

## VU Research Portal

### **Meer (ruimte voor het) gebruik van zwijgen in de bewijsconstructie of oude wijn in nieuwe zakken?**

van der Rijst, Tessa; Stevens, Lonneke

***published in***

Boom Strafblad  
2021

***DOI (link to publisher)***

[10.5553/BSb/266669012021002006004](https://doi.org/10.5553/BSb/266669012021002006004)

***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

***document license***

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

***citation for published version (APA)***

van der Rijst, T., & Stevens, L. (2021). Meer (ruimte voor het) gebruik van zwijgen in de bewijsconstructie of oude wijn in nieuwe zakken? *Boom Strafblad*, 2021(6), 218-222. [4].  
<https://doi.org/10.5553/BSb/266669012021002006004>

**General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

**Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Artikel

## Meer (ruimte voor het) gebruik van zwijgen in de bewijsconstructie of oude wijn in nieuwe zakken?

Mr. T.J. (Tessa) van der Rijst en prof. mr. L. (Lonneke) Stevens\*

218

### 1. Meer ruimte voor het gebruik van het zwijgen in de bewijsconstructie?

Het in artikel 29 lid 2 van het Wetboek van Strafvordering (Sv) neergelegde zwijgrecht van de verdachte is een fundamenteel recht binnen het strafproces.<sup>1</sup> Toch is dit recht niet absoluut. Dit volgt reeds uit de in 1996 door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) gewezen uitspraak in de Murray-zaak.<sup>2</sup> Ook de Hoge

Raad oordeelde in 1997 in het zogenaamde Strippenkaartarrest dat de rechter<sup>3</sup> het zwijgen van de verdachte in de bewijsoverwegingen kan betrekken als ‘de verdachte voor een omstandigheid, die op zichzelf of in samenhang met de verdere inhoud van de bewijsmiddelen beschouwd redengevend moet worden geacht voor het bewijs (...), geen redelijke, die redengevendheid ontzenuwende verklaring heeft gegeven’.<sup>4</sup> Uit de overweging van de Hoge Raad komt naar voren dat de zeggingskracht van het zwijgen samenhangt, en samen moet hangen met de redengevendheid van het bewijs. Het EHRM heeft dit ook en uitgebreider verwoord door te stellen dat een bewezenverklaring niet uitsluitend of met name gebaseerd mag zijn op het zwijgen van de verdachte, en dat ten minste sprake moet zijn van een ‘prima facie case’.<sup>5</sup> Ten aanzien van rechtssystemen waarin de rechter vrij is in het selecteren en waarderen van het bewijs – zoals ook in Nederland – legt het EHRM de nadruk op de ‘common sense inference’, de *logische conclusie*.<sup>6</sup> Het bewijs moet dus zodanig in de richting

\* Tessa van der Rijst is promovenda strafrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en het Nederlands Studiecentrum voor Criminaliteit en Rechtshandhaving (NSCR). Lonneke Stevens is hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

1 Zo blijkt reeds uit de standaardoverwegingen van het EHRM in de rechtspraak inzake *the right to silence* zoals neergelegd in art. 6 EVRM. Zie bijv. EHRM 17 december 1996, ECLI:NL:XX:1996:ZB6862, BNB 1997/254, m.nt. M.W.C. Feteris (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*), §69, en meer recent EHRM 10 maart 2009, ECLI:NL:XX:2009:BJ2228, RvdW 2009/1135 (*Bykov/Rusland*), §92. De achtergrond van het zwijgrecht moet onder andere worden gevonden in het voorkomen van rechterlijke dwalingen en ongeoorloofde druk. Zie bijv. S.L.T.J. Ligthart, ‘Het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM. Doorwerking van het nemo tenetur-beginsel in enkele gedachte-experimenten volgens de benadering van het EHRM en van de Hoge Raad’, *Delikt en Delinkwent* 2019/16; J. Naeyé, ‘Het zwijgrecht als waarborgnorm’, in: M.F. Attinger, e.a., *Handboek Strafzaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, §20.5.1. Zie over de wetshistorie van art. 29 Sv, L. Stevens, *Het nemo-teneturbeginsel: van zwijgrecht tot containerbegrip* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, hoofdstuk 4.

2 EHRM 8 februari 1996, ECLI:NL:XX:1996:AC0232, NJ 1996/725, m.nt. G. Knigge (*Murray/Verenigd Koninkrijk*), §47: ‘For assessing the persuasiveness of the evidence and in finding him or her guilty.’

3 In dit artikel gebruiken wij ‘de rechter’ waar wij ook ‘de rechters’, ‘de raadsheer’ en ‘de raadsheren’ (X/V/M) bedoelen.

4 HR 3 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0733, NJ 1997/584, m.nt. Machielse, r.o. 6.2. Zie later: HR 10 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC9312, NJ 1999/139, r.o. 5.2; HR 6 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1925, NJ 2003/710, m.nt. Schalken (*NedLloyd*); HR 15 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9639, NJ 2004/464; HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1323, NJ 2016/412 en 413, m.nt. Rozemond onder 2016/420; HR 12 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:652, NJ 2017/278, m.nt. T. Kooijmans.

5 Een ‘prima facie case’ is volgens het EHRM ‘a case consisting of direct evidence which, if believed and combined with legitimate inferences based upon it, could lead a properly directed jury to be satisfied beyond reasonable doubt that each of the essential elements of the offence is proved’: EHRM 8 februari 1996, ECLI:NL:XX:1996:AC0232, NJ 1996/725, m.nt. G. Knigge (*Murray/Verenigd Koninkrijk*), §51.

6 EHRM 20 maart 2001, nr. 33501/96 (*Telfner/Oostenrijk*), § 17.

van de verdachte wijzen, dat de enige logische uitleg is dat de verdachte niets in diens voordeel *kan* zeggen ten aanzien van diens eigen schuld – omdat hij/zij, hoogstwaarschijnlijk, schuldig is.<sup>7</sup>

Nu wil het geval dat het uitblijven van een aannemelijke verklaring (daaronder valt zowel het zwijgen van de verdachte als een verklaring die niet aannemelijk is (geworden)) de laatste jaren steeds nadrukkelijker een rol is gaan spelen in bewijsconstructies. Het meest in het oog springende voorbeeld is uiteraard de bewijsconstructie van witwassen, specifiek de gevallen van witwassen waarbij geen rechtstreeks verband kan worden vastgesteld met een gronddelict (hier: witwassen zonder gronddelict).<sup>8</sup> In die bewijsconstructie is expliciet een rol weggelegd voor de aannemelijke verklaring – en daarmee ook voor het zwijgen en voor een verklaring die niet aannemelijk is (geworden) – van de verdachte. In deze bewijsconstructie wordt een verklaring verwacht van de verdachte als het OM genoeg omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan sprake kan zijn van een *vermoeden* van witwassen.<sup>9</sup> Als die verklaring, in combinatie met het bewijs, niet onaannemelijk wordt bevonden door de rechter, volgt vrijspraak.<sup>10</sup>

Over de bewijsconstructie van witwassen en de rol van het zwijgen daarin, hebben verscheidene auteurs hun zorgen geuit. Bemelmans stelt dat het lijkt alsof het zwijgen van de verdachte bij witwassen een ‘aan bewezenverklaring in de weg staand ‘gat’ in de bewijsvoering’ dicht.<sup>11</sup> Ook buiten het witwassen wordt een beweging waargenomen. Zo schrijven Crijns en Dubelaar dat de Hoge Raad in recente rechtspraak meer speelruimte geeft aan de feitenrechter om voor de verdachte nega-

tieve consequenties te verbinden aan diens zwijgen.<sup>12</sup> En volgens Meijer en Ter Haar is het uitblijven van een aannemelijke verklaring van toenemend belang voor de bewijsbeslissing.<sup>13</sup> Aldus wordt geopperd dat de Hoge Raad meer ruimte geeft, en de feitenrechter meer ruimte neemt voor het gebruik van het zwijgen in bewijsconstructies, niet alleen bij witwassen maar ook daarbuiten. Daarbij is de suggestie dat het zwijgen ook meer gewicht krijgt binnen die bewijsconstructie.

Een heel grondig onderzoek naar deze opgeworpen hypothesen krijgen wij binnen het bestek van deze bijdrage niet voor elkaar. Wat wij wel kunnen en ook zullen doen, is een andere hypothese opwerpen. Op basis van een vergelijking tussen de meer recente en de al wat oudere rechtspraak van de Hoge Raad inzake het gebruik van de proceshouding van de verdachte, proberen wij een beeld te krijgen van de ruimte die daarvoor vroeger werd geboden, én van de ruimte die de feitenrechter nam. Was die ruimte vroeger minder dan nu? Wij kunnen alvast verklappen dat er wat ons betreft eerder sprake is van oude wijn in nieuwe zakken, dan van het geven (door de Hoge Raad) en nemen (door de feitenrechter) van meer ruimte voor en gewicht aan het zwijgen en onaannemelijk verklaren van verdachten.

## 2. Bewijzen: het witwassen van nu is de diefstal van toen

219

Als we het hebben over gebruik van zwijgen voor het bewijs, is het van belang eerst te begrijpen wat, vanuit bewijstheoretisch perspectief, bewijzen is en hoe zwijgen daarin een rol kan spelen. Het bewijzen van strafbare feiten gaat over het maken van gevolgtrekkingen uit de beschikbare belastende informatie. In sommige gevallen is dat eenvoudig, zoals wanneer een verdachte bekent of wanneer het plegen van het strafbare feit is opgenomen op video en de verdachte duidelijk te herkennen is op die beelden. In dergelijke gevallen is als het ware (en soms dus letterlijk) de hele film van het plegen van dat feit in beeld. In andere gevallen moet het verhaal van de film grotendeels nog worden gereconstrueerd en zijn voor het trekken van conclusies over daderschap verschillende redeneerstappen nodig. Bijvoorbeeld als het daderschap van de verdachte bij een gewelddadige overval in hoofdzaak moet worden gebaseerd op DNA van de verdachte dat is aangetroffen op een plaats delict (want wat zegt dat DNA over de aanwezigheid en handelingen van de verdachte aldaar?). Welke gevolgtrekkingen in zo'n reconstructie *mogelijk* zijn is een samenspel van belastend bewijs, de ruimte die dat

7 Zie hierover onder meer G.H. Meijer en R. ter Haar, 'Zwijgrecht en procesopstelling: het toenemende belang van het uitblijven van een aannemelijke verklaring op de bewijsbeslissing', *TPWS* 2018/27, p. 78-98.

8 In HR 28 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2124, NJ 2007/278, r.o. 3.5 en HR 27 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4094, NJ 2006/473, r.o. 3.4 (*Geldkoerier II*) oordeelde de Hoge Raad, in navolging van de bedoeling van de wetgever blijkens *Kamerstukken II 1999-2000*, 27159, nr. 3, p. 16 (MvT), dat zo'n rechtstreeks verband niet nodig is voor bewezenverklaring van witwassen.

9 Naar aanleiding van jurisprudentie van de Hoge Raad (met name HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0787, NJ 2010/456 (*Cambio*); HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2471, NJ 2010/460 (*Geldkoerier III*)) heeft het Hof Amsterdam een "stappenplan" geformuleerd, zie Hof Amsterdam 11 januari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BY8481. Zie ook Anti Money Laundering Centre, *Stappenplan voor een veroordeling voor witwassen zonder aantoonbaar gronddelict*, versie juni 2017, te raadplegen via [www.amlc.nl/wp-content/uploads/2018/03/6-stappenplan-Nederlands-versie-juni-2017.pdf](http://www.amlc.nl/wp-content/uploads/2018/03/6-stappenplan-Nederlands-versie-juni-2017.pdf). Zie recent: HR 18 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2352, NJ 2019/298, m.nt. N. Rozemond; HR 23 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:668, NJ 2019/299, m.nt. Rozemond; HR 9 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1137, NJ 2019/350, m.nt. Reijntjes; HR 14 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:36, *RvdW* 2020/161; HR 2 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:156, *NJB* 2021/512.

10 HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0787, NJ 2010/456 (*Cambio*); HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2471, NJ 2010/460 (*Geldkoerier III*).

11 J.H.B. Bemelmans, *Totdat het tegendeel is bewezen*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 385-386. Vergelijk ook D.J. van Leeuwen, 'Witwassen naar Nederlands recht. Over voorhanden hebben en het bewijs van witwassen', *Delikt & Delinkwent* 2011/23; D. Braakman en C. van der Voort, 'Witwassen – struikelend naar een veroordeling of niet?', *NJB* 2021/6, p. 427-452; H. van der Kraaij & D. van Leeuwen, 'De cabrio-methode: zo gewonnen, zo geronnen?', *AA* 2010/77.

12 J.H. Crijns en M.J. Dubelaar, 'Erosion of the right to silence in Dutch criminal justice?', in: L. Eidam, M. Lindemann en A. Ransiek (red.), *Interrogation, confession, and truth: Comparative studies in criminal procedure*. Schriften zum Internationalen und Europäischen Strafrecht nr. 43, Baden-Baden: Nomos 2020, p. 143.

13 G.H. Meijer en R. ter Haar, 'Zwijgrecht en procesopstelling: het toenemende belang van het uitblijven van een aannemelijke verklaring op de bewijsbeslissing', *TPWS* 2018/23.

bewijs laat voor een alternatieve uitleg, ervaringsregels over oorzaak en gevolg, en contextuele informatie (anders gezegd: het bewijs en de bewijsredenering zijn ingebed in de kennis van de wereld om ons heen). In dat samenspel speelt logischerwijs ook (het uitblijven van) een aannemelijke verklaring van de verdachte een rol. Van belang is echter ook welke gevolgtrekkingen *nodig* zijn, of anders gezegd, wat precies moet worden bewezen. Om in de sfeer van de cinema te blijven: bij witwassen hoeft een groot deel van de film niet eens te worden ingevuld. Het is hier vooral de wijze waarop het delict is vormgegeven die maakt dat ervaringsregels over oorzaken van het hebben van grote hoeveelheden geld of luxegoederen, en de (afwezigheid van een aannemelijke) alternatieve verklaring van de verdachte, een grote rol vervullen bij het bewijzen ervan. Bij andere delicten moet op basis van de delictomschrijving meer van de film worden getoond, maar geldt tegelijkertijd dat dit mogelijk is door middel van de hiervoor genoemde reconstructie. Een voorbeeld is een verdenking van diefstal. Wordt een verdachte kort na een melding van een nachtelijke woninginbraak vlak bij de desbetreffende woning met de gestolen spullen aangetroffen in een boom,<sup>14</sup> dan zal dat eerder de gevolgtrekking ‘wegnemen van een goed van een ander met als oogmerk wederrechtelijke toe-eigening’ rechtvaardigen dan wanneer de spullen weken na de inbraak bij de verdachte thuis worden aangetroffen. De ruimte voor een alternatieve uitleg van het bewijs is, op grond van het bewijs en ervaringsregels over mensen die in bomen zitten, in het eerste geval nu eenmaal zo goed als nihil. Wat de verdachte zegt of niet zegt, zal hier niet zoveel verschil kunnen maken. In het laatste geval zullen echter andere omstandigheden het verhaal nader moeten inkleuren en alternatieven voor diefstal onwaarschijnlijker moeten maken – en daar is dus ook een grotere rol weggelegd voor wat de verdachte zegt en niet zegt.

Het is in het licht van het voorgaande dan ook niet verwonderlijk dat ook in oudere rechtspraak, juist tegen de achtergrond van het bewijs van diefstal, wordt gediscussieerd over het gebruik van onaannemelijke verklaringen voor het bewijs. Volgens Van Veen in zijn noot bij een arrest uit 1974, was het toen (al) ‘gangbaar dat de gene, die in het bezit van gestolen goed wordt aangetroffen, en niet wil zeggen van wie hij dat goed heeft gekregen, wegens diefstal van dat goed veroordeeld kan (niet moet) worden’.<sup>15</sup> Het arrest waar deze noot op ziet, is een voorbeeld van een geval waarin het bewijs en de verklaring van de verdachte leidden tot bewezenverklaring van diefstal met braak. De zaak begint – het lijkt een scène uit een oude Baantjer, maar dan de versie Rotterdam – met een anoniem telefoontje waarin ‘vermoedelijk een mannenstem sprak die zei: ‘De bij de politie bekende brandkastenkraker, Leen van E., heeft de kast bij Slotboom gepakt. Hij gaat vanavond op stap. Om 8 uur levert hij het spul af aan de Kralingseweg.’ ‘De kast bij Slotboom’ slaat op de inbraak die een maand daar-

voor werd gepleegd bij Slotbooms Goudimport: de kluis was opengebrand en leeggehaald. Naar aanleiding van het telefoontje haalt de politie Leen van E. in zijn blauwe Simca van de weg en ontdekt, op de vloer rechts naast de bestuurdersplaats, een groene badtas met daarin, zo blijkt later, een deel van de buit (zeven plakken goud en een heleboel gouden horloges). De verdachte verklaart dat hij niets weet van de inhoud van de tas en dat hij zijn auto eerder die dag heeft uitgeleend aan een familielid. Hij wil niet zeggen wie. Het hof overweegt in zijn uitspraak dat het geen geloof hecht aan de verklaring van de verdachte, ervan uitgaat dat hij met deze verklaring de waarheid heeft willen bemantelen, en om die reden de onware opgaven van de verdachte ‘zal laten medewerken tot het bewijs’. Het cassatiemiddel gooit het over de formele boeg en stelt dat het niet willen verklaren van de verdachte niet als ‘verklaring van de verdachte’ kan meetellen en evenmin ‘eigen waarneming van de rechter kan zijn’. Ofwel dat er hier geen sprake kan zijn van een bewijsmiddel in de zin van artikel 339 Sv. De Hoge Raad echter overweegt – en dit is onze vertaling van de wat ons betreft niet heel toegankelijke bewoordingen uit een tijd waarin wij nog niet geboren waren – dat de weergave van de verklaring van de verdachte in het arrest niet moet worden gezien als het weergeven van een bewijsmiddel. Dat kan het immers niet zijn, want de verklaring wordt niet geloofd en is dus niet redengevend. Het noemen van de verklaring van de verdachte moet volgens de Hoge Raad enkel worden opgevat als een gevolgtrekking, en wel die dat de verdachte ‘geen aannemelijke verklaring’ heeft gegeven voor het aantreffen van de gestolen goederen.

Kortom, wij denken te zien dat ook in 1974 al,<sup>16</sup> de Hoge Raad de feitenrechter in zijn algemeenheid de ruimte gunde om gebruik te maken van onaannemelijke verklaringen als het gaat om het trekken van conclusies uit het bewijs, zoals dat nu ook kan in de bewijsconstructie van witwassen. Dat is nu eenmaal in lijn met wat bewijzen is. De specifieke ruimte die bestaat voor het gebruik van zwijgen of een onaannemelijke verklaring in een bewijsredenering wordt evenwel in de eerste plaats bepaald door de bestanddelen van het desbetreffende delict, of anders gezegd, wat precies bewezen moet worden. Bij witwassen is die ruimte groter dan bij diefstal (daar kun je kritiek op hebben maar dan moet je bij de wetgever zijn). De casus van brandkastenkraker Leen is wat ons betreft voorts geen ondersteuning van de gedachte dat er vroeger *minder gewicht* zou worden gehecht aan het gebruik van zwijgen of niet-aannemelijke verklaringen

16 Helaas gaat de databank van de rechtspraak niet zo ver terug in de geschiedenis dat we naast de besproken uitspraak nog andere uitspraken vanaf de jaren '70 hebben kunnen onderzoeken. In de conclusie bij HR 8 juni 1993, ECLI:PHR:1993:AC0416, NJ 1993/514 worden echter nog andere, ongepubliceerde uitspraken van de Hoge Raad genoemd met situaties waarin bezit van gestolen (waarvan één met verklaring van de verdachte daarover) leidde tot bewezenverklaring: HR 30 januari 1990, nr. 86087 (opgaven van de verdachte over de manier waarop hij aan de goederen was gekomen); HR 14 mei 1991, nr. 88965 (verdachte werd nog geen twee uur nadat de landbouwtrekker was gestolen, rijdend daarmee aangetroffen tussen de plaats van de diefstal en zijn woonplaats, terwijl hij met gedoofde lichten reed).

14 Zoals in Rb Amsterdam 27 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:6601.

15 HR 19 maart 1974, NJ 1974, 241, m.nt. Th.W. van Veen, overweging 1.

dan nu het geval is, of anders gezegd: dat er zwaardere eisen werden gesteld aan het bewijs, in dit geval voor diefstal.<sup>17</sup> Wij vinden het bewijs zoals het er staat in ieder geval niet heel sterk.

### 3. De formele benadering van vroeger versus beter argumenteren nu

Wat opvalt aan oudere rechtspraak over gebruik van zwijgen of van verklaringen die de rechter niet gelooft, is de formele wijze waarop dat vraagstuk werd benaderd. Anders gezegd: de focus heeft altijd sterk gelegen op de vraag in welke vorm de proceshouding van de verdachte kon worden gebruikt.<sup>18</sup> Zo bepaalde de Hoge Raad dat zwijgen niet als bewijsmiddel mag worden gebruikt<sup>19</sup> – zwijgen is op zichzelf immers niet redenevend. Daarnaast is, naar aanleiding van de acceptatie door de Hoge Raad van de kennelijk leugenachtige verklaring als bewijsmiddel,<sup>20</sup> de vorm waarin die leugen dan moet worden opgenomen in de literatuur steeds een belangrijk vraagpunt.<sup>21</sup> Als eigen waarneming van de rechter of toch als verklaring? Wat naar ons idee aan deze formele benadering mede ten grondslag ligt, is het feit dat het denken over wat bewijzen is, en hoe je dat goed zou kunnen doen, nog niet erg hoog op de strafrechtsagenda stond. Inmiddels is dat wel enigszins veranderd. Zo is het denken in alternatieve scenario's gemeengoed geworden.<sup>22</sup> Ook het besef dat je bij bewijzen niet enkel gebruikmaakt van de wettige bewijsmiddelen maar on-

vermijdelijk ook van contextuele informatie – algemeen bekende informatie die niet in die bewijsmiddelen is opgenomen of informatie die niet direct redenevend is voor het daderschap maar wel het verhaal kleurt – dringt langzaam door.<sup>23</sup>

Precies dergelijke inzichten zijn relevant bij een verantwoord gebruik van de proceshouding van de verdachte in een bewijsconstructie. Het bewijs dat vervat is in de bewijsmiddelen krijgt mede betekenis door de vraag of en hoe (goed) de verdachte een alternatieve uitleg geeft aan dat bewijs. Hoe waarschijnlijk de alternatieve uitleg dan wel de schuldige uitleg van een bewijsmiddel is, wordt niet alleen bepaald door het bewijs maar ook door hoe goed die uitleg past bij onze kennis van de wereld. Bewijsmiddelen staan nooit op zichzelf, hun redenevendheid krijgt betekenis in een redenering waarbij ook andere informatie dan die uit de 'formele' bewijsmiddelen wordt gebruikt. Het onderscheid dat vroeger werd gemaakt tussen 'onder de streep' (kort door de bocht: de redenering) en 'boven de streep' (de bewijsmiddelen) is wat ons betreft een voorbeeld van hoe dat vroeger nog niet scherp op het netvlies stond.<sup>24</sup> En hoewel dat ongetwijfeld nog scherper kan en er nog steeds wordt geworsteld met de wijze waarop bewijsmiddel en redenering zich tot elkaar verhouden,<sup>25</sup> is onze hypothese dat rechters beter zijn geworden in motiveren en redeneren dan vroeger. De rechtspraak van de Hoge Raad inzake het niet mogen gebruiken van het zwijgen als bewijsmiddel is deels rechtspraak over feitenrechters die een bewezenverklaring goed hadden kunnen onderbouwen maar niet wisten hoe.<sup>26</sup> Het gebruik van het zwijgen in bewijsmotiveringen is naar ons idee eerder een uiting van dat beter een plek weten te geven, dan van meer gewicht geven.

- 17 De bewezenverklaring valt of staat met de anonieme melding. Vermoedelijk zal bij het hof de bekendheid van Leen bij de autoriteiten, en wellicht ook zijn modus operandi, eveneens een duit in het zakje hebben gedaan. Dat lijkt echter allemaal niet te zijn opgenomen in de bewijsconstructie – die door de Hoge Raad werd goedgekeurd (daarbij uiteraard wel gestuurd door de cassatiemiddelen).
- 18 Vergelijk bijv. HR 3 maart 1964, ECLI:NL:HR:1964:27, NJ 1964/400, m.nt. B.V.A. Röling met HR 27 juni 1972, ECLI:NL:PHR:1972:AB6156, NJ 1872/492, m.nt. Th.W. van Veen. Zie ook W.H.B. Dreissen, *Bewijsmotivering in strafzaken* (diss. Maastricht), Den Haag: Boom juridisch 2007, p. 75-81, 203-206.
- 19 Zie bijv. HR 27 juni 1972, ECLI:NL:PHR:1972:AB6156, NJ 1872/492, m.nt. Th.W. van Veen; HR 3 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0196, NJ 1996/109; HR 12 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0404, NJ 1996/539; HR 10 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC9312, NJ 1999/139.
- 20 HR 6 mei 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AB9411, NJ 1987/60 m.nt. ThWvV. Zie ook HR 24 maart 1987, nr. 80403A, NJ 1987/893; HR 22 september 1992, ECLI:NL:PHR:1992:AD1741, NJ 1993, 55, m.nt. ThWvV.
- 21 Dreissen 2007, p. 199-203; Y. Buruma, 'Betrouwbaar bewijs', *DD* 2009/23, p. 312; G.J.M. Corstens en M.J. Borgers, *Het Nederlandse Strafprocesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 774; A.N. Biersteker en B. de Wilde, 'Het gebruik van kennelijk leugenachtige verklaringen van verdachten in bewijsmotiveringen', *DD* 2015/77, p. 842-858; N. Jörg, 'Artikel 29 [Verhoor van verdachte]', in: A.L. Melai en M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, aant. 17.4.
- 22 C.E.H. Berger en D.J.C. Aben, 'Bewijs en overtuiging: Een helder zicht op valkuilen', *E&R* 2010/5-6, 1; C.P.M. Cleiren en M.J. Dubelaar, 'De betekenis van het scenariodenken voor het bewijs op grondslag van de tenlastelegging en de rechterlijke onderzoeksplicht', *Strafbblad* 2014/6, p. 439-448; B. Lettinga, 'Recht doen aan alternatieve scenario's', *PROCES* 2015/94, p. 50-61; J. Kort, 'Alternatieve scenario's', in: J. Kort, *Politiemensen, officieren en rechters over strafrecht* (diss. Nijmegen), Staat en Recht nr. 49, De-

- venter: Wolters Kluwer 2020, § 6.3.4. Op rechtspraak.nl levert de zoekterm 'alternatief scenario' 5.646 resultaten op.
- 23 R. Meester en L. Stevens, 'Correct redeneren: wat een Bayesiaanse analyse zegt over vier recente strafrechtelijke uitspraken', *E&R* 2021(3), p. 112-121, waarin zij onder meer stellen dat de rechter de a priori geloofwaardigheid van alternatieve scenario's (de verklaring van de verdachte) ook meeweegt.
- 24 Zie hierover Dreissen 2007, p. 106-111.
- 25 Zoals bij de Promis-motiveringen. Zie daarover M.J. Dubelaar, *Betrouwbaar getuigenbewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 395.
- 26 Zo was volgens ons bijvoorbeeld in HR 3 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0196, NJ 1996/109 en HR 10 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC9312, NJ 1999/139 wel genoeg bewijs voorhanden voor bewezenverklaring maar werden de uitspraken vernietigd door de Hoge Raad vanwege een onjuiste motivering.

## 4. Tot slot

Door verschillende auteurs wordt geopperd dat tegenwoordig meer ruimte bestaat voor het gebruik van het zwijgen in de bewijsconstructie, en dat het zwijgen meer gewicht zou krijgen. Wij zetten daar in deze bijdrage een andere hypothese tegenover. Gebruik van zwijgen mocht 'vroeger' ook, en gebeurde ook. Het gebeurde alleen minder handig. Hoe de proceshouding van de verdachte wordt gebruikt, hangt bovendien af van wat precies beezen moet worden. Met het langzame binnendringen van bewijstheorie uit andere disciplines – zoals de rol van alternatieve scenario's bij het bepalen van de bewijskracht van het bewijs – krijgt de rechter meer handvatten om een goede bewijsredenering op te zetten. Het gebruik van zwijgen of een niet-aannemelijk geworden verklaring wordt dus wellicht vaker expliciet gemaakt in een bewijsconstructie. Dat betekent niet noodzakelijkerwijs dat er meer mag, of dat zwijgen meer gewicht krijgt. Eerder is er sprake van oude wijn, maar dan in nieuwe zakken.