drugs – uitdrukkelijk toch onder de reikwijdte van het nemo tenetur beginsel te scharen.¹⁶² Om te beginnen staaft de Hof dit door te refereren aan het arrest Saunders, waarin werd bepaald dat het nemo tenetur beginsel in de kern ziet op het zwijgrecht en zich dientengevolge in principe niet uitstrekt over documenten, adem, bloed, urine, lichaamswefsel en DNA-materiaal. Hoewel ook het onderhavige niet-lichaamseigen, maar wel uit het lichaam afkomstige bewijsmateriaal wilsonafhankelijk van aard was, kon het hiermee echter niet over één kam worden geschoren.¹⁶³ Het ging allereerst namelijk niet om menselijk materiaal dat in het kader van een forensisch onderzoek was verzameld om later te worden onderzocht en geïnterpreteerd, maar de mogelijke gevolgen van de verkrijging van dit materiaal waren veel groter: op zichzelf, zelfs zonder forensisch onderzoek of een aanzienlijke hoeveelheid steunbewijs, ging het hier om de verkrijging ‘real evidence’ die van doorslaggevende invloed kon zijn op het proces van Jalloh.¹⁶⁴ Verder was ook de aard en mate van de toegepaste dwang – onmenselijke en vernederende behandeling in de zin van artikel 3 EVRM nota bene – voor het Straatsburgse hof een aanleiding om in het arrest Jalloh een uitzondering te maken op de hoofdregel dat wilsonafhankelijk materiaal niet door het nemo tenetur beginsel wordt gedekt.¹⁶⁵ Het wilsonafhankelijke karakter van het onder verdachte verkregen materiaal is dus weliswaar richtinggevend, maar niet meer een absoluut noodzakelijk vereiste om te kunnen komen tot een schending van het nemo tenetur beginsel.

¹⁶¹ Conclusie A-G Niessen bij HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1359, par. 4.22 met verwijzing naar EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 111 (*Jalloh t. Duitsland*).

¹⁶² EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 113-116 (*Jalloh t. Duitsland*).

¹⁶³ EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 112-113 (*Jalloh t. Duitsland*), met verwijzing naar EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699, m.nt. Kn, par. 69 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*). Zie o.a. ook EHRM 21 juli 2009, 19235/03, par. 69 (*Marttinen t. Finland*).

¹⁶⁴ EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 113 (*Jalloh t. Duitsland*). Vgl. EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485, m.nt. Kn (*Funke t. Frankrijk*) en EHRM 3 mei 2001, 31827/96 (*J.B. t. Zwitserland*).

¹⁶⁵ EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 114-115 (*Jalloh t. Duitsland*).

3.3.3 Het gebruik van het vergaarde materiaal

Een derde en laatste vereiste waaraan moet worden voldaan, wil van een schending van het nemo tenetur beginsel kunnen worden gesproken, betreft het (mogelijke) gebruik van het onder dwang verzamelde en doorgaans wilsafhankelijke materiaal. Daarbij staat de vraag centraal of het verkregen bewijs van doorslaggevend belang kan zijn voor een bewezenverklaring of strafoplegging, en of de verdachte hierdoor in ernstige mate in zijn procesautonomie wordt beperkt.¹⁶⁶ De arresten Gäfgen, O'Halloran & Francis en Marttinen illustreren dit nader.

In de zaak Gäfgen ten eerste, komt duidelijk aan de orde dat ongeoorloofde dwang in combinatie met wilsafhankelijk materiaal *an sich* nog geen schending van het nemo tenetur beginsel met zich brengt. Hoewel Gäfgen ter verkrijging van een bekentenis op onmenselijke wijze werd mishandeld¹⁶⁷, leidde dit – ondanks hetgeen zo'n vier jaar eerder werd beslist in de zaak Jalloh¹⁶⁸ – niet tot een schending van het nemo tenetur beginsel. Gäfgen legde weliswaar onder dreiging van foltering een bekentenis af¹⁶⁹, maar omdat de afgedwongen bekentenis door de Duitse rechter van het bewijs werd uitgesloten, kon van een schending van artikel 6 EVRM niet worden gesproken.¹⁷⁰ Een bijkomende doorslaggevende omstandigheid was dat Gäfgen ter zitting opnieuw en vrijwillig een bekennende verklaring aflegde.¹⁷¹ Wanneer een verdachte, ondanks ongeoorloofde op hem uitgeoefende druk, de ruimte behoudt om zelf zijn proceshouding te bepalen, zal van strijd met het nemo tenetur beginsel doorgaans geen sprake zijn.¹⁷²

Ook de zaken O'Halloran en Francis verdienen in dit opzicht aandacht. De weigering bewijs tegen zichzelf te leveren door geen antwoord te geven op de vraag wie de bestuurder was van de auto op het moment dat te hard werd gereden, werd in deze gevallen met dezelfde straf bedreigd als de oorspronkelijke snelheidsovertreding waarvan de verzoekers werden verdacht. Het EHRM benadrukte ook hier dat een op ongeoorloofde wijze afgedwongen verklaring – zoals we

¹⁶⁶ Van Toor 2011, p. 630-631 met verwijzing naar EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 66 (*J.B. t. Zwitserland*).

¹⁶⁷ EHRM 1 juni 2010, 22978/05, par. 131-132 (*Gäfgen t. Duitsland*).

¹⁶⁸ EHRM 11 juli 2006, 54810/00, 82-83 (*Jalloh t. Duitsland*).

¹⁶⁹ EHRM 1 juni 2010, 22978/05, par. 14-16 (*Gäfgen t. Duitsland*).

¹⁷⁰ EHRM 1 juni 2010, 22978/05, par. 172, 179-188 (*Gäfgen t. Duitsland*). Vergelijk ook met de recente zaak EHRM 25 februari 2016, 34006/06, par. 62 (*Zyakun t. Oekraïne*). In die zaak werd het in strijd met artikel 3 EVRM verkregen materiaal wel gebruikt. Het EHRM besliste dat het in een dergelijk geval niet meer uitmaakt of het betrokken bewijs slechts geringe incriminerende waarde heeft of niet als doorslaggevend kon worden aangemerkt. De loutere toelating van de als gevolg van behandeling in strijd met artikel 3 EVRM leidt reeds tot een schending van artikel 6 EVRM.

¹⁷¹ EHRM 1 juni 2010, 22978/05, par. 172, 179-188 (*Gäfgen t. Duitsland*).

¹⁷² Zie ook Van Toor 2011, p. 630.

in de zaak Gäfgen reeds zagen – niet direct leidt tot een schending van artikel 6 EVRM.¹⁷³ Het nemo tenetur beginsel heeft namelijk geen absolute gelding, zo herhaalde het EHRM.¹⁷⁴ Doorslaggevend in deze casus was de gelimiteerde aard van de onderzoeksbevoegdheden van de politie, waardoor, ondanks de toegepaste dwang, verregaande zelfincriminatie door de verdachten niet mogelijk was.¹⁷⁵ Bovendien waren de onder druk verkregen bewijsmiddelen van O’Halloran en Francis uiteindelijk niet beslissend voor de bewezenverklaring of strafoplegging. De vraag naar de personalia van de bestuurder werd namelijk niet (primair) gesteld ter vaststelling van schuld aan de snelheidsovertreding, maar veeleer ter regulering van het verkeer.¹⁷⁶ Voor de vraag of het nemo tenetur beginsel is geschonden, is dus niet alleen relevant of de autoriteiten bewust hebben besloten het onder dwang verkregen materiaal niet voor het bewijs te gebruiken. Eveneens de omstandigheid dat het betrokken materiaal niet was bestemd om als bewijs te worden gebruikt, of hiervoor niet in verregaande mate kón worden gebruikt, speelt mee. Voorts vermoed ik dat ook de geringe ernst van het in de zaken O’Halloran en Francis centraal staande strafbare feit een rol heeft gespeeld.¹⁷⁷

Tot slot is de zaak *Marttinen versus Finland* relevant daar waar het gaat om het gebruik van onder dwang verkregen bewijsmateriaal. In deze zaak werd van de gefailleerde *Marttinen* verlangd dat hij aan zijn schuldeisers informatie zou verstrekken over zijn bezittingen. Dit weigerde hij echter met een beroep op het nemo tenetur beginsel, daar er met betrekking tot dezelfde feiten tevens een strafrechtelijk onderzoek naar faillissementsfraude liep.¹⁷⁸ Opmerkelijk was de uitspraak van het Straatsburgse hof in dit kader:

“The Court points out that in previous cases it has expressly found that there is no requirement for allegedly incriminating evidence obtained by coercion to be actually used in criminal proceedings before the right not to incriminate oneself applies.”¹⁷⁹

¹⁷³ EHRM 29 juni 2007, 15809/02 en 25624/02, par. 53-56 (*O’Halloran en Francis t. Verenigd Koninkrijk*).

¹⁷⁴ EHRM 29 juni 2007, 15809/02 en 25624/02, par. 46 (*O’Halloran en Francis t. Verenigd Koninkrijk*), met verwijzing naar EHRM 8 februari 1996, *NJ* 1996, 725, m.nt. Kn (*John Murray t. Verenigd Koninkrijk*). Vgl. HR 15 februari 1977, *NJ* 1977, 577. Zie ook HR 25 oktober 1993, *NJ* 1994, 629, m.nt. C.

¹⁷⁵ EHRM 29 juni 2007, 15809/02 en 25624/02, par. 58 (*O’Halloran en Francis t. Verenigd Koninkrijk*). Zie ook Van Toor 2011, p. 630.

¹⁷⁶ Van Toor 2011, p. 630, met verwijzing naar EHRM 29 juni 2007, 15809/02 en 25624/02, par. 25-31 (*O’Halloran en Francis t. Verenigd Koninkrijk*).

¹⁷⁷ Zie EHRM 11 juli 2006, 54810/00, par. 117 (*Jalloh t. Duitsland*).

¹⁷⁸ EHRM 21 juli 2009, 19235/03, par. 16, 12 en 39 (*Marttinen t. Finland*).

¹⁷⁹ EHRM 21 juli 2009, 19235/03, par. 64 (*Marttinen t. Finland*).

Met verwijzing naar de eerdere arresten Heany and McGuinness en Funke kwam het EHRM tot de conclusie dat niet slechts het daadwerkelijke gebruik in een strafrechtelijke vervolging van in een andere procedure vergaard bewijsmateriaal van belang is voor de vraag of kan worden gesproken van een schending van artikel 6 EVRM. Reeds de mogelijkheid dat het betrokken bewijs in een strafrechtelijke procedure wordt gebruikt is daarvoor voldoende.¹⁸⁰

3.4 Nemo tenetur en de vaststelling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico

Na een uitvoerig onderzoek naar de betekenis van het nemo tenetur beginsel, en bovendien een uitgebreid antwoord op de vraag wanneer dit beginsel wordt geschonden, moet nog een laatste horde worden genomen alvorens een toets kan plaatsvinden van neuroimaging aan het nemo tenetur beginsel. Vastgesteld moet worden of het nemo tenetur beginsel geacht mag worden zich uit te strekken over de beoordeling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico. Om dit vast te stellen, moet allereerst worden teruggegrepen op de momenten in het strafproces waarin de toerekeningsvatbaarheid en het recidiverisico worden beoordeeld.

In hoofdstuk twee kwam het reeds eerder aan bod: de toerekeningsvatbaarheid van een verdachte wordt onderzocht in het kader van het strafrechtelijk opsporingsonderzoek. Zuiver procesrechtelijk gaat het dan om de eerste of de derde vraag van het beslissingsmodel van artikel 350 Sv.¹⁸¹ Wanneer ‘schuld’ als zijnde een ‘bestanddeel’ deel uitmaakt van de wettelijke delictomschrijving van het betrokken strafbare feit¹⁸², dan zal dit bestanddeel ook in de tenlastelegging opgenomen zijn. De eerste hoofdvraag onder artikel 350 Sv, de vraag of het ten laste gelegde feit bewezen kan worden, zal dan met de eventuele aanwezigheid van een schulduitsluitingsgrond – zoals ontoerekeningsvatbaarheid – in het achterhoofd beantwoord moeten worden. Is de verdachte inderdaad ontoerekeningsvatbaar, dan zal de tenlastegelegde schuld niet bewezen kunnen worden en gaat de verdachte vrijuit. Wanneer schuld echter niet reeds

¹⁸⁰ EHRM 21 juli 2009, 19235/03, par. 64 (*Martinen t. Finland*), met verwijzing naar EHRM 21 december 2000, 3720/97, par. 43-46 (*Heany and McGuinness t. Ierland*) en EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485, m.nt. Kn, par. 39-40 (*Funke t. Frankrijk*). Zie ook Cleiren & Fokkens 2013, p. 198; Zeeman & Feenstra, *TBS&H* 2014, 2, p. 47-58 en Verbruggen, *TBS&H* 2014.

¹⁸¹ Zie Koopmans 2013. De eerste vraag van artikel 350 Sv luidt: ‘*is het ten laste gelegde feit bewezen?*’. De derde vraag luidt: ‘*is de verdachte strafbaar?*’.

¹⁸² Zie bijv. artikelen 283, 307, 308, etc. Sr.

bij de bewijsvraag aan de orde komt, dan komt een ontoerekeningsvatbaarheidsverweer pas aan bod bij de derde vraag die de rechter wordt geacht zich te stellen op grond van artikel 350 Sv: *is de verdachte strafbaar?* Ontoerekeningsvatbaarheid is namelijk een schulduitsluitingsgrond, en valt daarmee onder de ruimere verzameling van strafuitsluitingsgronden.¹⁸³

De voorgaande uiteenzetting over de verschillende vragen van artikel 350 Sv lijkt op het eerste gezicht met betrekking tot het nemo tenetur beginsel – voor een jurist althans – van groot belang. Nemo tenetur, het beginsel dat op hoofdlijnen garandeert dat niemand hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling, lijkt namelijk slechts te zien op het bewijs van een strafbaar feit. Daarmee zou het nemo tenetur beginsel op het eerste gezicht ook uitsluitend relevant zijn voor de eerste vraag van artikel 350 Sv, de vraag of het strafbare feit bewezen kan worden. Dat zou betekenen dat het onderhavige beginsel weliswaar kán gelden in het kader van het onderzoek Pro Justitia, waarbinnen zowel de toerekeningsvatbaarheid en het recidiverisico van een verdachte worden beoordeeld, maar dat dat niet vanzelfsprekend is. Wanneer ‘schuld’ niet in de tenlastelegging is opgenomen en een eventueel toerekeningsvatbaarheidsvraagstuk dus opkomt in een later stadium, namelijk ter beantwoording van de derde vraag van artikel 350 Sv, dan zou van nemo tenetur geabstraheerd moeten worden. De fase waarin iemand ‘gedwongen (actief of passief) bewijs tegen zichzelf zou kunnen leveren’ is dan namelijk voorbij. Echter, zo zit het niet.

Het bovenstaande formalistische onderscheid dat strikt juridisch-technisch verdedigbaar schijnt, lijkt mijns inziens in de praktijk toch anders te werken. Dit vermoeden rijst reeds na bestudering van de Straatsburgse zaak Geerings tegen Nederland. Hieruit blijkt dat in elk geval de sterk aan het nemo tenetur beginsel verwante¹⁸⁴ onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM op de gehele strafprocedure van toepassing is.¹⁸⁵ Wat mij betreft kan deze beslissing, gelet op de kern en ratio van artikel 6 EVRM in strafzaken – namelijk dat bescherming kan worden geboden wanneer sprake is van een zogenaamde ‘*criminal charge*’¹⁸⁶, een beschuldiging – tot het nemo tenetur beginsel worden doorgetrokken. Een logisch gevolg van de vaststelling dat een criminal charge geldt als ingangsvereiste voor de nemo teneturbescherming van artikel 6 EVRM, is dan ook dat wanneer niet meer van een beschuldiging kan worden gesproken, ook de bescherming van

¹⁸³ Kelk & De Jong 2013, p. 320 e.v.

¹⁸⁴ Swart, AA 1993, p. 676.

¹⁸⁵ EHRM 1 maart 2007, 30810/03, par. 43 (*Geerings t. Nederland*).

¹⁸⁶ EHRM 8 april 2004, 38544/97 (*Weh t. Oostenrijk*).

artikel 6 EVRM ophoudt. Artikel 6 EVRM verschaft aldus geen bescherming voor de fase die aan het ontstaan van een verdenking (beschuldiging) voorafgaat, en ook nadat deze fase is geëindigd – door staking van de vervolging, dan wel door vrijspraak, ontslag van alle rechtsvervolging of veroordeling – biedt het recht op een eerlijk proces van artikel 6 EVRM, waaronder het nemo tenetur beginsel, geen bescherming meer. Wanneer echter nog sprake is van een beschuldiging en daarmee tevens van een beschuldigde, biedt dit artikel wél soelaas. In nationaalrechtelijke termen blijkt dit tevens uit artikel 29 Sv, het Nederlandse strafwetsartikel waarin de kern van het nemo tenetur beginsel is vervat: het zwijgrecht.¹⁸⁷ Dat artikel spreekt, daar waar het gaat om de rechtsbescherming die eraan kan worden ontleend, exclusief over het begrip ‘verdachte’¹⁸⁸. Ook daaruit mag worden afgeleid dat het nemo tenetur beginsel geldt gedurende de tijdspanne waarin van een verdachte, van een verdenking, dan wel van een beschuldiging kan worden gesproken.

De vraag wanneer het nemo tenetur beginsel aan een justitiabele bescherming zou kunnen bieden wanneer zijn toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico middels een hersenscan worden onderzocht, is hiermee wat mij betreft beantwoord: zolang sprake is van een verdenking en van een verdachte, moet het nemo tenetur beginsel in acht worden genomen. Daarvoor of daarna komt aan dit beginsel, net zoals dat geldt voor de overige aan artikel 6 EVRM te ontleenen rechten, geen werking toe. Wanneer Pro Justitia onderzoek naar verdachtes toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico wordt afgenomen ten behoeve van de beantwoording van de eerste en derde vraag van artikel 350 Sv – dus in het kader van het opsporingsonderzoek – geldt het nemo tenetur beginsel aldus. Echter, daar waar risicotaxatie plaatsvindt in een later stadium – bijvoorbeeld in het kader van een verlofaanvraag van een tbs-gestelde – lijkt met nemo tenetur geen rekening meer gehouden te hoeven worden. Hierover kan overigens wel degelijk worden gediscussieerd: hoewel in de jurisprudentie geen aanknopingspunten zijn te ontdekken die nopen tot een ruimere werkingssfeer van het nemo tenetur beginsel van artikel 6 EVRM, is niet te ontkennen dat ook verlof-, beëindigings- en andere beslissingen in het kader van bijvoorbeeld een tbs-maatregel grote gevolgen kunnen hebben voor een justitiabele. Een te hoog ingeschat risico kan maken dat iemands

¹⁸⁷ Zie o.a. Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 33, Stevens 2005, p. 39 en Koops 2012, p. 38.

¹⁸⁸ Artikel 27 leden 1 en 2 Sv: *‘Als verdachte wordt vóórdát de vervolging is aangevangen, aangemerkt degene te wiens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit voortvloeit. Daarna wordt als verdachte aangemerkt degene tegen wie de vervolging is gericht.’* Om als verdachte te kunnen worden aangemerkt moet dus sprake van 1) een strafbaar feit; 2) een redelijk vermoeden van schuld van de betrokkene aan een strafbaar feit; 3) dat vermoeden is op feiten en omstandigheden gebaseerd. Zie Corstens & Borgers 2014, p. 87-90.

tbs-maatregel wordt verlengd, dat hem zijn verlof wordt ontnomen, et cetera, hetwelk zowaar zou kunnen nopen tot een uitbreiding van de beschermingsreikwijdte van het nemo tenetur beginsel. In de onderhavige studie zal niettemin worden uitgegaan van de hiervoor besproken tweedeling: beoordelingen van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico genieten in de ‘verdenkingsfase’ de bescherming van het nemo tenetur beginsel, maar daarvoor of daarna niet meer.

3.5 Slot

In dit derde hoofdstuk werd het nemo tenetur beginsel besproken. Vastgesteld moest worden dat nemo tenetur een ingewikkeld begrip betreft, dat niet voor één uitleg vatbaar is. Om die reden werd voor het overige gewerkt aan de hand van de uitleg die het EHRM in de afgelopen jaren aan het nemo tenetur beginsel van artikel 6 EVRM heeft gegeven. In navolging van Van Toor werd een op artikel 6 EVRM geënt toetsingskader geformuleerd, aan de hand waarvan de toelaatbaarheid van het fenomeen neuroimaging ter beoordeling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico in het vierde hoofdstuk van dit onderzoek zal kunnen worden getoetst. In dat beoordelingskader staan de drie pijlers ‘onoorloofde dwang’, ‘wils(on)afhankelijkheid’ en ‘het gebruik van het vergaarde materiaal’ centraal, met dien verstande dat bij wijze van ingangsvoorwaarde sprake dient te zijn van een ‘criminal charge’. Wordt aldus wilsafhankelijke informatie verkregen door toepassing van onoorloofde dwang en wordt dit materiaal vervolgens in een punitieve procedure daadwerkelijk of mogelijk tegen de verdachte gebruikt, dan kan worden gesproken van een schending van het nemo tenetur beginsel van artikel 6 EVRM. Dit hoofdstuk werd afgesloten met een beschouwing over de reikwijdte van het nemo tenetur beginsel. Aangenomen werd dat deze zich uitstrekt over toerekeningsvatbaarheidsbeoordelingen en risicotaxaties in het kader van het strafrechtelijke opsporingsonderzoek. Buiten die context biedt het nemo tenetur beginsel geen bescherming meer.

4. Neuroimaging in het licht van het nemo tenetur beginsel

4.1 Inleiding

Om te beoordelen welke grenzen het nemo tenetur beginsel nu daadwerkelijk stelt aan het gebruik van neuroimaging bij de beoordeling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico, zal het in hoofdstuk drie uitgewerkte toetsingskader als stappenplan worden gehanteerd. Daarbij dient in het achterhoofd gehouden te worden dat, gelet op het in paragraaf 3.4 besprokene, het navolgende slechts ziet op de besproken ‘verdenkingsfase’. In het kader van deze toets worden de structurele en functionele neuroimagingtechnieken bij elke toetssteen gezamenlijk besproken. Wanneer het onderscheid tussen deze verschillende scantypen echter van belang is, zullen deze categorieën separaat worden behandeld.

4.2 Ongeoorloofde dwang

Allereerst dient, om te kunnen komen tot een schending van het nemo tenetur beginsel als bedoeld in artikel 6 EVRM, sprake te zijn van ongeoorloofde dwang. In paragraaf 3.3.1 werden hiervan reeds verschillende vormen besproken. Zo werd om te beginnen als onaanvaardbare dwang aangemerkt de substantiële strafbedreiging – van geldboete tot gevangenisstraf – op het zichzelf niet incrimineren, zoals zich voordeed in de zaken Quinn, Funke en J.B.¹⁸⁹ Echter, in de zaken O’Halloran en Francis schetste het EHRM een ander beeld: onder andere wegens het hogere doel van de betrokken sanctionering van het niet-meewerken – namelijk de regulering van het verkeer – was geen sprake van strijd met het nemo tenetur beginsel.¹⁹⁰ Een conclusie die hieruit zou kunnen worden getrokken, is dat de bestraffing of beboeting van het niet-meewerken aan een hersenscan – of aan zelfincriminatie op enigerlei andere wijze – kán leiden tot ongeoorloofde dwang. Echter, concrete omstandigheden van het geval kunnen maken dat de betrokken dwang toch toelaatbaar is. Juist omdat neuroimaging (zeker in termen van nemo tenetur) nog een relatief nieuw fenomeen is, kan niet met zekerheid worden gezegd of een gesanctioneerde

¹⁸⁹ EHRM 21 december 2000, 36887/97, par. 12-14 en 56 (*Quinn t. Ierland*), EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485, m.nt. Kn, par. 11-12 en 44 (*Funke t. Frankrijk*) en EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 65-71 (*J.B. t. Zwitserland*).

¹⁹⁰ EHRM 29 juni 2007, 15809/02 en 25624/02, par. 25-31 (*O’Halloran en Francis t. Verenigd Koninkrijk*). Iets vergelijkbaars zien we ook terug in artikel 163, leden 2, 6 en 8 van de Nederlandse Wegenverkeerswet (WVW), in samenhang met artikelen 175 lid 3, 176 lid 3 en 179 lid 1 WVW: de Nederlandse wetgever acht een gesanctioneerde meewerkverplichting aan een bloed- of ademanalyse kennelijk toelaatbaar.

meewerkverplichting aan een hersenscan in het kader van een onderzoek Pro Justitia toelaatbaar moet worden geacht. Dat neemt overigens niet weg dat ik – met de *ultimum remedium*-gedachte in het achterhoofd¹⁹¹ – van mening ben dat een dermate ingrijpend onderzoek als een hersenscan door een verdachte in principe straffeloos geweigerd moet kunnen worden, zeker gelet op de verschillende alternatieven die bestaan om de toerekeningsvatbaarheid en het recidiverisico van een verdachte in te schatten.

De dwang die op verdachte Jalloh werd uitgeoefend was van heel andere aard, en heeft daarom voor hersenscans ook weer andere implicaties. Een verdachte mag niet worden onderworpen aan foltering, onmenselijke of vernederende behandeling als bedoeld in artikel 3 EVRM – ook niet ter verkrijging van bewijsmateriaal van hem, zo stelde het EHRM vast in 2011.¹⁹² Voor hersenscans in het kader van de toerekeningsvatbaarheids- en recidiverisicobeoordeling betekent dit dat dergelijke scans op een waardige wijze verricht zullen moeten worden, zodat de ondergrens van artikel 3 EVRM wordt gerespecteerd.¹⁹³ Echter, omdat die ondergrens niet vastligt en in elk individueel geval opnieuw zal moeten worden beoordeeld, kan niet concreet worden vastgesteld welke mate van dwang in de zin van artikel 3 EVRM is geoorloofd, en welke het zogenaamde *minimum level of severity* overschrijdt.¹⁹⁴ Als ijkpunt kan echter wel de jurisprudentie van het EHRM dienen: het bedreigen van een verdachte met foltering en hevige pijn¹⁹⁵ ter vervaardiging van een scan of het onder dwang (slaap)medicatie toedienen aan de verdachte zodat hij stil blijft liggen¹⁹⁶ lijken in ieder geval vermeden te moeten worden. Daarnaast maakt ook het volledig fixeren ten behoeve van een scan wat mij betreft grote kans om de ondergrens van artikel 3 EVRM te passeren, of in ieder geval een vorm van ‘ongeoorloofde dwang’ op te leveren.¹⁹⁷

¹⁹¹ Zie hierover verder Crijns, AA 2012, p. 11-18.

¹⁹² EHRM 11 juli 2006, 53810/00 (*Jalloh t. Duitsland*). Zie ook EHRM 1 juni 2010, 22978/05 (*Gäfgen t. Duitsland*).

¹⁹³ EHRM 11 juli 2006, 53810/00, par. 67 (*Jalloh t. Duitsland*): “According to the Court’s well-established case-law, ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of article 3. The assessment of this minimum level of severity is relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim.” Zie verder EHRM 18 januari 1978, 5310/71, par. 162 (*Ierland t. Verenigd Koninkrijk*).

¹⁹⁴ EHRM 18 januari 1978, 5310/71, par. 162 (*Ierland t. Verenigd Koninkrijk*).

¹⁹⁵ EHRM 1 juni 2010, 22978/05 (*Gäfgen t. Duitsland*).

¹⁹⁶ Vgl. EHRM 11 juli 2006, 53810/00 (*Jalloh t. Duitsland*) en EHRM 11 oktober 2011, 30951/10, par. 51-53 (*Gorobet t. Moldavië*).

¹⁹⁷ Vgl. MDAC 2014, p. 10 en EHRM 17 juli 2014, 32541/08 en 43441/08 (*Svinarenko en Slyadnev t. Rusland*).

Ten derde zetten recente uitspraken van het Straatsburgse hof zoals *Salduz*¹⁹⁸ en *Tikhonov*¹⁹⁹ aan tot nadenken. Op grond van de *Salduz*-jurisprudentie van het EHRM heeft een verdachte vanaf het eerste politieverhoor recht op rechtsbijstand door een raadsman²⁰⁰, hetwelk sedert 1 maart 2016 in Nederland zodanig is vormgegeven, dat de verdachte recht heeft op de fysieke aanwezigheid van een advocaat bij het politieverhoor.²⁰¹ Wanneer een verdachte in strijd met deze regel een (belastende) verklaring aflegt, terwijl hij geen bijstand van een raadsman heeft genoten ten aanzien van dat verhoor, kan dit tot gevolg hebben dat een en ander moet worden aangemerkt als ongeoorloofde dwang tot zelfincriminatie.²⁰² De grote (incriminerende) potentie van neuroimaging die in hoofdstuk twee aan bod kwam, noopt er mijns inziens toe om deze rechtsregel deels tot het terrein van de hersenscans door te trekken. Met betrekking tot structurele neuroimagingstechnieken zal een advocaat weliswaar weinig kunnen toevoegen aan de rechtsbescherming van een verdachte, maar ten aanzien van functionele neuroimagingstechnieken ligt dit anders. Het resultaat van functionele hersenscans hangt namelijk grotendeels af van de keuze van de verdachte om al dan niet mee te werken aan het onderzoek en dat maakt het in zekere zin met een verhoorsituatie vergelijkbaar. Reeds eerder sprak ik in dit kader dan ook over het ‘doen spreken’ van het brein. Om die reden lijkt bijstand door een raadsman ook in dit kader geboden: adequate voorlichting en ondersteuning door een advocaat kunnen ervoor zorgen dat ongeoorloofde dwang op de verdachte vermeden kan worden. Gelet op het feit dat bij hersenscans wordt gewerkt met straling, grote machines, et cetera ligt het overigens niet voor de hand om in deze context uit te gaan van een aanwezigheidsrecht van de raadsman. Het recht een raadsman te raadplegen voorafgaande aan de scan zal vermoedelijk voldoende zijn.

Tot slot wijs ik nog op de zaken *Teixeira de Castro en Allan*.²⁰³ Hieruit blijkt dat verdachten niet zodanig mogen worden misleid, dat hun verklaringsvrijheid op ontoelaatbare wijze wordt ingeperkt²⁰⁴ om zo alsnog een bekentenis of andersoortig zelfincriminerend bewijs te verkrijgen.

¹⁹⁸ EHRM 27 november 2008, 36391/02 (*Salduz t. Turkije*).

¹⁹⁹ EHRM 10 december 2015, 17969/09 (*Tikhonov t. Oekraïne*).

²⁰⁰ EHRM 27 november 2008, 36391/02, par. 55 (*Salduz t. Turkije*).

²⁰¹ HR 22 december 2015, *NJ* 2016, 52, m.nt. Klip, r.o. 6.3. Zie ook Stcrt. 23 februari 2016, nr. 8884 en Brief van de Minister d.d. 11 februari 2016 betreffende: ‘Toepassing recht op verhoorsbijstand per 1 maart 2016’.

²⁰² EHRM 10 december 2015, 17969/09, par. 53 (*Tikhonov t. Oekraïne*).

²⁰³ EHRM 9 juni 1998, *NJ* 2001, 471, m.nt. Kn (*Teixeira de Castro t. Portugal*) en EHRM 5 november 2002, 48539/99 (*Allan t. Verenigd Koninkrijk*).

²⁰⁴ EHRM 9 juni 1998, *NJ* 2001, 471, m.nt. Kn, par. 39 (*Teixeira de Castro t. Portugal*) en EHRM 5 november 2002, 48539/99, par. 44-53 (*Allan t. Verenigd Koninkrijk*).

Voor wat het gebruik van neuroimaging in het strafrecht betreft, brengt dit met zich dat verdachten – alvorens de scanner in geschoven te worden – in voldoende mate op de hoogte moeten zijn van de procedure. Vragen als ‘*wat gebeurt er in die scanner?*’; ‘*wat voor gevolgen heeft dit voor mijn proces?*’ en ‘*wat kunnen wetenschappers wel en niet uit een scan van mijn hersenen afleiden?*’ moeten in principe beantwoord zijn. Is dat niet het geval, dan is de kans groot dat, net zoals gold voor de zaken Teixeira de Castro en Allan, aan het eerste vereiste ter vaststelling van een schending van het nemo tenetur beginsel kan worden voldaan.

4.3 Wils(on)afhankelijkheid

In de voorgaande paragraaf werd duidelijk dat de toepassing van ongeoorloofde dwang bij het afnemen van hersenscans in een justitieel kader niet uitgesloten is. Daarmee ligt ook de mogelijkheid tot een schending van het nemo tenetur beginsel door het afnemen van deze scans nog open. Dit maakt dat ook de tweede en derde stap tot aan een schending van het nemo tenetur beginsel van artikel 6 EVRM bespreking vergen.

De tweede toetssteen betreft de wils(on)afhankelijkheid van het verkregen materiaal. Een separate behandeling van structurele en functionele neuroimagingtechnieken is hierbij geboden.

4.3.1 Structurele neuroimagingtechnieken

Voor de vraag of gesproken kan worden van wilsafhankelijk, of juist van wilsonafhankelijk materiaal, is een tweetal factoren van belang. Allereerst is de aard van het materiaal in dezen interessant, en ten tweede dient de wijze waarop dit materiaal wordt verkregen in ogenschouw te worden genomen.

In de eerste jaren nadat het arrest Saunders was geweest, bestond de algemene veronderstelling dat het nemo tenetur beginsel aan de verdachte slechts bescherming bood, daar waar het ging om materiaal dat onafhankelijk van zijn wil bestond. Documenten, maar ook bloed, urinemonsters en lichaamsweefsel werden op dit punt buiten de reikwijdte van artikel 6 EVRM geplaatst.²⁰⁵ Structurele hersenscans zouden naar alle redelijkheid in dezelfde categorie geplaatst

²⁰⁵ EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699, m.nt. Kn, par. 69 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*).

moeten worden: de structuur van iemands hersenen is namelijk in dezelfde mate van zijn wil onafhankelijk als dat geldt voor de waarden van zijn bloed of de informatie uit zijn DNA.

Later bleek echter dat ook de wijze waarop het materiaal door de autoriteiten werd verkregen van belang is ter beantwoording van de vraag of er een nemo tenetur-kwestie in het geding is. De arresten Funke en J.B. waren hiervoor illustratief. Hoewel het in beide gevallen ging om documenten – zaken die naar hun aard niet geacht kunnen worden te bestaan of ontstaan afhankelijk van de wil van een verdachte – was hier wel degelijk een schending van het nemo tenetur beginsel in het geding.²⁰⁶ Hierbij was niet de aard van de documenten doorslaggevend, maar juist de wijze waarop de documenten verkregen werden was belangrijk. Wanneer de verkrijging van wilsonafhankelijk materiaal een wilsbepaling van de verdachte vergt, strekt het nemo tenetur beginsel zich hierover dus wel degelijk uit.²⁰⁷ Dat heeft ook betekenis voor de waardering van structurele neuroimagingtechnieken. Een structurele hersenscan, bijvoorbeeld een MRI- of CT-scan, vergt namelijk, ondanks de wilsonafhankelijke aard van het materiaal dat hiermee wordt vervaardigd, wel degelijk tot op zekere hoogte de medewerking van de verdachte. De verdachte moet bijvoorbeeld stil blijven liggen in de MRI-scanner, van hem kan worden gevegd dat hij de op zijn hoofd gefixeerde elektroden laat zitten en in een betrekkelijk zeldzaam geval, wanneer de arts het nodig acht een jodiumhoudend contrastmiddel in te spuiten ten behoeve van een CT-scan, zal hij zijn arm niet weg mogen trekken. Hoewel over de toelaatbaarheid van het inspuiten van voornoemd contrastmiddel kan worden gediscussieerd, gaat het mijns inziens in geen van de voornoemde gevallen om een zodanige bijdrage die van de verdachte wordt verlangd, dat deze boven de categorie ‘dulden’ uitstijgt en dus onder de bescherming van het nemo tenetur beginsel zou moeten vallen.²⁰⁸ Van de verdachte wordt namelijk niet veel anders of meer verwacht dan van de verdachte wiens adem, wangslim, bloed of urine wordt afgenomen. Dit, terwijl het EHRM juist die zaken uitdrukkelijk buiten de reikwijdte van het nemo tenetur beginsel heeft geplaatst.²⁰⁹ Dat brengt met zich dat het afnemen van structurele hersenscans in beginsel niet in

²⁰⁶ EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993, 485, m.nt. Kn (*Funke t. Frankrijk*) en EHRM 3 mei 2001, 31827/96, par. 68 (*J.B. t. Zwitserland*).

²⁰⁷ Zie Conclusie A-G Wattel bij HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR2013:BZ3640, par. 6.7 en Conclusie A-G Vellinga bij HR 24 november 2015, *NJ* 2016, 58, par. 13.

²⁰⁸ Vgl. HR 5 juni 1951, *NJ* 1951, 520 m.nt. WP (*Bloedproef I*) en de conclusie van A-G Van Asch van Wijck daarbij.

²⁰⁹ EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699, m.nt. Kn, par. 69 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*).

strijd komt met het met het nemo tenetur beginsel: de reikwijdte van dit beginsel is daarvoor simpelweg te beperkt.

Een uitzondering lijkt daarop overigens wel te bestaan: wordt de scan afgenomen onder omstandigheden die strijdig zijn met het folterverbod van artikel 3 EVRM, dan valt niet uit te sluiten dat er toch strijd met artikel 6 EVRM aangenomen kan worden.²¹⁰ Iets vergelijkbaars deed zich voor in het arrest Jalloh, zij het dat in die casus nog een tweede notabele omstandigheid optrad: het door middel van onmenselijke en vernederende behandeling verkregen bewijsmateriaal kon bijna op zichzelf de tenlastelegging vervullen. Daarvan zal in het geval van een hersenscan ter vaststelling van toerekeningsvatbaarheid of recidiverisico dan weer niet zo gauw sprake zijn.

Al met al mag worden aangenomen dat – zelfs als wel sprake is geweest van ongeoorloofde dwang – het gebruik van structurele neuroimagingtechnieken ter vaststelling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico doorgaans niet onder de bescherming van het nemo tenetur beginsel van artikel 6 EVRM valt. In een zeer zeldzaam geval is het echter denkbaar dat het nemo tenetur beginsel toch bescherming biedt – mits ook het gebruik van dat materiaal daartoe aanleiding geeft uiteraard – terwijl van wilsafhankelijkheid van het bewijsmateriaal niet kan worden gesproken. Daarbij moet worden gedacht aan de alle ernstigste zaken: zwaarwegende zelfincriminatie en buitengewone druk.²¹¹

4.3.2 Functionele neuroimagingtechnieken

Voor functionele neuroimagingtechnieken geldt niet hetzelfde als voor de structureel georiënteerde hersenscans. Zowel de aard van het potentieel incriminerende materiaal, als de wijze van verkrijging ervan is geenszins gelijk aan de vervaardiging van ‘afbeeldingen’ middels structurele hersenscans: er wordt niet zomaar een ‘snapshot’ van het brein gemaakt, maar de functie ervan wordt in kaart gebracht. Deze breinfunctie is, anders dan de anatomie van het brein, tot op zekere hoogte van de wil van de onderzochte afhankelijk: weigert de onderzochte namelijk naar de aan hem getoonde plaatjes te kijken, tikt hij niet desgevraagd met zijn vinger of weigert hij medewerking aan de relevante gedachtenexperimenten, dan zullen de aan die acties gerelateerde breinprocessen uiteraard niet middels neuroimaging waarneembaar zijn. Zo kan een

²¹⁰ EHRM 11 juli 2006, 54810/00 (*Jalloh t. Duitsland*).

²¹¹ Zie EHRM 11 juli 2006, 54810/00 (*Jalloh t. Duitsland*).

geobserveerde de van specifieke denkprocessen, acties en prikkels afhankelijke hersenactiviteit voor de onderzoekers verborgen houden. Het wilsafhankelijke karakter van de betrokken data maakt dientengevolge dat functionele hersenscans de bescherming van het nemo tenetur beginsel genieten²¹², wederom op voorwaarde dat ook het derde en laatste toetsingscriterium kan worden vervuld.

Functionele neuroimaging van het brein in rust (de *default mode*) is overigens een ander geval. In tegenstelling tot taakgerelateerde breinactiviteit, mag de breinactiviteit in rust wel degelijk worden gekwalificeerd als wilsonafhankelijk materiaal: de verdachte kan hoog of laag springen, maar zo lang hij niet (hersenen)dood is, zullen zijn hersenen blijven werken. Hij heeft aldus geen controle over het ontstaan van die data als bewijsmateriaal, wat maakt dat de aard van middels fMRI ‘default mode’-onderzoek verkregen materiaal²¹³ niet noopt tot bescherming onder het nemo tenetur beginsel van artikel 6 EVRM.

Het potentiële wilsafhankelijke karakter van de middels functionele hersenscans verkregen gegevens ligt overigens niet slechts in de aard van het verkregen materiaal, maar – zo kan uit het voorgaande tevens worden afgeleid – ook in de wijze van verkrijging ervan. De medewerking die van een onderzochte wordt verwacht bij taakgerelateerde functionele hersenscans gaat namelijk verder dan een zogenaamd ‘dulden’²¹⁴: zonder de medewerking van de verdachte aan bepaalde (cognitieve) taken bestaat er voor de overheid simpelweg geen mogelijkheid om datzelfde materiaal eigenmachtig te verkrijgen.²¹⁵ Dat geldt overigens niet voor het voornoemde ‘default mode’-onderzoek: aangezien in dat kader van de verdachte niet meer wordt verwacht dan dulden en stilliggen, kan ook in de wijze van verkrijging van dit materiaal geen wilsafhankelijke component worden herkend.

Dit alles maakt dat taakgerelateerde functionele neuroimagingtechnieken in beginsel en op voorwaarde dat ook aan de besproken eisen van ‘ongeoorloofde dwang’ en ‘het gebruik van het vergaarde materiaal’ is voldaan, onder het beschermingsregime van het nemo tenetur beginsel van artikel 6 EVRM passen. Functionele neuroimagingtechnieken die zich toeleggen op de rustprocessen van het brein genieten die bescherming daarentegen niet, daar in dezen noch van

²¹² EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699, m.nt. Kn, par. 69 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*).

²¹³ Zie noot 40.

²¹⁴ EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993, 485, m.nt. Kn (*Funke t. Frankrijk*) en EHRM 3 mei 2001, 31827/96 (*J.B. t. Zwitserland*).

²¹⁵ Zie Conclusie A-G Wattel bij HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR2013:BZ3640, par. 6.7.

verregeande medewerking, noch van een wilsafhankelijk karakter van de te verkrijgen informatie sprake is.

4.4 Het gebruik van het vergaarde materiaal

Tot slot is het gebruik van het vergaarde materiaal uit hersenscans van belang. We zagen in de zaak Gäfgen dat het gebruik van het onder druk verkregen en in de regel wilsafhankelijke materiaal niet zodanig mag zijn, dat de verdachte erdoor wordt beperkt in de vrije bepaling van zijn proceshouding.²¹⁶ Dit is in feite ook wat blijkt uit de zaken O'Halloran en Francis. Deze betroffen weliswaar een geheel ander feitencomplex, maar dat neemt niet weg dat ook hier de vrijheid om zijn proceshouding te bepalen, ondanks de toegepaste druk, centraal stond. Doorslaggevend daarbij was dat de verkregen informatie zich simpelweg niet leende voor zelfincriminatie en daar bovendien niet voor was bedoeld.²¹⁷

Wanneer we dit op het gebruik van hersenscans ter vaststelling van recidiverisico en toerekeningsvatbaarheid toepassen, dient zich nog een laatste vraag aan: tot hoe ver reikt die vrijheid tot het bepalen van zijn proceshouding? Feitelijk kwam deze vraag reeds in paragraaf 3.4 aan bod. Wat mij betreft betekent dit dan ook dat het door de verdachte in vrijheid mogen bepalen van zijn proceshouding zich uitstrekt over de gehele periode waarin van een verdenking – en dus van toepasselijkheid van het nemo tenetur beginsel – mag worden gesproken. Wanneer de onder dwang verkregen, wilsafhankelijke resultaten uit een hersenscan vervolgens aangewend worden – of zelfs maar zouden kunnen worden, zo blijkt uit het arrest Marttinen²¹⁸ – om iemands toerekeningsvatbaarheid ‘uit te lezen’, of zijn recidiverisico te onderbouwen voorafgaande aan een veroordeling, is daarmee het antwoord al snel helder: de verdachte wordt van zijn vrijheid zijn proceshouding te bepalen beroofd. Zijn hersenen ‘spreken’ voor hem en zo is ook aan het laatste criterium dat ons leidt tot een schending van artikel 6 EVRM voldaan. Het nemo tenetur beginsel is geschonden.

Het voorgaande zet aan tot nadenken. Een standaard toetsmoment, bijvoorbeeld door de oordelende rechter(s), voorafgaande aan het eventuele gebruik van de relevante

²¹⁶ EHRM 1 juni 2010, 22978/05 (*Gäfgen t. Duitsland*).

²¹⁷ EHRM 29 juni 2007, 15809/02 en 25624/02, par. 25-31 en 58 (*O'Halloran en Francis t. Verenigd Koninkrijk*). Zie ook Van Toor 2011, p. 630.

²¹⁸ EHRM 21 juli 2009, 19235/03 (*Marttinen t. Finland*).

neurowetenschappelijke data zou in dit kader namelijk wel eens uitkomst kunnen bieden. Wordt aldus geconstateerd dat bij de vervaardiging van een hersenscan ter beoordeling van toerekeningsvatbaarheid of recidiverisico sprake is geweest van ongeoorloofde dwang en ging het bovendien om wilsafhankelijk materiaal, dan zal besloten moeten worden de scan niet te gebruiken in het proces. Een schending van het nemo tenetur beginsel zal dan kunnen worden afgewend en in één klap kan neuroimaging in het kader van de beoordeling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico worden gelegitimeerd.²¹⁹

4.5 Slot

In dit vierde hoofdstuk werden eerder vergaarde inzichten met elkaar gecombineerd en aan elkaar gerelateerd. Neuroimaging ter beoordeling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico werd getoetst aan het in hoofdstuk drie aangelegde toetsingskader. Allereerst werd in dit kader aandacht besteed aan mogelijke ‘ongeoorloofde dwang’ en werd verdedigd dat, juist om deze ongeoorloofde dwang te vermijden, hersenscans door een verdachte straffeloos geweigerd zouden moeten kunnen worden. Wanneer toch een scan wordt afgenomen, moet vervolgens rekening worden gehouden met de menselijke waardigheid van de onderzochte. Voorts werd adequate rechtsbijstand als belangrijke pijler benadrukt ter voorkoming van ongeoorloofde dwang en werd de aandacht gevestigd op de noodzaak van afdoende voorlichting van de te onderzoeken verdachte. Het tweede toetsingscriterium zag op de aard van het vergaarde materiaal: behoudens uitzonderingen biedt het nemo tenetur beginsel slechts bescherming wanneer het gaat om wilsafhankelijk materiaal. Voorts werd geconcludeerd dat structureel georiënteerde hersenscans daarmee doorgaans niet onder de beschermingsreikwijdte van het nemo tenetur van artikel 6 EVRM vallen. Bij functionele neuroimagingtechnieken, overigens met uitzondering van die technieken die focussen op het brein in rust, gaat het daarentegen doorgaans wel om wilsafhankelijk materiaal: de verdachte is tot op zekere hoogte namelijk in de positie de uitkomst van de scan te beïnvloeden door wel of juist niet mee te werken aan de hem opgedragen (cognitieve) taken. Tot slot werd als derde pijler het gebruik van het verkregen materiaal besproken. Zelfs als wel sprake is van onder ongeoorloofde dwang verkregen wilsafhankelijk materiaal, kan een nette omgang door de autoriteiten met de verkregen informatie een schending van het nemo tenetur beginsel nog afwenden. Door een standaard

²¹⁹ Vgl. EHRM 1 juni 2010, 22978/05 (*Gäfgen t. Duitsland*).

toetsmoment in te bouwen voorafgaande aan het kwalificeren als bruikbaar materiaal van de data uit verrichte hersenscans, kunnen de eerder gemaakte fouten op nemo tenetur-terrein vermoedelijk nog worden hersteld.

5. Conclusie

5.1 Samenvatting

Neuroimaging wordt alsmaar belangrijker bij de beoordeling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico. Zo lijkt het Nederlandse toerekeningsvatbaarheids criterium hiervoor in het bijzonder ruimte te laten en ook waar het gaat om de vaststelling van recidiverisico's heeft neuroimaging potentie. Behalve grote mogelijkheden, mag echter niet worden vergeten dat neuroimaging ook juridische knelpunten met zich brengt. Voornamelijk het nemo tenetur beginsel vraagt in dit opzicht aandacht. Om die reden werden in het onderhavige onderzoek de grenzen die het nemo tenetur beginsel stelt aan het gebruik van neuroimaging ter beoordeling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico uitgebreid geëxploreerd.

Vastgesteld moest worden dat over een definitie van het nemo tenetur beginsel nog altijd geen eenstemmigheid bestaat. Daarom, maar ook gelet op de praktische waarde van artikel 6 EVRM in Nederland en buitenland, werd de interpretatie die het EHRM in de loop der jaren aan nemo tenetur heeft gegeven, in deze studie als uitgangspunt genomen. Aan de hand van een uit de bijdrage van Van Toor gedestilleerd stappenplan, werden de huidige betekenis van het nemo tenetur beginsel en de voorwaarden ter vaststelling van een schending daarvan uiteengezet: het nemo tenetur beginsel beschermt tegen het 1) onder ongeoorloofde dwang vergaren van 2) wilsafhankelijk materiaal van een verdachte, dat 3) in een strafrechtelijke procedure tegen die verdachte wordt of zou kunnen worden gebruikt. Daarbij geldt overigens als ingangsvoorwaarde dat sprake dient te zijn van een *criminal charge* en voorts mag niet worden vergeten dat ook de reikwijdte van het nemo tenetur beginsel zich over de materie dient uit te strekken. In deze studie wordt aangenomen dat dat het geval is gedurende de gehele periode waarin kan worden gesproken van een 'verdenking' en van een 'verdachte'. Daarbuiten kan het nemo tenetur beginsel van artikel 6 EVRM geen bescherming bieden. Dit maakt dat met het onderhavige beginsel rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico in het kader van het binnen het opsporingsonderzoek verrichte onderzoek Pro Justitia, maar dat risicotaxatie buiten dit tijdvak verder buiten beschouwing kan blijven. Door het voornoemde toetsingschema op de relevante materie toe te passen, kan de in deze studie centraal staande vraag welke grenzen het nemo tenetur beginsel stelt aan het gebruik van neuroimaging ter beoordeling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico worden beantwoord.

Worden hersenscans verricht binnen het tijdvak waarin sprake is van een verdenking, dan moet ter vaststelling van een schending van het nemo tenetur beginsel allereerst worden onderzocht of sprake is geweest van ongeoorloofde dwang. Voorbeelden hiervan zijn het sanctioneren van het niet meewerken aan de opsporing, zoals aan de orde was in de Straatsburgse zaken Quinn, Funke en J.B.; het niet faciliteren van adequate rechtsbijstand, zoals bijvoorbeeld geschiedde in de zaak Tikhonov; of het – net als in de zaken Teixeira de Castro en Allan – zodanig misleiden van de onderzochte, dat diens verklaringsvrijheid in ernstige mate in gevaar komt. Voorts mag ook het verrichten van met artikel 3 EVRM strijdige handelingen ter verkrijging van voor verdachte belastende informatie als ongeoorloofde dwang worden aangemerkt. In dat kader kan worden gewezen op de arresten Jalloh en Gäfgen. Grenzen aan het gebruik van neuroimaging die hieruit mogen worden afgeleid, zijn vervolgens dat een verdachte een hersenscan ter vaststelling van zijn toerekeningsvatbaarheid of recidiverisico in principe straffeloos zou moeten kunnen weigeren; dat de bedoelde scans op een waardige wijze verricht zullen moeten worden; dat voornamelijk bij de vervaardiging van functionele, taakgerelateerde hersenscans adequate rechtsbescherming moet worden geboden; en tot slot dat een afdoende voorlichting van de verdachte essentieel is.

Naast ongeoorloofde dwang moet het, om te kunnen komen tot een schending van het nemo tenetur beginsel, in de regel bovendien gaan om wilsafhankelijk materiaal. Uit het arrest Saunders kon worden afgeleid dat materiaal dat naar zijn aard wilsonafhankelijk is, bij wijze van uitgangspunt niet onder het beschermingsbereik van het nemo tenetur beginsel valt. Echter, was het terechtkomen van dit materiaal in handen van de politie wél afhankelijk van de wil van de verdachte – zoals zich voordeed in de zaken Funke en J.B. – of ging het net zoals in de zaak Jalloh om bijzonder gevoelig materiaal dat bovendien in strijd met artikel 3 EVRM werd verkregen, dan kan alsnog plaats zijn voor bescherming onder het nemo tenetur beginsel van artikel 6 EVRM. Wanneer een en ander op neuroimaging wordt geprojecteerd, moet onderscheid worden gemaakt tussen structurele en functionele neuroimagingtechnieken. Omdat het resultaat van een structurele hersenscan redelijkerwijs niet als wilsafhankelijk kan worden gekwalificeerd en ook de wijze waarop deze beelden doorgaans worden verkregen geen aanleiding geeft om anderszins te concluderen, geldt als hoofdregel dat in dit kader voor nemo tenetur-perikelen geen plaats is. Dit ligt echter anders waar het gaat om functionele hersenscans, overigens met uitzondering van scans die het brein in rust observeren. Zowel de aard ervan als de wijze waarop data uit deze scans wordt

verkregen, vergt namelijk medewerking en wilsbepaling van de verdachte: de verdachte wordt geacht mee te werken aan verschillende taken, waardoor hij mede de resultaten van de functionele scan beïnvloedt. Aldus stelt *nemo tenetur* inderdaad grenzen aan neuroimaging, maar in de regel slechts aan de functionele soort.

Als derde en laatste ijkpunt, kwam het gebruik van het vergaarde materiaal in dit onderzoek aan bod. Cruciaal is dat een verdachte niet de ruimte mag worden ontnomen zelf zijn proceshouding te bepalen. Wordt onder druk verkregen wilsafhankelijk materiaal tegen de verdachte gebruikt of bestaat – net als in de zaak Marttinen – ten minste die mogelijkheid, dan kan dit leiden tot een schending van het *nemo tenetur* beginsel. Besluiten de autoriteiten evenals in de zaak Gäfgen het bedoelde materiaal echter niet te gebruiken of leent het materiaal zich daar simpelweg niet voor, zoals zich voordeed in de zaken van O’Halloran en Francis, dan doen zich – zelfs wanneer eerder reeds ongeoorloofde druk met betrekking tot wilsafhankelijk materiaal kon worden vastgesteld – geen problemen voor onder artikel 6 EVRM. Ook dit biedt met betrekking tot neuroimaging ter vaststelling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico de nodige inzichten: worden eerdere onvolkomenheden in het opsporingsonderzoek gecompenseerd door het vergaarde materiaal niet in de betrokken strafzaak te doen gelden, dan kan een *nemo tenetur*-schending worden voorkomen. De introductie van een routinematig toetsingsmoment van de wijze waarop de scandata is verkregen, bijvoorbeeld door de beoordelende rechter, lijkt daarom uitkomst te kunnen bieden.

5.2 Slot

Hoewel in het onderhavige onderzoek een duidelijk antwoord werd gegeven op de vraag welke grenzen het *nemo tenetur* beginsel stelt aan het gebruik van neuroimaging ter beoordeling van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico, ligt echter nog een groot aantal vragen open. Hoe zit het bijvoorbeeld met neuroimaging buiten de in dit onderzoek gehanteerde, strikt omliggende kaders van toerekeningsvatbaarheid en recidiverisico binnen de ‘verdenkingsfase’? Bestaat er naast bescherming tegen neuroimaging ook een recht hierop? Welke rol speelt het recht op eerbiediging van het privéleven van artikel 8 EVRM met betrekking tot neuroimaging? En hoe zouden de opslag, geheimhouding, et cetera van middels neuroimaging verkregen gegevens moeten worden geregeld? Op deze punten, en wat mij betreft naar *neurolaw* in het algemeen, is meer onderzoek nodig.

6. Literatuurlijst

Aangehaalde literatuur

Ansmink, *RM Themis* 1981, p. 436-448

A.A. Ansmink, 'Het meewerken van de verdachte aan zijn veroordeling en art. 29 Sv', *RM Themis* 1981, p. 426-448.

Bedau & Radelet, *Stanford Law Review* 1987, 1

H.A. Bedau & M.L. Radelet, 'Miscarriages of justice in potential capital cases', *Stanford Law Review* 1987, 1, p. 57.

Belcher & Roskies 2013

A.M. Belcher & A.L. Roskies, 'Neuroscience Basics', in: S.J. Morse & A.L. Roskies (red.), *A Primer on Criminal Law and Neuroscience*, New York: Oxford University Press 2013, p. 2-36.

Van Bemmelen, *NJB* 1956, p. 379-506

J.M. van Bemmelen, 'Onderzoeksmethoden in strafzaken', *NJB* 1956, p. 397-506.

Bluhm e.a., *Schizophrenia Bulletin* 2007, 33

R.L. Bluhm e.a., 'Spontaneous low-frequency fluctuations in the BOLD signal in schizophrenic patients: Anomalies in the default network. *Schizophrenia Bulletin* 2007, 33, p. 1004-1012.

Bogaerts & Nagtegaal 2008

S. Bogaerts & M.H. Nagtegaal, 'Risk assessment, risk management en nieuwe ontwikkelingen binnen het forensische landschap', In: T.I. Oei & L.H.W.M. Kaiser (red.), *Forensische psychiatrie onderweg*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 349-357.

Boumans, Postulart & Van Os, *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2015, 57

C.E. Boumans, D. Postulart & J. van Os, 'Risicotaxatie: meten is niet altijd weten', *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2015, 57, p. 535-538.

Broyd e.a., *Neuroscience Biobehavioral Review* 2009, 33

S.J. Broyd e.a., 'Default-mode brain dysfunction in mental disorders: A systematic review', *Neuroscience Biobehavioral Review* 2009, 33, p. 279-296.

Brunner e.a., *Science* 1993, 262

H.G. Brunner e.a., 'Abnormal behavior associated with a point mutation in the structural gene for monoamine oxidase A', *Science* 1993, 262, p. 578-580.

Burns & Swerdlow, *Archives of Neurology* 2003, 60

J.M. Burns & R.H. Swerdlow, 'Right Orbitofrontal Tumor with Pedophilia Symptom and Constructional Apraxia Sign', *Archives of Neurology* 2003, 60, p. 437-440.

Buxton 2002

R.B. Buxton, *Introduction to Functional Magnetic Resonance Imaging: Principles and Techniques*, Cambridge, UK: Cambridge University Press 2002.

Canton e.a., *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2004, 8

W.J. Canton e.a., 'De voorspellende waarde van risicotaxatie in de pro Justitia rapportage. Onderzoek naar de HKT-30 en de klinische inschatting', *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2004, 46(8), p. 525-536.

Canton & Van Kordelaar, *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2003, 10

W.J. Canton & W.F. van Kordelaar, 'Rapportage Pro Justitia', *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2003, 10, p. 609-618.

Carrette, Vonck & Boon, *Tijdschrift voor Neurologie & Neurochirurgie* 2004, 1

E. Carrette, K. Vonck & P. Boon, 'Magnetoencefalografie en epilepsie', *Tijdschrift voor Neurologie & Neurochirurgie* 2014, 1, p. 5-11.

Cleiren & Fokkens 2013

T. Cleiren & J.W. Fokkens, 'Tuchtrecht en het nemo tenetur-beginsel. Ontwikkelingen in de betekenis van het nemo tenetur-beginsel voor het wettelijk geregeld tuchtprocesrecht', in: Bleichrodt e.a. (red), *Onbegrensd strafrecht*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.

Crijns, AA 2012, p. 11-18.

J. Crijns, 'Strafrecht als ultimum remedium: levend leidmotief of archaïsch desideratum?', AA 2012, p. 11-18.

Van Dijk 2008

A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen: over opzet, schuld, schulduitsluitingsgronden en straf* (dissertatie RUG), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2008.

Faigman 2013

D.L. Faigman, 'Admissibility of Neuroscientific Expert Testimony', in: S.J. Morse & A.L. Roskies (red.), *A Primer on Criminal Law and Neuroscience*, New York: Oxford University Press 2013, p. 89-119.

Farrell, *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law* 2010, 4

B.R. Farrell, 'Can't get you of my head: The human rights implications of using brain scans as criminal evidence', *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law* 2010, 4, p. 89-96.

Feresin, *Nature* 2009

E. Feresin, 'Lighter sentence for murderer with 'bad genes'', *Nature* 30 oktober 2009 (online).

Glenn & Raine, *Nature Reviews Neuroscience* 2014, 15

A.L. Glenn & A. Raine, 'Neurocriminology: Implications for the Punishment, Prediction and Prevention of Criminal Behaviour', *Nature Reviews Neuroscience*, 2014, 15, p. 54-63.

González-Martínez e.a., *Epilepsia* 2005, 9

J.A. González-Martínez e.a., 'Hemispherectomy for Catastrophic Epilepsy in Infants', *Epilepsia* 2005, 9, p. 1518-1525.

Greely 2013

H.T. Greely, 'Mind reading, Neuroscience and the Law', in: S.J. Morse & A.L. Roskies (red.), *A Primer on Criminal Law and Neuroscience*, New York: Oxford University Press 2013, p. 119-149.

Groenhuijsen & Knigge 2001

M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, 'Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 1-55.

De Groot 2009

M.F.M. de Groot, *Lexplicatie Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden*, Deventer: Kluwer 2009.

Hämäläinen, *Brain Topography* 1992, 2

M.S. Hämäläinen, 'Magnetoencephalography: A tool for functional brain imaging', *Brain Topography* 1992, 2, p. 95-102.

Hanson 1997

R.K. Hanson, *The development of a brief actuarial risk scale for sexual offence recidivism* (report 1997-4), Ottawa: Department of the Solicitor General of Canada 1997.

Harte 2009

J. Harte, 'Een beoordeling ter beoordeling: Opbrengsten en beperkingen van instrumenten voor risicotaxatie in de forensische psychiatrie en mogelijkheden voor wetenschappelijk onderzoek', in: F. Koenraadt & I. Weijers, *Vrijheid en verlangen* (Liber amicorum prof. dr. Antoine Mooij), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 233-241.

Harte & Breukink, Tijdschrift voor Criminologie 2010, 1

J. Harte & M. Breukink, 'Objectiviteit of schijnzekerheid? Kwaliteit, mogelijkheden en beperkingen van instrumenten voor risicotaxatie', *Tijdschrift voor Criminologie* 2010, 1, p. 52-72.

Hazewinkel-Suringa, AA 1951, p. 45-49

D. Hazewinkel-Suringa, noot bij HR 5 juni 1951, NJ 1951, 520 (Bloedproef I), AA 1951, p. 45-49.

Jansen 1999

O.J.D.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek. Behoren het handhavingstoezicht, het boeteonderzoek en de opsporing verschillend te worden genormeerd? Een interne rechtsvergelijking* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

Jones e.a., Nature 2013, 14

O.D. Jones e.a., 'Neuroscientists in court', *Nature* 2013, 14, p. 730-736.

Kelk & De Jong 2013

C. Kelk & F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

De Kogel & Westgeest, NJB 2013, 45

K. de Kogel & L. Westgeest, 'Neurobiologische informatie in Nederlandse strafzaken', *NJB* 2013, 45, p. 3132-3136.

Het Koopmans e.a. 2013

F.A.J. Koopmans e.a., *Het beslissingsmodel van 348/350 Sv*, Deventer: Kluwer 2013.

Koops 2000

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

Koops 2012

B.J. Koops, *Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel: Nopen ontwikkelingen sinds 2000 tot invoering van een ontsleutelplicht voor verdachten?*, Den Haag: WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie 2012.

Koops & Stevens, DD 2003, 3

B.J. Koops & L. Stevens, 'J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond nemo tenetur, *DD* 2003, 3, p. 281-294.

Van Kordelaar 2002

W.F.J.M. van Kordelaar, *Beslissingsondersteuning onderzoek geestesvermogens in het strafrecht voor volwassenen*, Deventer: Kluwer 2002.

Lamme 2012

V.A.F. Lamme, *De vrije wil bestaat niet: over wie er echt de baas is in het brein*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2012.

Lammers, De Psycholoog 2007, 42

S. Lammers, 'Blijven stoute jongens stout? Taxatie van het recidiverisico in de tbs', *De Psycholoog* 2007, 42, p. 479-510.

Marsh e.a., Cortex 2009, 45

E.B. Marsh e.a., 'Hemispherectomy sustained before adulthood does not cause persistent hemispatial neglect', *Cortex* 2009, 45, p. 677-685.

MDAC 2014

MDAC, *Rapport: Cage beds and coercion in Czech psychiatric institutions*, Budapest: MDAC 2014.

Merkelbach & Boelhouwer 2002

H.L.G.J. Merkelbach & A.J.W. Boelhouwer, 'Leugendetectie', in: P.J. van Koppen e.a. (red.), *Het Recht van Binnen: Psychologie van het Recht*, Deventer: Kluwer 2002.

Meynen, NJB 2011, 29

G. Meynen, 'Vrije wil en forensisch psychiaters die zwijgen over toerekeningsvatbaarheid', *NJB* 2011, 29, p. 1951-1957.

Meynen, NJB 2013, 21

G. Meynen, 'Een juridische standaard voor ontoerekeningsvatbaarheid?', *NJB* 2013, 21, p. 1384-1390.

Meynen, Tijdschrift voor Psychiatrie 2014, 56

G. Meynen, 'Neurolaw: de relevantie voor de forensische psychiatrie', *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2014, 56, p. 597-604.

Meynen & Kooijmans, Expertise en recht 2015, 5

G. Meynen & T. Kooijmans, 'Reactie II op 'Functionele diagnostiek in plaats van een advies aangaande toerekeningsvatbaarheid'', *Expertise en recht* 2015, 5, p. 178-182.

Mols, Strafblad 2010, p. 513-514

G.P.M.F. Mols, 'Genenkorting', *Strafblad* 2010, p. 513-514

Mooij 2004

A.W.M. Mooij, *Toerekeningsvatbaarheid. Over handelingsvrijheid*, Amsterdam: Boom Juridische Uitgevers 2004.

Mooij 2007

A.W.M. Mooij, 'Vrijheid en verantwoordelijkheid. Een wijsgerig-antropologische beschouwing', in: B.C.M. Raes & F.A.M. Bakker (red.), *De psychiatrie in het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 31-36.

Morse & Newsome 2013

S.J. Morse & W.T. Newsome, 'Criminal Responsibility, Criminal Competence, and Prediction of criminal Behavior, in: S.J. Morse & A.L. Roskies (red.), *A Primer on Criminal Law and Neuroscience*, New York: Oxford University Press 2013, p. 150-178.

Morse & Roskies 2013

S.J. Morse & A.L. Roskies (red.), *A Primer on Criminal Law and Neuroscience*, New York: Oxford University Press 2013.

Myjer 1978

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

Noyon e.a., DD 2015, 34

L. Noyon e.a., 'De discussie over neurowetenschap en strafrecht: een overzicht en een richting', *DD* 2015, 34, p. 343-362.

Nuwer e.a., Congressional Record 1997, 49

M. Nuwer e.a., 'Assessment of Digital EEG, Quantative EEG, and EEG Brain Mapping: Report of the American Academy of Neurology and the American Clinical Neurophysiology Society', *Congressional Record* 1997, 49, p. 277-292.

Ogawa e.a., Biophysical Journal 1993, 64

S. Ogawa e.a., 'Functional brain mapping by blood oxygenation level-dependent contrast magnetic resonance imaging. A comparison of signal characteristics with a biophysical model'. *Biophysical Journal* 1993, 64, p. 803-812.

Pardo & Patterson 2013

M.S. Pardo & D. Patterson, *Minds, Brains and Law: The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*, New York: Oxford University Press 2013.

Pecht 2009

F.M. Pecht, 'Virtual Reality en arousalmeting in de tbs', in: T.I. Oei & M.S. Groenhuijsen (red.), *Forensische psychiatrie en haar grensgebieden: actualiteit, geschiedenis en toekomst*, Deventer: Kluwer 2009, p. 643-658.

Pelcher, NTFR 2012, 27

E.B. Pelcher, 'Chambaz en het verbod op gedwongen zelfincriminatie', *NTFR* 2012, 27, p. 1-3.

Philipse 2005

M.W.G. Philipse, *Predicting criminal recidivism. Empirical studies and clinical practice in forensic psychiatry* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Radboud Universiteit 2005.

Philipse 2011

M.W.G. Philipse, 'Risicotaxatie in de forensische psychiatrie: Principes, doelen en instrumenten', in: H. Groen, M. Drost & H.L.I. Nijman (red.), *Handboek Forensische geestelijke gezondheidszorg*, Utrecht: De Tijdstroom 2011, p. 399-417.

Quinsey e.a. 1998

V.L. Quinsey e.a., *Violent offenders. Appraising and managing risk*, Washington DC: American Psychological Association 1998.

Quinsey e.a. 2006

V.L. Quinsey e.a., *Violent offenders: appraising and managing risk*, Washington: American Psychological Association 2006.

Raichle e.a., *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 2001, 98

M.E. Raichle e.a., 'A default mode of brain function', *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 2001, 98, p. 676-682.

Reijntjes 1996

J.M. Reijntjes, 'Nemo tenetur: een holle leus?', in: J.M. Reijntjes (red.), *Nemo Tenetur*, Arnhem: Gouda Quint 1996, p. 9-21.

Roef & Verkes, *NJB* 2013, 45

D. Roef & R.J. Verkes, 'Medicijngebruik, agressie en strafrechtelijke verantwoordelijkheid', *NJB* 2013, 45, p. 3137-3142.

Roskies 2013 I

A.L. Roskies, 'Brain Imaging Techniques', in: S.J. Morse & A.L. Roskies (red.), *A Primer on Criminal Law and Neuroscience*, New York: Oxford University Press 2013, p. 37-74.

Roskies 2013 II

A.L. Roskies, 'Other Neuroscientific Techniques', in: S.J. Morse & A.L. Roskies (red.), *A Primer on Criminal Law and Neuroscience*, New York: Oxford University Press 2013, p. 75-88.

De Ruiter 2000

C. de Ruiter, *Voor verbetering vatbaar* (oratie UvA), Amsterdam: Vossiuspers AUP 2000.

Van Russen Groen & Trotman 2002

P.M. van Russen Groen & T.B. Trotman, 'Een Zwitserse skileraar en het nemo-tenetur beginsel. Een stand van zaken', in: P.M. van Russen Groen, D. Schreuders & C. Waling (red.), *Iets bijzonders* (Wladimiroff-bundel), Den Haag: Sdu 2002, p. 96.

Schleim & Roiser, *Frontiers in Human Neuroscience* 2009, 3

S. Schleim & J. P. Roiser, 'fMRI in translation: the challenges facing real-world applications', *Frontiers in Human Neuroscience* 2009, 3, p. 1-7.

Stehling & Mansfield, *Science* 1991, 254

M.K. Stehling & P. Mansfield, 'Echo-planar imaging: magnetic resonance imaging in a fraction of a second', *Science* 1991, 254, p. 43-50.

Stevens 2005

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

Swart, AA 1993, p. 672-680

A.H.J. Swart, 'Bewijs tegen zichzelf leveren. Huiszoeking', (noot bij het arrest Funke t. Frankrijk), *AA* 1993, p. 672-680.

Tallis 2011

R. Tallis, *Aping Mankind: Neuromania, Darwinists and the Misinterpretation of Humanity*, New York: Routledge 2011.

Van Toor 2011

D.A.G. van Toor, 'Over de Guilty Knowledge Test en het nemo-tenetur beginsel', in: P.H.P.H.M.C van Kempen e.a. (red.), *Liber Amicorum Ybo Buruma: Levend strafrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 619-636.

Van Toor II, NJB 2011, 42

D.A.G. van Toor, 'Natuur in de mens. Het schuldige geheugen', *NJB* 2011, 42, p. 2843-2850.

Van Veen, DD 1979, p. 687-693

Th.W. van Veen, 'Van plicht tot spreken en recht tot zwijgen: Art 29 Sv bevat een uitzondering', *DD* 1979, p. 687-693.

Van der Veer & Canton 2011

T.S. van der Veer & W.J. Canton, 'Pro Justitia-rapportage', in: H. Groen, M. Drost & H.L.I. Nijman (red.), *Handboek Forensische geestelijke gezondheidszorg*, Utrecht: De Tijdstroom 2011, p. 29-39.

Verbruggen, *TBS&H* 2014

A. Verbruggen, 'Inlichtingenplicht vs. Nemo Tenetur: de oplossing van de Hoge Raad is niet Straatsburg proof', *TBS&H* 19 mei 2014 (<www.bijzonderstrafrecht.nl>).

De Vogel e.a., *Law and Human Behavior* 2004, 3

V. de Vogel e.a., 'Predictive validity of the SVR-20 and Static-99 in a Dutch sample of treated sex offenders', *Law and Human Behavior* 2004, 3, p. 235-252.

De Vogel 2005

V. de Vogel, *Structured Risk Assessment of (Sexual) Violence in Forensic Clinical Practice. The HCR-20 and SVR-20 in Dutch Forensic Psychiatric Patients* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Dutch University Press 2005.

Webster e.a. 1997

C.D. Webster e.a., *HCR-20. Assessing risk for violence. Version 2*, Burnaby, British Columbia: Simon Fraser University 1997.

Werkgroep Risicotaxatie Forensische Psychiatrie 2002

Werkgroep Risicotaxatie Forensische Psychiatrie, *Handleiding HKT-30, versie 2. Risicotaxatie in de forensische psychiatrie*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2002.

Zeeman & Feenstra, *TBS&H* 2014, 2

A. Zeeman & A.A. Feenstra, 'Spreken is zilver, zwijgen is goud: een inlichtingenverplichting zonder waarborg fout?', *TBS&H* 2014, 2, p. 47-58.

Aangehaalde jurisprudentie

Rechtbank

Rb Haarlem 24 november 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BK4178.

Rb Midden-Nederland 2 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4866.

Rb Midden Nederland 12 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:700 (*Utrechtse Serieverkrachter*).

Gerechtshof

Hof Amsterdam 3 maart 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP6664.

Hoge Raad

HR 27 juni 1927, NJ 1927, p. 926, m.nt. T.

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

HR 5 juni 1951, NJ 1951, 520 m.nt. WP (*Bloedproef I*).

HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470, m.nt. Pompe (*Bloedproef II*).

HR 15 februari 1977, NJ 1977, 577, m.n. G.E. Mulder.

HR 2 juli 1990, NJ 1990, 751 m.nt. Sch (*Wangslijm*).

HR 25 oktober 1993, NJ 1994, 629, m.nt. C.

HR 27 februari 2001, NJ 2001, 499, m.nt. Sch.

HR 25 maart 2003, NJ 2003, 55, m.nt. Y. Buruma (*HIV I*).

HR 30 juni 2009, NJ 2009, 349, m.nt. Sch.

HR 16 maart 2010, ECLI:NL:2010:BK8507.

HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR2013:BZ3640.

HR 1 april 2014, NJ 2014, 268, m.nt. Sch.

HR 23 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1130.

HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1359.

HR 24 november 2015, NJ 2016, 58, m.nt. J.M. Reijntjes.

HR 22 december 2015, NJ 2016, 52, m.nt. Klip.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 18 januari 1978, 5310/71 (*Ierland t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485, m.nt. Kn (*Funke t. Frankrijk*).

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

EHRM 9 juni 1998, NJ 2001, 471, m.nt. Kn (*Teixeira de Castro t. Portugal*).

EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725, m.nt. Kn (*John Murray t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 6 juni 2000, 28135/95 (*Magee t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 21 december 2000, 3720/97 (*Heany and McGuinness t. Ierland*).

EHRM 21 december 2000, 36887/97 (*Quinn t. Ierland*).

EHRM 3 mei 2001, 31827/96 (*J.B. t. Zwitserland*).

EHRM 5 november 2002, 48539/99 (*Allan t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 8 april 2004, 38544/97 (*Weh t. Oostenrijk*).

EHRM 11 juli 2006, 54810/00 (*Jalloh t. Duitsland*).

EHRM 23 november 2006, AB 2007, 51 (*Jussila t. Finland*).

EHRM 1 maart 2007, 30810/03 (*Geerings t. Nederland*).

EHRM 29 juni 2007, 15809/02 en 25624/02 (*O'Halloran en Francis t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 22 juli 2008, 10301/03 (*Getiren t. Turkije*).

EHRM 27 november 2008, 36391/02 (*Salduz t. Turkije*).

EHRM 21 juli 2009, 19235/03 (*Marttinen t. Finland*).

EHRM 1 juni 2010, 22978/05 (*Gäfgen t. Duitsland*).

EHRM 4 oktober 2010, 42371/02 (*Pavlenko t. Rusland*).

EHRM 11 oktober 2011, 30951/10 (*Gorobet t. Moldavië*).

EHRM 12 januari 2012, 16717/05 (*Todorov t. Oekraïne*).

EHRM 5 juli 2012, 11663/04 (*Chambaz t. Zwitserland*).

EHRM 25 september 2012, 649/08 (*El Haski t. België*).

EHRM 17 juli 2014, 32541/08 en 43441/08 (*Svinarenko en Slyadnev t. Rusland*).

EHRM 19 februari 2015, 57980/11 (*Zhyzitskyy t. Oekraïne*).

EHRM 5 mei 2015, 29644/10 (*Ogorodnik t. Oekraïne*).

EHRM 6 oktober 2015, 4722/09 (*Turbylev t. Rusland*).

EHRM 20 oktober 2015, 25703/11 (*Dvorski t. Kroatië*).

EHRM 10 december 2015, 17969/09 (*Tikhonov t. Oekraïne*).

EHRM 12 januari 2016, 37537/13 (*Borg t. Malta*).

EHRM 9 februari 2016, 40852/05 (*Shlychkov t. Rusland*).

EHRM 25 februari 2016, 34006/06 (*Zyakun t. Oekraïne*).

House of Lords (Verenigd Koninkrijk)

House of Lords 19 juni 1843, 8 ER 718, [1843] UKHL J16 (*M'Naghten*).

Officiële publicaties

Brief van de Minister d.d. 11 februari 2016 betreffende: 'Toepassing recht op verhoorsbijstand per 1 maart 2016'.

Stcrt. 23 februari 2016, nr. 8884.