

Bewijs in het licht van nemo tenetur

Floriaan H. Went, mei 2007

Terugblik

Hoewel het nemo tenetur-beginsel¹ primair ziet op een verbod van onbehoorlijke dwang met het doel dat een verdachte zichzelf belast, ingegeven door het streven al te inquisitoire verhoormethoden en daaruit voortvloeiende rechterlijke dwalingen te voorkómen,^{2,3} is het beginsel jonger dan men wellicht zou denken. Beccaria verzette zich in *Dei delitti e delle pene* weliswaar tegen marteling, hij verdedigde daar wel *zeer zware* en *afschrikkende* straffen voor verdachten die bij een verhoor zouden weigeren te antwoorden.⁴ In weerwil van de afschaffing van de pijnbank in Nederland aan het einde van de 18^e eeuw in de geest van de verlichting, bleven bullenpeesslagen als middel tot gepaste(re) antwoorden van verdachten de eerstvolgende jaren toch gehandhaafd.⁵ De plicht van de verdachte tot antwoorden die nog in het Wetboek van Strafvordering (Sv) van 1838 in artikel 185 lid 3 Sv was verankerd, werd pas in het wetboek van 1886 geschrapt. In artikel 29 Sv van het wetboek van 1926 werd echter niet alleen een zwijgrecht aan de verdachte toegekend, maar ook

¹ 'Nemo tenetur' verwijst naar de Latijnse adagia: '*nemo tenetur prodere se ipsum*', '*nemo tenetur edere contra se*' of '*nemo tenetur se auctusare*'. Kort samengevat gaat het om het recht tegen zelfbelasting, het zwijgrecht en de cautieplicht.

² Valse bekentenissen zijn niet alleen niet denkbeeldig bij marteling maar ook bij verhoren waar mentale pressie wordt uitgeoefend, vgl. Rassin (2005), p. 92-100 en daar aangehaalde literatuur.

³ Het gaat hierbij om het pressieverbod. Vgl. onder velen Koops & Stevens (2003), p. 286; Van Veen (1998), p. 11; Naeyé (2002), '20.5. Het zwijgrecht als waarborgnorm'. Ook het EHRM ziet het primaire doel van het nemo tenetur-beginsel (mede) in het voorkómen van *improper compulsion* en daaruit voortvloeiende *miscarriages of justice*, zie EHRM 25 februari 1993, *Series A* 256-A, NJ 1993, 485 (m. nt. Kn) (Funke v. France), par. 45; EHRM 8 februari 1996, NJ 1996/725 (Murray v. UK), par. 45; EHRM 17 december 1996, Reports 1996-VI, NJ 1997/699 (Saunders v. UK), par. 68.

⁴ Zie Jörg (2005), 'Aant. 4. Enkele historische notities over het verhoor van de verdachte' en zijn verwijzing naar de Nederlandse vertaling van *Dei delitti e delle pene* in Michels (1971), p. 340.

⁵ Zie Jörg (2005) en zijn verwijzing naar De Wind (1827), p. 24-25.

cautie verplicht gesteld. Laatstgenoemde werd 1937 geschrapt en 1974 opnieuw ingevoerd.

Het nemo tenetur-beginsel is niet alleen tamelijk jong maar ook van oudsher onder druk. Van Heynsbergen (1922) schreef in het jaar 1922 over “*Het dwaze en ziekelijke van het voorschrift (art. 29), uitspruitsel van een zwakke geest [...]*”⁶ en nog in het jaar van invoering 1925 kwam een amendement tot stand met strekking tot het schrappen van het artikel.⁷ Rond anderhalf decennia later sprak de toenmalige minister van justitie Schaik in verband met dezelfde wetsbepaling van “*een distel tussen bloemen*”.⁸

Status quo

Ook aan het begin van de 21^{ste} eeuw zijn zwijgrecht en cautieplicht in Nederland omstreden. Kort na de moord op Fortuyn in 2002 overwoog de LPF afschaffing van het zwijgrecht,⁹ een open brief van strafrechtsgeleerden aan de minister van Justitie getuigde van bezorgdheid omtrent de status van het nemo tenetur-beginsel¹⁰ en in het licht van grotere belangstelling voor de positie van slachtoffers stelde Schipper (2002) de mededelingsplicht ter discussie. Jörg (2005) schrijft met het oog op toekomstige ontwikkelingen rond het beginsel: “*Afgewacht moet worden waartoe parlementair populisme in justitieaangelegenheden op dit punt zal leiden.*”¹¹

De regel die de Hoge Raad vanaf 1977 met betrekking tot nemo tenetur bezigt, luidt: “*In het Nederlandse recht is niet 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*”.¹²

⁶ Zie Van Heynsbergen (1922), p. 178; geciteerd in Jörg (2005), ‘Aant. 21. Is art. 29 bevredigend of niet?’.

⁷ Zie Jörg (2005), ‘Aant. 5. De wetsgeschiedenis van art. 29’.

⁸ Zie Jörg (2005), ‘Aant. 21. Is art. 29 bevredigend of niet?’.

⁹ Zie De Telegraaf 25 augustus 2002, ‘LPF wil zwijgrecht afschaffen’; Trouw 26 augustus 2002, ‘CDA en VVD zien niets in schrappen zwijgrecht’; NRC Handelsblad 28 augustus 2002, p. 7.

¹⁰ Zie Sutorius e.a. (2002); en de reactie hierop van Barendrecht (2002).

¹¹ Zie Jörg (2005), ‘Aant. 5. De wetsgeschiedenis van art. 29’.

¹² Zie HR 15 februari 1977, NJ 1977/557. Later herhaalt in o.a. HR 9 oktober 1984, NJ 1985/176; HR 22 juni 1999, NJ 1999/648; HR 19 september 2006, nr. 00895/05 E, LJN: AV1141. Koops & Stevens (2003), p. 285, schrijven dat de

Een overweging die Corstens (2002) tot de opmerking bracht dat de Nederlandse strafrechtspleging de *nemo tenetur*-regel niet zou kennen.¹³

Deze regel is in Nederland thans in artikel 29 Sv, een twintigtal andere bepalingen van dit wetboek¹⁴ en enkele bijzondere wetten vastgelegd.¹⁵ Met de vierde tranche van de Algemene wet Bestuursrecht (Awb) zullen zwijgrecht en cautiplicht bij bestuurlijk verhoor met het oog op bestraffende sancties worden ingevoerd.¹⁶

Uitvloeiselen van het *nemo tenetur*-beginsel komen ook voor in het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR)¹⁷ en worden door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) *inter alia* gelezen in artikel 6 van het Europese Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM).¹⁸ Ook het Verdrag van Genève betreffende de behandeling

formule door de Hoge Raad na EHRM 17 december 1996, Reports 1996-VI, NJ 1997/699 (Saunders v. UK) niet meer zou zijn gebruikt. Dit standpunt strookt echter niet alleen niet met de voorbeelden die Koops (2000), p. 27 voor de formule geeft, namelijk o.a. twee arresten die dateren ná Saunders: HR 23 juni 1998, NJB 1998, p. 1363 en HR 22 juni 1999, NJ 1999, 648; de formule is bij de Hoge Raad en ook feitelijke instanties onverminderd populair.

¹³ Zie Corstens (2002), p. 264.

¹⁴ Zie de opsomming in Koops & Stevens (2004), ‘Aant. 5, Het *nemo tenetur*-beginsel’.

¹⁵ Zoals zwijgrecht en cautiplicht in art. 53 Mw; art. 67j AWR.

¹⁶ Zie art. 5.0.11 Awb-IV. Het bestuursrechtelijke zwijgrecht en de cautiplicht zijn niet toepasselijk bij herstelsancties. Het genoemde artikel introduceert – in aansluiting op het strafrecht, zie Kamerstukken II 2003/04, 29 792, nr. 3, p. 96) – het begrip *verhoor* in het bestuursrecht. Het is maar de vraag of het begrip op dezelfde wijze zal worden opgevat als in het strafrecht, waardoor ook schriftelijke verklaringen onder het recht kunnen vallen, zie HR 21 oktober 1997, NJ 1998/173. Vgl. in dit verband ook Kamerstukken II 2005/06, 29 702, nr. 7, p. 41; Michiels e.a. (2006), p. 51; Hartmann & Rogier (2004), p. 1878.

¹⁷ Art. 14 lid 3 sub g IVBPR.

¹⁸ Terwijl het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG) in 1989 in de zaak HvJEG 18 oktober 1989, 374/87, *Jur.* p. 3343, 3350, *JCP* 1990.II.21346 (Orkem) nog stelde dat uit het EVRM geen recht tegen zelfincriminatie zou voortvloeien, heeft het EHRM het *nemo tenetur*-beginsel rond vier jaar later, in EHRM 25 februari 1993, *Series A* 256-A, NJ 1993, 485 (m. nt. Kn) (Funke v. France) voor het eerst wél geschaard onder art. 6 lid 1 EVRM. De formule die het EHRM sindsdien bezigt, luidt: “[...] *the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6.*”. Overigens heeft de

van krijgsgevangenen, het Statuut van het Joegoslavië-Tribunaal, het Rwanda-Tribunaal en het Internationaal Strafhof kennen nemo tenetur-formules.¹⁹

Doelen, grondslagen en normen

Met het genoemde pressieverbod ziet het beginsel op de eerbiediging van de verdachte als procespartij,²⁰ zijn menselijke waardigheid²¹ (lichamelijke en psychische integriteit) en wil.²² Het dient, zoals gezegd, ook de betrouwbaarheid van bewijs.

Het beginsel kan worden gefundeerd in de onschuldpresumptie²³ en de rechtstatelijke notie van grondrechten. Het zwijgrecht kan ook worden afgeleid uit de vrijheid van meningsuiting.²⁴

Zoals al is gebleken, betreffen de normen die onder het nemo tenetur-beginsel vallen het recht tegen verplichte zelfbelasting, het zwijgrecht en de cautie.

Schending

Bij inbreuken op de geboden van nemo tenetur gaat het om vormverzuimen. Zij behelzen *substantiële*, niet zijnde *formele* nietigheden en kunnen, maar behoeven niet noodzakelijk tot nietigheid leiden.²⁵ Schending kan in beginsel leiden tot enkele vaststelling of herstel daarvan, strafvermindering, bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie (hierna

Europese Commissie een jaar geleden een Groenboek over het beginsel uitgebracht (Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Groenboek over het vermoeden van onschuld*, COM(2006) 174, Brussel: 2006) en de Nederlandse regering hierop gereageerd (Kamerstukken II 2005/06, 22 112, nr. 455).

¹⁹ Respectievelijk art. 99 GCIII; art. 42 sub A sub iii ICTYS; art. 20 lid 4 sub g ICTRS; art. 55 lid 1 sub a en b en art. 55 lid 2 sub b ICCS.

²⁰ Zie o.a. Jörg (2005), 'Aant. 8. Het nemo-teneturbeginsel'; Koops & Stevens (2003)

²¹ Zie bijv. Koops & Stevens (2004), 'Aant. 5. Het nemo-teneturbeginsel'.

²² Zie o.a. EHRM 17 december 1996, Reports 1996-VI, NJ 1997, 699 (Saunders v. UK). EHRM 21 december 2000, appl. nr. 36887/97 (Quinn v. Ireland); EHRM 20 oktober 1997, appl. nr. 20225/92, NJ 1998, 758 (Serves v. France)).

²³ Zie o.a. EHRM 17 december 1996, Reports 1996-VI, NJ 1997, 699 (Saunders v. UK), par. 68.

²⁴ Zie ECRM 13 oktober 1992, *Series A 255-B* (K. v. Austria).

²⁵ Zie Embregts (2004), 'Artikel 359a, Aant. 3'.

O.M.) - een en ander in huidig Nederlands context overeenkomstig het tamelijk nieuwe artikel 359a Sv²⁶ en de desbetreffend instructieve jurisprudentie van de Hoge Raad.²⁷ Een en ander zal hieronder summier worden toegelicht.

Zwijgen als bewijs?

Een beroep van een verdachte op zijn zwijgrecht kan in Nederland niet als bewijsmiddel tegen hem worden gebruikt.²⁸ De strafrechter mag de weigering echter wel in zijn overwegingen betrekken²⁹ indien “*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 van het hem ten laste gelegde feit, geen redelijke, die redengevendheid ontzenuwende verklaring heeft gegeven*”.³⁰ Als er kortom sprake is van een beroep op het zwijgrecht ondanks *fumus boni juris*, mag de weigering de overtuiging van de rechter negatief beïnvloeden. Het beroep van een verdachte op zijn zwijgrecht verzet zich volgens de Hoge Raad echter niet tegen verbalisering van niettemin door de verdachte gedane uitlatingen en het gebruik daarvan als bewijsmiddel.³¹

In de kantlijn zij hier gewezen op het principiële verschil in positie van de verdachte met zijn zwijgrecht³² enerzijds en de

²⁶ Ingevoerd bij wet van 14 september 1995, Stb. 1995, 441 (inwerkingtreding 2 november 1996).

²⁷ HR 30 maart 2004, LJN: AM2533.

²⁸ Zie HR 1 juni 2004, NJ 2004/366; HR 10 november 1998, nr. 108.239.

²⁹ Anders: Spronken (2005), *Zwijgrecht*, ‘Aant. 3. Zwijgrecht (lid 1)’.

³⁰ Zie HR 12 november 1974, NJ 1975/41; HR 3 juni 1997, nr. 104750, DD 97.279, NJ 1997/584 (Strippenkaart). Zie ook Van Woensel (2003), ‘Aant. 5. De objecten van de eigen waarneming’. Het EHRM accepteerde het gebruik van het zwijgen als één bewijsmiddel onder velen in de (Engelse) zaak EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725 (Murray v. UK) (par. 47).

³¹ HR 15 januari 1991, NJ 1991/382. Dit wringt met EHRM 17 december 1996, Reports 1996-VI, NJ 1997, 699 (Saunders v. UK).

³² Overigens valt dit zwijgrecht niet samen met een recht om niet te worden ondervraagd. Uit art. 29 lid 3 Sv kan een dergelijk recht om te verhoren wel gelijk worden afgeleid, zij het dat in het wetboek nergens een verhoorrecht van lagere opsporingsambtenaren is geclausuleerd, zie Jörg (2005), ‘Aant. 8. Het nemo-teneturbeginsel, onder 8.5’.

getuige met een plicht om (naar waarheid) te verklaren anderzijds, welke plicht door gijzeling kan worden ondersteund.³³

Getuige / medeverdachte

Een verdachte kan in een dergelijk stelsel principieel niet als getuige tegen zichzelf optreden – wat niet wegneemt dat zijn verklaring of een gedeelte daarvan tegen hem kan worden gebruikt.³⁴ De belastende verklaring van een formeel medeverdachte mag volgens artikel 341 derde lid Sv niet worden gebruikt tegen de verdachte, deze wordt in die verhouding ook door zijn zwijgrecht beschermt. Aan een getuige komt een verschoningsrecht toe betreffende verklaringen die hem zelf, bloed- en aanverwanten (etcetera) belasten.³⁵

Geen cautie

Uitblijvende mededeling bij verhoor aan een verdachte dat hij niet tot antwoorden verplicht is, leidt tot onbruikbaarheid van die verklaring tenzij de verdachte door het verzuim niet in zijn belang is geschaad of het verzuim kan worden hersteld.³⁶ Secundair bewijsmateriaal dat na een dergelijk verhoor wordt verkregen, behoeft niet te worden uitgesloten indien “*aannemelijk is dat ook andere factoren aan de verkrijging hebben bijgedragen*”.³⁷ Niet alle vragen van opsporingsambtenaren worden gesteld in het kader van verhoor. De vragen “*Is dit pistool van u?*” en “*Van wie is die heroïne?*” werden door de Hoge Raad niet als verhoor met cautieplicht opgevat.³⁸

³³ Zie o.a. art. 291 en art. 294 Sv.

³⁴ Zie Garé & Beijer (2000), ‘Aant. 2. Wie kan of mag als getuige optreden?’.

³⁵ Zie art. 219 Sv.

³⁶ Zie HR 26 juni 1979, NJ 1979/567 (m.nt. ThWvW); HR 2 oktober 1979, NJ 1980/243, (m.nt. GEM); Spronken (2006), ‘Aant. 5. Cautie (lid 2)’.

³⁷ Kamerstukken II 1994/95, 23 705, nr. 3, p. 26. Zie ook Embregts (2004), ‘Aant. 5. Onrechtmatig verkregen bewijs’.

³⁸ Zie Spronken (2006), ‘Aant. 5. Cautie (lid 2)’ en daar aangehaalde literatuur en jurisprudentie.

Criteria: bewijsmateriaal, dwang en fase

Mede door de sterke invloed van het *case-law* van het EHRM, dat door Koops & Stevens (2004) dienaangaande *schimmig* genoemd wordt,³⁹ lijken de *nemo tenetur*-normen bijzonder casuïstisch, dynamisch en tamelijk onoverzichtelijk. De potentieel sanctionerende invloed van het beginsel op door dwang verkregen belastende informatie lijkt wel afhankelijk te zijn van factoren die enige houvast bieden. Het gaat om (1) de aard van het bewijsmateriaal (2), de aard van de dwang en (3) de fase waarin de justitiabele werd gedwongen tot het verstrekken van deze informatie. Ondanks een sterk onderling verband, worden deze punten hieronder apart toegelicht.

1. *Aard bewijsmateriaal*

De regel in artikel 29 Sv verbiedt vorderingen aan een verdachte om bij verhoor zelfincriminerende mondelinge of schriftelijke⁴⁰ *verklaringen* af te leggen. Rechtstreeks middels overtreding van dit verbod vergaarde informatie is onrechtmatig verkregen⁴¹ en mist bewijskracht. Het gebruik, als belastend bewijsmiddel, van *bestaande administratieve bescheiden* die door een verdachte op daartoe strekkende vordering verplicht werden verschaft, werd door de Hoge Raad niet onjuist geacht omdat niet kon worden gezegd dat het bij deze administratieve bescheiden ging om *afgelegde verklaringen* of schriftelijke *inlichtingen*.⁴²

Er bestaan diverse wettelijke regels die justitiabelen, waaronder verdachten, verplichten tot het dulden van de bewijsgaring of hen zelfs een passieve of actieve medewerkingplicht opleggen.⁴³

³⁹ Koops & Stevens (2004), 'Aant. 5. Het nemo-teneturbeginsel'.

⁴⁰ HR 21 oktober 1997, NJ 1998/173.

⁴¹ Zie bijv. HR 26 oktober 1993, NJ 1994/229.

⁴² Zie HR 29 oktober 1996, NJ 1997/232. In het licht van EHRM 3 mei 2001, appl.nr. 31827/96, NJ 2003/354, (m.nt. Sch) (J.B. v. Switzerland) is onzeker of dit criterium (verklaring versus administratief bescheid) nog doorslaggevend is. Betoogd kan worden dat meer van belang is, of het bestaan van de documenten bij het vorderende orgaan wel met zekerheid vast staat.

⁴³ Te denken valt bijv. aan art. 56, 61a, 96b, 195, 195d, 539p, 539u, 539v, 551 lid 1 Sv; 5:20 Awb; art. 47, 81 AWR; art. 164, 165 WWV; art. 18, 19 WED; art. 9 Opw; art. 52 WWM; art. 69 Mw jo art. 5:20 Awb. Vgl. hierover ook Koops & Stevens (2004), 'Aant. 5. Het nemo-teneturbeginsel'.

Doorgaans gaat het hierbij om “*informatie welke bestaat onafhankelijk van de wil*” van de justitiabele: onder meer bestaande documenten, DNA-materiaal, urine, stemgeluid (t..b.v. identificatie), bloed, vingerafdrukken en adem vallen in deze categorie.⁴⁴ Mits bevoegd verkregen,⁴⁵ zal het gebruik als bewijs van dergelijke informatie geen strijd met het nemo tenetur-beginsel opleveren, ook niet als zij onder dwang en tegen de wil van de justitiabele werd vergaard.⁴⁶ Evenmin kan de tot inlichting verplichte zich beroepen op het verschoningsrecht, hij is immers geen getuige.⁴⁷

Van strijd is wél sprake indien het bestaan van onder dwang verkregen documenten ten tijde van de vordering bij de vorderende autoriteit (nog) niet met zekerheid vast stond;⁴⁸ *fishing expeditions* zijn niet toegestaan.

2. Aard dwang

Dwang tijdens verhoor kan worden onderverdeeld in ongeoorloofde en geoorloofde dwang. Bij ongeoorloofde dwang gaat het om fysieke of psychische druk die tot gevolg heeft dat een gedane verklaring niet kan worden geacht te zijn afgelegd in vrijheid. Inbreuken op de lichamelijke integriteit tijdens verhoren kunnen strijd opleveren met artikel 3 EVRM,⁴⁹ inbreuken op de psychische integriteit ook strijd met artikel 8 EVRM.⁵⁰ Resultaten

⁴⁴ Zie EHRM 17 december 1996, Reports 1996-VI, NJ 1997/699 (Saunders v. UK), par. 69;

⁴⁵ En onder omstandigheden ook indien onrechtmatig verkregen, zie Rb Den Bosch 7 september 2005, nr. 01/990002-04, nr. 01/993201-05. Vgl. ook EHRM 12 mei 2000, appl.nr. 35394/97, NJ 2002/180 (Khan v. UK).

⁴⁶ Zie bijv. HR 30 september 1997, nr. 104.246.

⁴⁷ Zie Naeyé (2002), ‘20.9. Zwijgrecht versus informatieplicht’.

⁴⁸ Zie EHRM 25 februari 1993, *Series A* 256-A, NJ 1993/485 (m. nt. Kn) (Funke v. France) par. 44; EHRM 3 mei 2001, appl.nr. 31827/96, NJ 2003/354, (m.nt. Sch) (J.B. v. Switzerland)).

⁴⁹ Van belang zijn: “[...] *all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim, etc.*”, zie EHRM 18 januari 1978, *Series A*, nr. 25, par. 162 (Ireland v. UK). Ook verdenking van zwaarwegende misdrijven zoals terrorisme rechtvaardigen niet verhoortechnieken inhoudende inbreuken op de lichamelijke integriteit van verdachten, zie EHRM 27 augustus 1992, *Series A*, nr. 241-A, par. 115 (Tomasi v. France).

⁵⁰ Zie EHRM 8 oktober 1991, *Series A*, nr. 247-C, par. 49 (Costello-Roberts v. UK); Corstens & Pradel (2003), p. 319.

van het gebruik van leugendetectoren, verklaringen gedaan onder hypnose of invloed van narcoleptica worden geacht niet te zijn afgelegd in vrijheid en hebben om die reden geen bewijskracht.⁵¹ Naast marteling zijn potentieel ongeoorloofd: giften, (bepaalde⁵²) beloften, bedreiging, strikvragen en vrijheidsbeneming met het uitsluitende doel de verdachte tot een verklaring te brengen.⁵³ Misleiding door een verdeckte opsporingsambtenaar (ook indien bevoegd ex artikel 126j Sv) of een burgerinformant die tot belastende verklaringen leidt, kan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, eveneens ongeoorloofde pressie behelzen – zulke verklaringen hebben onder omstandigheden geen bewijskracht omdat zij niet kunnen worden geacht in vrijheid te zijn afgelegd.⁵⁴

Tijdens verhoor geoorloofde dwang betreft bijvoorbeeld stemverheffing, het wijzen van de verdachte op inconsistenties in zijn verklaringen, zijn zwakke procespositie, confrontatie met bewijsmateriaal en dergelijke meer.

Bewijsmiddelen welke door ongeoorloofde dwang werden vergaard, zijn onrechtmatig verkregen bewijs, evenals de rechtstreeks met dat bewijs samenhangende andere bewijsmiddelen (een dergelijke samenhang neemt de Hoge Raad niet snel aan⁵⁵). Al ligt bewijsuitsluiting volgens de doctrine dan voor de hand,⁵⁶ meen ik dat deze sanctie door rechters niet snel wordt toegepast.⁵⁷

⁵¹ Zie respectieve Spronken (2005), ‘Aant. 4. Pressieverbod (lid 1)’; HR 17 maart 1998, NJ 1998 (Hypnose). Een verklaring van een verdachte afgelegd onder hypnose welke door deze verdachte zelf werd verzocht, kan wel worden gebruikt te zijner ontlasting, zie HR 12 juni 1984, NJ 1985/135.

⁵² De belofte dat de verdachte na een bekentenis naar huis mag, werd door de Hoge Raad niet ongeoorloofd bevonden, zie HR 19 april 1988, NJ 1989/15.

⁵³ Vgl. Spronken (2005), ‘Aant. 4. Pressieverbod (lid 1)’.

⁵⁴ Zie EHRM 5 november 2002, nr. 48539/99, NJ 2004/262 (Allan v. UK) (m.nt. Sch); HR 9 maart 2004, nr. 02006/03; NJ 2004/263, JOL 2004/145 (m.nt. Sch).

⁵⁵ Zoals bijv. blijkt uit HR 18 oktober 1988, NJ 1989/430.

⁵⁶ Zie bijv. Spronken (2005), Aant. 4. Pressieverbod (lid 1).

⁵⁷ Een geval van uitblijvende bewijsuitsluiting ondanks inbreuk op het pressieverbod betreft HR 12 maart 2002, NbSr 2002, 121, LJN: AD8906. Bij enkele arresten welke in de literatuur worden genoemd als voorbeelden van bewijsuitsluiting wegens schending van het pressieverbod, werd geen bewijsuitsluiting toegepast. Bij deze gevallen ging het veeleer om motiveringsgebreken: HR 8 januari 1980, NJ 1980/202 (Richard Ireneo M.) (m.nt. VV); HR 22 januari 1980, NJ 1980/203 (m.nt. VV); HR 3 maart 1981, NJ 1981/383. Mijns inziens is het maar de vraag of – conform de in de doctrine

Indien vast zou staan dat ongeoorloofde dwang “*een ernstig inbreuk zou hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan*”,⁵⁸ zou niet-ontvankelijkverklaring van het O.M. kunnen volgen. Er is mij geen jurisprudentie bekend waar een inbreuk op het pressieverbod tot niet-ontvankelijkverklaring leidde.⁵⁹ Opmerking verdient voorts dat indien de ongeoorloofde dwang niet tot een verklaring leidde, volgens de jurisprudentie niet-ontvankelijkheid van het O.M. niet aangewezen is – bewijsuitsluiting is dan uiteraard *sowieso* niet aan de orde.

3. Fase

In de toezichtfase heeft de vordering van een toezichthouder tot verstrekking van bestaande informatie normaliter geen betrekking op een gepleegd strafbaar feit, althans wordt degene die verplicht wordt informatie te verstrekken niet verdacht een strafbaar feit te hebben gepleegd. Hierbij staat voorop, in de woorden van het EHRM: “[...] *that the privilege against self-incrimination does not per se prohibit the use of compulsory powers to obtain information outside the context of criminal proceedings against the person concerned. [...] Indeed, obligations to inform the authorities are a common feature*

heersende leer - in algemeenheid terecht kan worden gezegd dat bewijsuitsluiting ex art. 359a lid 2 Sv in geval van schending van het pressieverbod voor de hand ligt. In het reeds genoemde standaardarrest inzake art. 359a Sv (HR 30 maart 2004, LJN: AM2533) valt in rov. 3.6.4. te lezen: “*Terzijde zij opgemerkt dat art. 359a Sv niet van belang is voor vormverzuimen waardoor de betrouwbaarheid van het aldus verkregen onderzoeksmateriaal wezenlijk is beïnvloed. Dan zal het onderzoeksmateriaal immers reeds om die reden door de rechter buiten beschouwing worden gelaten*”. Het vormverzuim van de schending van het pressieverbod heeft bij uitstek een ondermijnende invloed op de betrouwbaarheid van bewijsmateriaal, waardoor dit bewijs conform de geciteerde overweging van de Hoge Raad reeds om die reden buiten beschouwing zou moeten worden gelaten.

⁵⁸ HR 30 maart 2004, LJN: AM2533, rov. 3.6.4.

⁵⁹ Dit was dan ook niet het geval bij door de Hoge Raad wel als ontoelaatbaar aangemerkte verhoormethoden: HR 13 mei 1997, NJ 1998/152 (Zaanse verhoormethode I); HR 22 september 1998, NJ 1999/104 (Zaanse verhoormethode II); HR 20 oktober 1998, NJ 2000/521 (Zaanse verhoormethode III).

of the Contracting States' legal orders and may concern a wide range of issues."⁶⁰

Het gaat hierbij om reguliere inlichtingenverplichtingen in de situatie waarin geen strafvervolging⁶¹ aanhangig is en deze ook niet valt te verwachten. Dergelijke inlichtingenplichten kunnen niet worden gepasseerd met een beroep op het nemo tenetur-beginsel.⁶² Als een justitiabele in deze fase daartoe verplicht zelfbelastende verklaringen doet, hebben zij in een latere strafprocedure echter in beginsel geen bewijskracht.⁶³

Zodra (straf- dan wel bestuursrechtelijke; het gaat om de autonome invulling van *criminal charge*, zie vn. 61) procedures, gericht op bestraffende sancties tegen een justitiabele in gang gezet of te verwachten zijn, kan hij niet verplicht worden om tegen zichzelf te verklaren en dient cautie te worden gegeven. Wordt hiermee strijdig gehandeld, is de vrucht onbruikbaar. Ook een verplichting om *reeds bestaande documenten* uit te leveren, kan in deze situatie strijd opleveren met het nemo tenetur-beginsel.⁶⁴

In het Nederlandse stelsel is van doorslaggevend belang of er sprake is van een verhoor. In de terminologie van de Hoge Raad moet worden gesproken van verhoor bij "*alle vragen aan een door een opsporingsambtenaar als verdacht aangemerkt persoon betreffende diens betrokkenheid bij een geconstateerd strafbaar feit*".⁶⁵ Bij sprake van verdenking van een strafbaar feit, kan de verdachte niet meer op straffe worden verplicht te verklaren,⁶⁶ ook

⁶⁰ Zie EHRM 8 april 2004, appl.nr. 38544/97, NJB 2004, p. 1261 (Weh v. Austria), rov. 44-45.

⁶¹ In de zin van *criminal charge* zoals bedoeld in art. 6 EVRM. Zie EHRM 21 februari 1984, Öztürk, NJ 1988/937; EHRM 24 februari 1994, Bendenoun, BNB 1994/175, waar deze term autonoom uitgelegd dient te worden en daarmee niet enkel van belang is het antwoord op de vraag of volgens de nationale wetgeving sprake is van 'strafvervolging', maar tevens de vraag naar de aard van de gewraakte gedraging en die van de sanctie.

⁶² Vgl. Naeyé (2002), '20.9. Zwijgrecht versus informatieplicht'.

⁶³ Zie EHRM 17 december 1996, Reports 1996-VI, NJ 1997/699 (Saunders v. UK).

⁶⁴ Dit lijkt althans het geval te zijn indien het bestaan van de bescheiden bij de vorderende autoriteit niet met zekerheid vast staat (zie supra; EHRM 3 mei 2001, appl.nr. 31827/96, NJ 2003/354, (m.nt. Sch) (J.B. v. Switzerland).

⁶⁵ Zie HR 2 oktober 1979, NJ 1980/243, (m.nt. GEM); HR 10 oktober 1995, DD 96.55.

⁶⁶ Zie HR 23 november 1994, NJ 1995/239 (m.nt. 'tH).

niet door een toezichthouder of bij cumulatie van toezicht- en opsporingsactiviteiten.

Nationaal gevolg constatering EHRM schending nemo tenetur

Het EHRM stelt zich terughoudend op betreffende de aard van het gevolg dat lidstaten dienen te geven aan een door het hof geconstateerde verdragsschending.⁶⁷ Indien in een lidstaat echter geen genoegzame voorziening van herstel wegens schending bestaat, kan het EHRM conform artikel 41 EVRM billijke genoegdoening toekennen.

Na een wegens het toenmalige ontbreken van een wettelijke herzieningsgrond ter zake van verdragsschending mislukt herzieningsverzoek van Van Mechelen⁶⁸ en een aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa betreffende nationale voorzieningen in geval van verdragsschendingen,⁶⁹ werd 2002 in Nederland in het eerste lid onder 3 van artikel 457 Sv de derde herzieningsgrond, herziening wegens verdragsschending, toegevoegd.⁷⁰ Terwijl justitiabelen zich daarvoor enkel tot de civiele rechter konden wenden, is thans herziening bij de strafrechter

⁶⁷ Daartoe wordt door het hof overwogen: “*The Court reiterates that, where it has found a breach of the Convention in a judgment, the respondent State is under a legal obligation to put an end to that breach and make reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach [...] The respondent Government are, in principle, free to choose the means whereby they will comply with the judgment. This discretion as to the manner of execution of a judgment reflects the freedom of choice attaching to the primary obligation of the Contracting States under the Convention to secure the rights and freedoms guaranteed (Article 1). If the nature of the breach allows for restitutio in integrum, it is for the respondent Government to effect it, the Court having neither the power nor the practical possibility of doing so itself. However, if national law does not allow - or allows only partial - reparation to be made, Article 41 empowers the Court to afford the injured party such satisfaction as appears to it to be appropriate*”, zie EHRM 10 november 2005, appl.nr. 54789/00, NJ 2006/239 (m.nt. Sch) (Bocos-Cuesta v. Netherlands).

⁶⁸ HR 6 juli 1999, NJ 1999/800 (m.nt. JdH).

⁶⁹ Recommendation nr. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights, adopted on 19 January 2000 at the 694th meeting of the Minister's Deputies.

⁷⁰ Gewijzigd bij de wet van 12 september 2002, Stb. 2002, 479 (i.w.tr. 1 januari 2003).

mogelijk. Uitgangspunt bij een herzieningsprocedure stoelend op verdragsschending is *restitutio in integrum*, dus herstel in toestand voor de schending. Schending van het nemo tenetur-beginsel zal in de regel tot heropening van de zaak leiden. Uitgangspunt is dan het stelsel van artikel 359a Sv (zie supra), het is bij de volgende procedure echter niet noodzakelijk dat de formele uitkomst een andere zal zijn.⁷¹ Slechts indien de herzieningsprocedure niet leidt tot straf of maatregel, voorziet het Nederlandse stelsel (ex artikel 89-93 Sv) in de mogelijkheid van financiële schadevergoeding.

Conclusie

Met kijk op de verschillende waarborgen die het nemo tenetur-beginsel - ook op nationaal niveau - biedt en de omstandigheid dat zij toch een substantiële invloed blijken te hebben, kan de eerder genoemde stelling van Corstens (2002), sinds 1995 raadsheer van de Hoge Raad en vanaf medio 2006 ook vice-president aldaar, niet worden onderschreven. Het nemo tenetur-beginsel blijkt een even dynamisch als invloedrijk beginsel, mijns inziens onlosmakelijk verbonden met de beginselen van de rechtsstaat, dat wel degelijk effectieve bescherming aan justitiabelen biedt. Al heeft schending daarvan in Nederland nog nooit tot niet-ontvankelijkheid geleid en wordt bewijsuitsluiting niet gauw toegepast.

Literatuur

Barendrecht (2002)

Barendrecht, M., 'Het zwijgrecht van de strafrechtgeleerden', *NJB*, 2002, p. 1729

Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Groenboek over het vermoeden van onschuld*, COM(2006) 174, Brussel: 2006

Corstens (2002)

Corstens, G. J. M., *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem: Kluwer 2002

Corstens & Pradel (2003)

Corstens, G. J. M. & Pradel, J., *Het Europese strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003

⁷¹ Vgl. Duker (2003), 'Artikel 457, Aant. 7, Veroordeling door het EHRM (lid 1 onder 3)'.

Duker (2003)

Duker, M. J. A., in: *Melai c.s., Het wetboek van strafvordering, Arnhem: Gouda Quint (losbl.)*, 2003

Embregts (2004)

Embregts, M. C. D., in: *Melai c.s., Het wetboek van strafvordering, Arnhem: Gouda Quint (losbl.)*, 2004

Garé & Beijer (2000)

Garé, D. M. H. R. & Beijer, A., in: *Melai c.s., Het wetboek van strafvordering, Arnhem: Gouda Quint (losbl.)*, 2000

Hartmann & Rogier (2004)

Hartmann, A. R. & Rogier, L. J. J., 'Bestuurlijke handhaving in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb', *NJB*, afl. 36, 2004, p. 1877-1882

Van Heynsbergen (1922)

Van Heynsbergen, P., 'Het nieuwe wetboek van strafvordering, een welkomstwoord', *TvS*, 1922,

Jörg (2005)

Jörg, N., in: *Melai c.s., Het wetboek van strafvordering, Arnhem: Gouda Quint (losbl.)*, 2005

Koops (2000)

Koops, B. J., *Verdachte en ontsleutelplicht: hoe ver reikt nemo tenetur?*, *ITeR*, 31, Deventer: Kluwer 2000

Koops & Stevens (2003)

Koops, B. J. & Stevens, L., 'J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond nemo tenetur', *DD*, afl. 33, 2003, p. 281-294

Koops & Stevens (2004)

Koops, B. J. & Stevens, L., in: *Melai c.s., Het wetboek van strafvordering, Arnhem: Gouda Quint (losbl.)*, 2004

Michels (1971)

Michels, J. M., *Over misdaden en straffen*, Antwerpen/Zwolle: Standaard/W.E.J. Tjeenk Willink 1971

Michiels e.a. (2006)

Michiels, F. C. M. A., Muller, E. R., Blomberg, A. B. (red.), *Handhaving: Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006

Naeyé (2002)

Naeyé, J., in: *Corstens, G.J.M., Doorenbos, D.R., Keijzer, N. en Van Woensel, A.M. (red.), Handboek strafzaken*, Deventer: Kluwer (losbl.), 2002

Rassin (2005)

Rassin, E., *Tussen sofa en toga, Een inleiding in de rechtspsychologie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005

Recommendation no. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights, adopted on 19 January 2000 at the 694th meeting of the Minister's Deputies

Schipper (2002)

Schipper, N. A. M., 'Ervaringen in de strafpraktijk', *NJB*, 2002, p. 1295-1298

Spronken (2005)

Spronken, T. N. B. M., in: *Strafvordering. Tekst & Commentaar*, Cleiren, C.P.M., Nijboer, J.F. (red.), Deventer: Kluwer (losbl.), 2005

Spronken (2006)

Spronken, T. N. B. M., in: *Strafvordering. Tekst & Commentaar*, Cleiren, C.P.M., Nijboer, J.F. (red.), Deventer: Kluwer (losbl.), 2006

Sutorius e.a. (2002)

Sutorius, E., Van der Wilt, H., Lissenberg, E. (red.), 'Open brief aan de minister van Justitie', *NJB*, 2002, p. 1609

Van Veen (1998)

Van Veen, T. W., *Omgaan met verdachten en getuigen in het strafproces; nemo tenetur en cautie*, Rijksuniversiteit Groningen 1998

De Wind (1827)

De Wind, S., *Bijzonderheden uit de geschiedenis van het strafregt in de Nederlanden*, Middelburg: Abrahams 1827

Van Woensel (2003)

Van Woensel, A. M., in: *Melai c.s., Het wetboek van strafvordering*, Arnhem: Gouda Quint (losbl.), 2003

Europese jurisprudentie

HvJEG 18 oktober 1989, 374/87, *Jur.* p. 3343, 3350, *JCP* 1990.II.21346 (Orkem)

ECRM 13 oktober 1992, *Series A* 255-B (K. v. Austria)

EHRM 3 mei 2001, appl.nr. 31827/96, NJ 2003/354, (m.nt. Sch) (J.B. v. Switzerland)

EHRM 5 november 2002, appl.nr. 48539/99, NJ 2004/262 (Allan v. UK) (m.nt. Sch)

EHRM 8 april 2004, appl.nr. 38544/97, NJB 2004, p. 1261 (Weh v. Austria)

EHRM 8 februari 1996, NJ 1996/725 (Murray v. UK)

EHRM 8 oktober 1991, *Series A*, nr. 247-C, par. 49 (Costello-Roberts v. UK)

EHRM 10 november 2005, appl.nr. 54789/00, NJ 2006/239 (m.nt. Sch) (Bocos-Cuesta v. Netherlands)

EHRM 12 mei 2000, appl.nr. 35394/97, NJ 2002/180 (Khan v. UK)

EHRM 17 december 1996, Reports 1996-VI, NJ 1997/699 (Saunders v. UK)

EHRM 18 januari 1978, *Series A*, nr. 25, par. 162 (Ireland v. UK)

EHRM 20 oktober 1997, appl. nr. 20225/92, NJ 1998, 758 (Serves v. France)

EHRM 21 december 2000, appl. nr. 36887/97 (Quinn v. Ireland)

EHRM 24 februari 1994, Bendenoun, BNB 1994/175

EHRM 25 februari 1993, *Series A 256-A*, NJ 1993/485 (m. nt. Kn) (Funke v. France)

EHRM 27 augustus 1992, *Series A*, nr. 241-A, par. 115 (Tomasi v. France)

EHRM, 21 februari 1984, Öztürk, NJ 1988/937

Nederlandse jurisprudentie

Rb Den Bosch 7 september 2005, nr. 01/990002-04, nr. 01/993201-05

HR 1 juni 2004, NJ 2004/366

HR 2 oktober 1979, NJ 1980/243, (m.nt. GEM)

HR 3 juni 1997, nr. 104750, DD 97.279, NJ 1997/584 (Strippenkaart)

HR 3 maart 1981, NJ 1981/383

HR 6 juli 1999, NJ 1999/800 (m.nt. JdH)

HR 8 januari 1980, NJ 1980/202 (Richard Ireneo M.) (m.nt. VV)

HR 9 maart 2004, nr. 02006/03, NJ 2004/263, JOL 2004/145 (m.nt. Sch)

HR 9 oktober 1984, NJ 1985/176

HR 10 november 1998, nr. 108.239

HR 10 oktober 1995, DD 96.55

HR 12 juni 1984, NJ 1985/135

HR 12 maart 2002, NbSr 2002, 121, LJN: AD8906

HR 12 november 1974, NJ 1975/41

HR 13 mei 1997, NJ 1998/152 (Zaanse verhoormethode I)

HR 15 februari 1977, NJ 1977/557

HR 15 januari 1991, NJ 1991/382

HR 17 maart 1998, NJ 1998 (Hypnose)

HR 18 oktober 1988, NJ 1989/430

HR 19 april 1988, NJ 1989/15

HR 19 september 2006, nr. 00895/05 E, LJN: AV1141

HR 20 oktober 1998, NJ 2000/521 (Zaanse verhoormethode III)

HR 21 oktober 1997, NJ 1998/173

HR 22 januari 1980, NJ 1980/203 (m.nt. VV)

HR 22 juni 1999, NJ 1999/648

HR 22 september 1998, NJ 1999/104 (Zaanse verhoormethode II)

HR 23 juni 1998, NJB 1998, p. 1363

HR 23 november 1994, NJ 1995/239 (m.nt. 'tH)

HR 26 juni 1979, NJ 1979/567 (m.nt. ThWvW)

HR 26 oktober 1993, NJ 1994/229

HR 29 oktober 1996, NJ 1997/232

HR 30 maart 2004, LJN: AM2533

HR 30 september 1997, nr. 104.246

Kamerstukken

Kamerstukken II 1994/95, 23 705, nr. 3

Kamerstukken II 2003/04, 29 792, nr. 3

Kamerstukken II 2005/06, 22 112, nr. 455

Kamerstukken II 2005/06, 29 702, nr. 7