

Het verschoningsrecht bij gevaar voor een strafrechtelijke veroordeling²

TPWS 2017/8

1. Inleiding

Getuigenverklaringen vormen een belangrijk onderdeel van de waarheidsvinding in strafzaken. Door de rechter opgeroepen getuigen zijn verplicht te verschijnen en vragen te beantwoorden. Tegenover deze verplichting staat het belangrijke strafvorderlijke rechtsbeginsel dat niemand hoeft mee te werken zijn aan eigen veroordeling. Daar waar de getuige verplicht wordt een antwoord te geven waarmee hij zichzelf belast, biedt het verschoningsrecht uitkomst. In dit artikel trachten wij een overzicht te geven van de stand van het recht wat betreft het verschoningsrecht bij gevaar voor een strafrechtelijke veroordeling. Eerst schetsen wij de achtergrond van de verklaringplicht van de getuige en eenieders recht om niet te hoeven meewerken aan de eigen veroordeling (§ 2). Daarna gaan wij in op het verschoningsrecht en de reikwijdte daarvan (§ 3). Vervolgens beschrijven wij hoe het verschoningsrecht in de praktijk wordt ingevuld, waarbij wij tevens ingaan op specifieke situaties die zich kunnen voordoen (§ 4). Daarna beschrijven wij kort de mogelijke gevolgen van het invoeren van het verschoningsrecht (§ 5). Wij sluiten af met een conclusie (§ 6).

2. Achtergrond

2.1 De medewerkingsplicht van getuigen

In het opsporingsonderzoek kunnen getuigen niet verplicht worden een verklaring af te leggen. Bij de rechter(-commissaris) is dat anders. Daar bestaat in beginsel een verschijnings- en spreekplicht. Dit is een logisch gevolg van de centrale plaats die in het strafproces aan de materiële waarheidsvinding is toebedeeld.³ Daarbij is het vanzelfsprekend van belang dat getuigen de waarheid spreken. Ook dat is verplicht (art. 215 Sv).

Het opzettelijk niet naleven van de wettelijke verplichtingen (waaronder de verplichting te verschijnen en te verklaren) wordt in strafzaken bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden (art. 192 lid 1 sub 1 Sr).⁴ Hoewel de Hoge Raad zich daar nooit over heeft uitgesproken, is de algemene opvatting in de literatuur dat het niet voldoen aan de wettelijke verplichting de waarheid te spreken niet strafbaar is, tenzij de getuige is beëdigd.⁵ Indien een

beëdigde getuige niet de waarheid spreekt, is de maximale strafbedreiging zes tot negen jaar (art. 207 Sr).⁶

Dat brengt de vreemde situatie met zich dat de onbeëdigde getuige die niet de waarheid wil spreken er beter aan doet te liegen dan te zwijgen. Slechts op dat laatste staat immers een straf. Wordt de getuige op enig moment beëdigd dan doet hij er beter aan te zwijgen nu daarop een minder hoge straf staat dan op onwaarheid spreken (meeneed).

Het moge in ieder geval duidelijk zijn dat getuigen er, zolang zij niets te verbergen hebben, belang bij hebben om te verschijnen en, wanneer zij beëdigd zijn, conform de waarheid te verklaren.

2.2 Het recht om niet mee te werken aan de eigen veroordeling

Tegenover de plicht voor getuigen om te verklaren, staat in sommige gevallen het recht om jezelf niet bloot te stellen aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling. Dit recht vindt zijn oorsprong in het strafrechtelijke beginsel *nemo tenetur prodere se ipsum*, wat betekent dat *niemand is gehouden zichzelf te verraden*. De essentie van het beginsel is een verbod op gedwongen zelfincriminatie. Op een abstract niveau is de idee van het beginsel dat het in strijd met het respect voor de verdachte is om hem te verplichten zichzelf in strafrechtelijke zin te belasten.⁷

Nemo tenetur is niet als beginsel gecodificeerd in het Nederlandse straf(proces)recht. Het verbod op gedwongen zelfincriminatie is wel door het EHRM erkend als onderdeel van het recht op een eerlijk proces.⁸ Het is echter gelimiteerd en geldt in beginsel bijvoorbeeld niet voor specifiek bewijsmateriaal dat onafhankelijk van de wil van de betrokkene bestaat.⁹ Hoewel de rechtspraak op dit vlak soms aan duidelijkheid te wensen overlaat,¹⁰ volgt uit de arresten van het

1 Advocaat bij De Roos & Pen B.V. te Amsterdam, advocaat bij Hilhorst Advocaten te Utrecht.

2 Citeerwijze: T. Felix en F. Visser, 'Het verschoningsrecht bij gevaar voor een strafrechtelijke veroordeling', TPWS 2017/8.

3 G.P.M.F. Mols, *Getuigen in Strafzaken*, Deventer: Kluwer 2003, p. 99.

4 Voor andere rechtsgebieden geldt een lagere strafbedreiging, zie art. 192 lid 1 sub 2 en art. 444 Sr. Zie over de verhouding tussen art. 192 en art. 444 Sr G.P.M.F. Mols, *Getuigen in Strafzaken*, Deventer: Kluwer 2003, p. 239 e.v.

5 G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 336.

6 Indien de valse verklaring in het nadeel van de beklaagde of verdachte is, is de maximale strafbedreiging zelfs negen maanden (art. 207 lid 2 Sr). Het uitgangspunt is bij meeneed 3 maanden onvoorwaardelijke gevangenisstraf, zie de LOVS-oriëntatiepunten.

7 G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 266. Zie ook Martens in zijn *dissenting opinion* onder EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, NJ 1997/699 (*Saunders v. VK*) waarin hij tevens wijst op een meer praktische historische achtergrond van het zwijgrecht, namelijk het vroegere vereiste van een bekentenis om te kunnen veroordelen.

8 EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884, NJ 1994/485 (*Funke v. Frankrijk*), par. 44.

9 Bijv. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, NJ 1997/699 (*Saunders v. VK*), par. 69, en voor één van de uitzonderingen EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, NJ 2007/226 (*Jalloh v. Duitsland*). Een bespreking van alle nuances van het verbod op gedwongen zelfincriminatie valt buiten de reikwijdte van dit artikel.

10 Zie ook D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel', *TBS&H april 2016*, nr. 1 met een opsomming in voetnoot 4.

EHRM in ieder geval dat niet is toegestaan een verdachte te dwingen te verklaren.¹¹

Anders dan het algemene verbod op gedwongen zelfincriminatie is het zwijgrecht van de verdachte op zowel nationaal als internationaal niveau gecodificeerd. Op internationaal niveau is het zwijgrecht vastgelegd in art. 14 lid 3 sub g IVBPR. Daarin is bepaald dat iemand niet kan worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen. In het EVRM is het zwijgrecht niet met zoveel woorden vastgelegd, maar in de jurisprudentie van het EHRM uitgebreid besproken als onderdeel van een eerlijk proces.¹² In het Nederlands strafprocesrecht heeft een verdachte zwijgrecht op basis van art. 29 lid 1 Sv. Dit artikel schrijft voor dat men niet verplicht is om te antwoorden indien men als verdachte wordt gehoord. Uit de jurisprudentie volgt dat de term *gehoord* breed uitgelegd wordt. Het gaat om “(...) alle vragen aan een door een opsporingsambtenaar als verdachte aangemerkt persoon betreffende diens betrokkenheid bij een geconstateerd strafbaar feit”.¹³ Zodra vragen worden gesteld betreffende betrokkenheid bij een strafbaar feit waarvoor een verdenking bestaat, moet dus de inhoud van de verdenking (art. 27c lid 1 of 2 Sv) en de cautie (art. 29 lid 2 Sv) worden medegedeeld.¹⁴

Voor wat betreft het ontstaansmoment van het zwijgrecht lijkt de jurisprudentie van de Hoge Raad overeen te komen

met de jurisprudentie van het EHRM. Dat wil zeggen dat het zwijgrecht ontstaat op het moment dat er sprake is van een *criminal charge*.¹⁵ De Hoge Raad is – eveneens met het EHRM – van oordeel dat aan het uitoefenen van het zwijgrecht wel consequenties kunnen worden verbonden: indien een verdachte voor een omstandigheid die op zichzelf of in samenhang met de verdere inhoud van de bewijsmiddelen beschouwd redengevend moet worden geacht voor het bewijs van het aan hem tenlastegelegde feit, geen redelijke, die redengevendheid ontzenuwende verklaring heeft gegeven, mag een rechter dit in zijn overwegingen omtrent het gebezigde bewijsmateriaal betrekken.¹⁶

3. Verschoningsrecht

3.1 De verhouding tussen zwijgrecht en het verschoningsrecht

Indien op de getuige een ongeclausuleerde verplichting zou rusten om antwoord te geven op vragen, zou hij in sommige gevallen gedwongen kunnen worden zichzelf te belasten. Een getuige heeft in strafzaken echter het recht om zich van de beantwoordingsverplichting te verschonen indien hij zichzelf door beantwoording van de vraag aan “het gevaar eener strafrechtelijke veroordeling zou blootstellen”(art. 219 Sv).¹⁷ Dit verschoningsrecht geldt zowel bij de rechter-commissaris als bij het getuigenverhoor ter zitting (art. 290 lid 5 j 219 Sv).

Het verschoningsrecht ligt daarmee in zekere zin in het verlengde van het eerdergenoemde zwijgrecht. Dit verband werd bij de invoering van het verschoningsrecht overigens niet zo specifiek benoemd. Als reden voor invoering van het verschoningsrecht noemde de wetgever het voorkomen van de situatie dat iemand moet kiezen tussen meened of een strafrechtelijke veroordeling. Dat zou volgens de wetgever een *‘te pijnlijke zaak’* zijn.¹⁸ Op de achtergrond heeft ook meegespeeld dat verklaringen door potentiële zelfbeschuldigers niet altijd even betrouwbaar werden geacht. Men ging ervan uit dat een getuige sneller geneigd is te liegen wanneer de waarheid gevaar voor zelfincriminatie kan opleveren.¹⁹

11 EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, NJ 1997/699 (*Saunders v. VK*), par. 68. Recenter bijv. EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805, NJ 2010/628 (*Gäfgen v. Duitsland*), par. 168.

12 Wel is het zwijgrecht inmiddels vastgelegd in art. 7 van richtlijn 2016/343 (11 maart 2016, implementatiedeadline 1 april 2018) van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie. In vooroverweging 27 wordt voor de invulling van dit recht overigens uitdrukkelijk verwezen naar de uitleg die het EHRM hanteert. Een uitgebreide bespreking van het zwijgrecht valt eveneens buiten de reikwijdte van dit artikel. Voor jurisprudentie zij verwezen naar de arresten EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884, NJ 1994/485 (*Funke v. Frankrijk*), EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, NJ 1996/725 (*Murray v. VK*), EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, NJ 1997/699 (*Saunders v. VK*), EHRM 20 oktober 1997, ECLI:CE:ECHR:2016:1220JUD001473708, NJ 1998/758 (*Serves v. Frankrijk*), EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003688797, ECHR 2001/18 (*Quinn v. Ierland*), EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097, appl. no. 34720/97 (*Heaney & McGuinness v. Ierland*), EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796, NJ 2003/354 (*J.B. v. Zwitserland*), EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999, NJ 2004/262 (*Allan v. VK*), EHRM 8 april 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497, appl. no. 28544/97 (*Weh v. Oostenrijk*), EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, NJ 2007/226 (*Jalloh v. Duitsland*), EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902, NJ 2008/25 (*O'Halloran & Francis v. VK*), EHRM 18 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0218JUD003966002, appl. no. 39660/02 (*Zaichenko v. Rusland*), EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805, NJ 2010/628 (*Gäfgen v. Duitsland*), EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, appl. no. 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09 (*Ibrahim e.a. v. VK*).

13 HR 2 oktober 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7396, NJ 1980/243 en recenter bijv. HR 15 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU8773, NJ 2012/398 en HR 12 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6864, NJ 2012/463.

14 Ook het begrip “vragen betreffende diens betrokkenheid bij een strafbaar feit” wordt ruim uitgelegd. Zie bijv. HR 3 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6680, NJ 2007/209, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de vraag naar een telefoonnummer onder omstandigheden een vraag betreffende betrokkenheid bij een strafbaar feit kan zijn.

15 Op Europees niveau bijvoorbeeld EHRM 20 oktober 1997, ECLI:CE:ECHR:1997:1020JUD00222592, NJ 1998/758 (*Serves v. Frankrijk*), EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003688797, ECHR 2001/18 (*Quinn v. Ierland*), EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097, appl. no. 34720/97 (*Heaney & McGuinness v. Ierland*) en EHRM 18 februari 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0218JUD003966002, appl. no. 39660/02 (*Zaichenko v. Rusland*). Zie op nationaal niveau HR 26 oktober 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9475, NJ 1994, 629 en HR 16 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1707, NJ 2008/511.

16 Op Europees niveau met name EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, NJ 1996/725 (*Murray v. VK*). Zie op nationaal niveau HR 3 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0733, NJ 1997/584 en recenter bijv. HR 5 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7372, NJ 2012/369 en HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1323, NJ 2016/412.

17 Het verschoningsrecht ter bescherming van bloed- en aanverwanten valt buiten de reikwijdte van dit artikel.

18 *Kamerstukken II* 1913/14, 286 nr. 3, p. 109 (MvT).

19 L. Stevens, *Het nemo-teneturbeginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip*, Nijmegen, WLP 2005, p. 71, verwijzend naar T. Spronken & F.J. Fernhout, ‘Artikel 219’, in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen e.a., *Het wetboek van strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Hoewel de getuige door zich te verschonen niet bijdraagt aan de waarheidsvinding, hoeft hij dit ook niet te bemoeilijkheden doordat hij zich genoodzaakt zou voelen onwaarheid te spreken. In zoverre is het verschoningsrecht een compromis tussen het belang van de getuige enerzijds en het belang van waarheidsvinding anderzijds.

Opgemerkt zij dat ook op andere rechtsgebieden het verschoningsrecht in verband met gevaar op een veroordeling is erkend. Dat is in civiele en bestuursrechtelijke procedures het geval indien er een gevaar bestaat op een strafrechtelijke veroordeling *wegens een misdrijf*.²⁰ Volgens de wetgever moet bij gevallen waarin het gaat om een overtreding het belang van de getuige minder zwaar wegen dan wanneer het gaat om een misdrijf. De wetgever wilde daarmee voorkomen dat overmatig of chicaneus gebruik zou worden gemaakt van het verschoningsrecht.²¹ Die beperking kent het verschoningsrecht in strafzaken niet.

Enerzijds is het verschoningsrecht beperkter dan het zwijgrecht: daar waar het zwijgrecht zich uitstrekt over alle vragen die de verdachte worden gesteld²² is het verschoningsrecht van de getuige uitdrukkelijk beperkt tot vragen waarvan hij zich door beantwoording zou blootstellen aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling.²³ Bovendien heerst bij de wetgever de opvatting dat men, in tegenstelling tot het zwijgrecht, onder zeer strikte voorwaarden afstand kan doen van het verschoningsrecht.²⁴ Anderzijds is het verschoningsrecht ruimer dan het zwijgrecht: ook getuigen die (nog) geen verdachte zijn, kunnen een verschoningsrecht hebben.²⁵

3.2 De reikwijdte van het verschoningsrecht

Het verschoningsrecht ontslaat de rechtsgeldig opgeroepen getuige niet van de verplichting om te verschijnen. Dit is logisch omdat het verschoningsrecht enkel geldt voor vragen met de beantwoording waarvan de getuige zichzelf belast. In beginsel moet dan ook per vraag worden beoordeeld of de getuige het verschoningsrecht toekomt.²⁶ Redelijke uitleg van art. 219 Sv brengt echter mee dat een algemeen ver-

schoningsrecht wordt toegekend indien de getuige tevens medeverdachte is en aan hem grotendeels dezelfde feiten ten laste zijn gelegd.²⁷ Ook in dat geval rust er op de getuige wel een verplichting om te verschijnen.

De getuige die zichzelf kan belasten is niet verplicht zich op zijn verschoningsrecht te beroepen: het staat hem vrij om toch te verklaren. Indien hij verklaart zal het wel de waarheid moeten zijn. Is de getuige beëdigd, dan zal hij zich bij een vervolging voor meened vermoedelijk niet snel op overmacht kunnen beroepen: hij werd namelijk niet gedwongen een verklaring af te leggen. Dat kan mogelijk anders zijn indien de verhorende rechter oordeelde dat hem geen verschoningsrecht toekwam: dan staat de getuige voor het dilemma dat de wetgever juist heeft willen voorkomen: zichzelf belasten of meened plegen.²⁸

Het verschoningsrecht wordt ruim uitgelegd: Het gaat niet enkel om het risico op een veroordeling maar ook om de verslechtering van de positie in het strafgeding.²⁹ Ook als de getuige de vragen in een eerder stadium van het geding wel heeft beantwoord komt hem nog steeds een verschoningsrecht toe.³⁰ Anders gezegd: indien de verklaring als bewijsmiddel (of anderszins nadelig in een strafproces) tegen de getuige kan worden gebruikt, dan komt hem een verschoningsrecht toe.

In ontnemingszaken geldt het verschoningsrecht eveneens.³¹ In dergelijke zaken kan de getuige dus niet worden gedwongen een verklaring af te leggen die gevaar voor een strafrechtelijke veroordeling creëert. Andersom geldt het verschoningsrecht ook voor de getuige in strafzaken die zichzelf met het antwoord aan een (hogere) ontnemingsvordering zou blootstellen. Ook hier geldt een ruime bescherming: de getuige kan zich dan onthouden van het geven van antwoorden indien beantwoording tot zijn nadeel kan strekken in de ontnemingszaak.³² In artikel 219 Sv moet onder "strafrechtelijke veroordeling" dus ook "ontnemingsvordering" worden verstaan.³³

4. De invulling van het verschoningsrecht

4.1 Geen ruimte voor een belangenafweging

De maatstaf "gevaar voor een strafrechtelijke veroordeling" is op het eerste gezicht helder: indien sprake is van een dergelijk gevaar, is de getuige niet verplicht te antwoorden. De wetgever heeft de belangen zelf afgewogen en de uitkomst

20 Art. 165 Rv (civiele procedures) en art. 8:33 lid 3 AWB j^o art. 165 Rv (bestuursrechtelijke procedures).

21 *Kamerstukken II* 1981/82, 10 377, nr. 7, p. 25.

22 Zelfs de identiteitsvragen, zie T.N.M.B. Spronken en Th.O.M. Dieben, *T&C Strafvordering*, art. 29, aant. 3 sub d.

23 Een en ander volgt uit de wettekst van art. 219 Sv: "De getuige kan zich verschoonen van het beantwoorden eener hem gestelde vraag (...)". Ook in de jurisprudentie wordt hierop nog regelmatig gewezen. Zie bijv. Rb. Rotterdam 29 mei 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI5776, *NJFS* 2009/195. Zie voor een uitzondering op de hoofdregel paragraaf 3.2.

24 Deze voorwaarden zijn genoemd in art. 226g Sv, waarin de kroongetuigenregeling is vervat. Bij de totstandkoming van dit artikel heeft blijkens de wetgeschiedenis discussie bestaan over de vraag of men van een grondrecht voortvloeiend uit *nemo tenetur* wel afstand kon doen. Voor overwegingen ter zake verwijzen wij naar *Kamerstukken II* 2001/02, 28 176, nr. 1. Een uitputtende bespreking van dit leerstuk gaat de reikwijdte van dit artikel te buiten.

25 Ook indien een getuige (nog) geen verdachte is, kan hij zich immers door de beantwoording van een vraag blootstellen aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling.

26 Bijv. Rb. Amsterdam 12 mei 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX2652, *NJFS* 2006/198.

27 HR 15 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AC4222, r.o. 6.2.3, *NJ* 1994/37.

28 *Kamerstukken II* 1913/14, 286 nr. 3, p. 109 (MVT).

29 Hof 's-Hertogenbosch 17 oktober 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ8628 r.o. 4.3.2. Zie ook HR 29 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1914, *NJ* 1994/77 (conclusie A-G Meijers) en G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 133.

30 HR 20 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8486, *NJ* 1990/635, r.o. 5.1 e n HR 11 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:AC1857, *NJ* 1992/221, r.o. 5.1.

31 Art. 219 jo. 29 0 lid 5 jo. art. 511d lid 1 Sv.

32 HR 31 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1909, r.o. 2.4, *NJ* 2009/174.

33 D. Emmelkamp, T. Felix & N.G.H. Verschaeren, *De Ontnemingsmaatregel*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

van die afweging vastgelegd.³⁴ Voor het bestaan van het verschoningsrecht, is het dus niet relevant hoe belangrijk de concrete getuigenverklaring is voor de strafzaak waarin de getuige wordt bevraagd. Evenmin is relevant hoe 'zwaar' de mogelijke veroordeling voor de getuige zou zijn indien hij zou antwoorden of hoe 'zwaar' de strafzaak is waarin hij wordt gehoord. Bij de vraag of de getuige een verschoningsrecht toekomt is dus geen ruimte voor een belangenafweging.³⁵

Bijzonder relevant is de vraag wat onder gevaar voor een strafrechtelijke veroordeling moet worden verstaan. Die vraag valt in twee elementen uiteen, namelijk de invulling van het criterium 'gevaar' en de invulling van het begrip 'strafrechtelijke veroordeling'.

4.2 De maatstaf "gevaar voor strafrechtelijke veroordeling"

Volgens Van Dale is gevaar een ander woord voor risico, of voor "kans op iets ergs".³⁶ Anders gezegd komt de getuige dus een verschoningsrecht toe indien door beantwoording naar waarheid van een vraag het risico bestaat op een strafrechtelijke veroordeling. De vervolgvraag is hoe groot of direct dit gevaar moet zijn

In theorie loopt iedere beëdigde getuige het risico op vervolging wegens meened: ook de getuige die de waarheid spreekt kan immers door de rechter niet geloofd worden. Op voorhand is echter duidelijk dat de wetgever een dergelijk theoretisch risico niet voor ogen kan hebben gehad: in dat geval zou de verklaringplicht van de getuige geen enkele waarde hebben. Gesteld kan worden dat een indirect of zeer hypothetisch gevaar onvoldoende is om een beroep op het verschoningsrecht te rechtvaardigen. Volgens advocaat-generaal Knigge is het verschoningsrecht voorts niet bedoeld voor situaties van indirect gevaar waarin het antwoord van de getuige voor hemzelf niet belastend is, maar de verdachte (of iemand anders) bedreigd heeft om, indien de getuige naar waarheid verklaart, belastende informatie over de getuige te produceren. De waarheidsvinding dient – aldus Knigge – niet voor dergelijke chantage te wijken.³⁷

Anderzijds hoeft het directe gevaar ook niet bijzonder groot te zijn. Het Hof Den Haag oordeelde in een gijzelingsprocedure dat ook sprake is van een gevaar op een strafrechtelijke veroordeling indien die kans nagenoeg nihil is op grond van het geldende vervolgingsbeleid.³⁸

De verhorende rechter tegenover wie het verschoningsrecht wordt ingeroepen, staat voor de taak te beoordelen of dit

rechtmatig geschiedt. Er zijn evidente gevallen, bijvoorbeeld indien gevraagd wordt of de getuige een verboden wapen in handen heeft gehad: een positief antwoord is dan immers een bekentenis van een strafbaar feit. Dikwijls is de beoordeling van de rechtmatigheid van het verschoningsrecht echter veel moeilijker.³⁹ Bijvoorbeeld indien de getuige voorziet dat hij met het te geven antwoord een door hem gepleegd doch nog niet ontdekt strafbaar feit openbaart of een latere veroordeling voor dat feit vergemakkelijkt. De gevolgen van een onjuiste inschatting door de rechter kunnen in dat geval groot zijn. Indien de rechter de getuige een beroep op het verschoningsrecht ontzegt en het afgedwongen antwoord belastend blijkt te zijn, kan dit niet meer worden teruggedraaid.

Voor de beoordeling van de minder evidente gevallen is van belang in hoeverre een getuige in staat is om uit te leggen waarom het antwoord op een bepaalde vraag gevaar voor een strafrechtelijke veroordeling oplevert. De Hoge Raad heeft hiervoor geen beoordelingskader geschetst. De rechtbanken in Noord-Holland en Rotterdam oordeelden dat in een dergelijk geval niet kan worden volstaan met de enkele mededeling van de getuige dat hij het recht heeft om te zwijgen⁴⁰ respectievelijk de mededeling dat de getuige zichzelf belast door het geven van een antwoord.⁴¹ Het Hof Den Haag benadrukt echter dat de rechter het standpunt van de getuige slechts marginaal mag toetsen om te beoordelen of van het verschoningsrecht geen apert misbruik wordt gemaakt.⁴² Daarmee lijkt het Haagse hof aan te sluiten bij het toetsingskader bij de verschoningsgerechtigde geheimhouders: hun standpunt dient volgens de Hoge Raad te worden geëerbiedigd, tenzij er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat dit standpunt onjuist is.⁴³ Ook Spronken en Fernhout bepleiten dat bij deze maatstaf moet worden aangesloten.⁴⁴ Volgens advocaat-generaal Knigge gaat de vergelijking met geheimhouders niet op: volgens hem dient de rechter te onderzoeken of *aannemelijk* is dat de getuige zichzelf zou kunnen belasten.

Onze voorzichtige conclusie is dat een direct gevaar voor een strafrechtelijke veroordeling aannemelijk moet zijn doch dat aan die aannemelijkheid bepaald geen hoge eisen kunnen worden gesteld. Ook zonder toelichting van de getuige kan het gevaar voor een strafrechtelijke veroordeling al aannemelijk zijn. Een nadere toelichting is dan niet vereist. Bij minder evidente gevallen kan een toelichting wel

34 HR 20 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC8486, NJ 1990/635 (conclusie A-G Meijers).
 35 Hof Den Haag 12 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW4066, NBStraf 2012/280.
 36 www.vandale.nl, geraadpleegd op 27 december 2016.
 37 Par. 5.8 van zijn conclusie voor HR 30 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2859, NBStraf 2014/259.
 38 Hof Den Haag 12 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW4066, NBStraf 2012/280.

39 G.P.M.F. Mols, *Getuigen in Strafzaken*, Deventer: Kluwer 2003, p. 105.
 40 Rb. Noord-Holland 21 april 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:4476, NJFS 2015/149 en andermaal voor dezelfde getuige Rb. Noord-Holland 12 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1128.
 41 Rb. Rotterdam 29 mei 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI5776, NJFS 2009/195.
 42 Hof Den Haag 12 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW4066, NBStraf 2012/280.
 43 HR 30 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2859 (conclusie A-G Knigge), NBStraf 2014/259.
 44 A.L. Melai, M.S. Groenhuisen e.a. aant. 9 bij art. 219 (T.N.B.M. Spronken en F.J. Fernhout bijgewerkt tot 1 augustus 2003). Ook Mols pleit voor een ruime maatstaf. Het beroep moet volgens hem gehonoreerd worden tenzij sprake is van apert misbruik, zie G.P.M.F. Mols, *Getuigen in Strafzaken*, Deventer: Kluwer 2003, p. 105.

noodzakelijk zijn. Bij de beoordeling dient de rechter zich te realiseren dat de aard van het verschoningsrecht met zich brengt dat aan de toelichting geen hoge eisen kunnen worden gesteld. Indien de getuige uitgebreid uiteenzet waarom zijn antwoord belastend voor hem is, heeft hij het antwoord immers al gegeven. Een algemene beschrijving van het gevaar kan daarom al voldoende zijn.⁴⁵

4.3 Niet (verder) vervolgte feiten

In deze paragraaf bespreken wij enkele situaties waarbij de strafbare feiten waarmee de getuige zichzelf door zijn verklaring mogelijk belast, reeds in Nederland zijn afgedaan zonder inhoudelijke beoordeling door een strafrechter. Daarbij bespreken wij het gevaar op een veroordeling door een Nederlandse strafrechter. Eventuele internationale complicaties worden in paragraaf 4.5 besproken.

Als duidelijk is voor welk strafbare gedraging de getuige veroordeling vreest, staat of valt een beroep op het verschoningsrecht met de vraag in hoeverre de getuige beschermd is tegen een nieuwe vervolging.

Bij een sepot wordt de verdachte vaak medegedeeld dat de zaak is afgedaan, tenzij deze beslissing op grond van nieuwe feiten of omstandigheden wordt herzien. Daarmee geeft een sepot weinig bescherming tegen een eventuele latere vervolging. De verklaring als getuige kan een nieuw feit zijn op grond waarvan als de vervolging wordt hervat. Bij een dergelijke sepotbeslissing bestaat er dus nog steeds een gevaar op een strafrechtelijke veroordeling.

Een kennisgeving van niet verdere vervolging biedt wel bescherming nu daardoor de zaak eindigt (art. 246 lid 1 j° art. 243 lid 1 Sv). Van belang is wel dat rekening wordt gehouden met de klachttermijn van belanghebbenden (art. 121 Sv). Zodra die termijn is verlopen, loopt de getuige voor dat feit geen gevaar meer op strafrechtelijke veroordeling. Hem komt ten aanzien van dat feit dan geen verschoningsrecht toe. Dat is ook het geval indien de zaak eindigt door een verklaring van het rechtbank of het gerechtshof (art. 36 Sv).

Indien tegen de getuige een strafbeschikking is uitgevaardigd en deze volledig ten uitvoer is gelegd komt hem, na de eerdergenoemde klachttermijn, geen beroep meer toe op het verschoningsrecht. Op grond van art. 255a Sv kan hij dan niet opnieuw in rechte worden betrokken.

Betreft het een feit waarvoor een transactie is uitgevaardigd, dan eindigt het recht tot vervolging na voldoening aan de voorwaarden en na verloop van de klachttermijn (art 74b Sr).⁴⁶

45 Bijv. HR 4 juli 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6375, NJ 2000/581, waarin het ging over iemand die een dergelijke algemene verdenking op zich wist te laden met de mededeling dat hij gedurende een bepaalde periode met verdovende middelen te maken had gehad.

46 Voor de klachttermijn zij verwezen naar art. 12k lid 1 Sv (oude regeling, geldend tot 30 juni 2002).

4.4 Door de rechter inhoudelijk beoordeelde verdenkingen

In deze paragraaf bespreken wij enkele situaties waarbij de strafbare feiten waarmee de getuige zichzelf door zijn verklaring mogelijk belast, reeds inhoudelijk zijn beoordeeld door de Nederlandse rechter. Daarbij bespreken wij het gevaar op een veroordeling door een Nederlandse strafrechter.

In art. 68 Sr is het beginsel *ne bis in idem* gecodificeerd, hetgeen inhoudt dat niemand twee keer voor dezelfde feiten kan worden vervolgd. Dat brengt vanzelfsprekend met zich dat iemand ook niet twee keer voor dezelfde feiten kan worden veroordeeld.⁴⁷ Indien iemand onherroepelijk is veroordeeld voor strafbare feiten, komt hem daarom ten aanzien van die feiten in beginsel geen verschoningsrecht toe.⁴⁸ In ieder geval is wél sprake van een verschoningsrecht indien de betreffende veroordeling van de getuige nog niet onherroepelijk is.⁴⁹ *Ne bis in idem* biedt overigens geen bescherming indien er een einduitspraak is geweest van slechts formele aard waarbij de dagvaarding nietig is verklaard, de onbevoegdheid van de rechtbank of de niet ontvanke-lijkheid van het Openbaar Ministerie is uitgesproken of de schorsing van de vervolging is bevolen ex art. 349 Sv.⁵⁰ In geval van een dergelijke uitspraak, komt de getuige onzes inziens dus ook een verschoningsrecht toe als hij zich met de beantwoording van een vraag belast ter zake het strafbare feit dat onderwerp was van de uitspraak ex art. 349 Sv.

Vóór invoering van de herziening ten nadele kon gesteld worden dat een onherroepelijke beslissing tot ontslag van alle rechtsvervolging of tot vrijspraak een latere strafrechtelijke veroordeling uitsloot. Een getuige kon zich in dat geval (ten aanzien van die feiten) dan ook niet meer met succes beroepen op het verschoningsrecht.⁵¹ Sinds 1 oktober 2013 zijn dergelijke onherroepelijke uitspraken onder omstandigheden voor herziening vatbaar.⁵² Gaat het om een opzettelijk (mede-)gepleegd delict met de dood ten gevolge,⁵³ dan kan een novum voldoende zijn voor herziening (art. 482a lid 1 onder a Sv). Een als getuige afgelegde bekennde verklaring kan een dergelijk novum zijn. Indien het antwoord op de vraag een dergelijk novum zou zijn, kan betoogd worden dat ook na een onherroepelijke vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolging sprake is van een verschoningsrecht: het

47 Zonder vervolging kan immers geen veroordeling plaatsvinden.

48 Conclusie van A-G Machielse bij HR 4 juli 2000 ECLI:NL:HR:2000:AA6375 (conclusie A-G Machielse p. 12), Anders: A.L. Melai, M.S. Groenhuijsen e.a. aant. 8 bij art. 219 (T.N.B.M. Spronken en F.J. Fernhout bijgewerkt tot 1 augustus 2003) verwijzend naar voornoemd arrest. Uit dat arrest kan hun conclusie onzes inziens echter niet volgen. Het gaat in die casus immers om een dreigende vervolging wegens nieuwe verdenkingen (zie ook de conclusie van A-G Machielse).

49 HR 29 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1914, r.o. 5.2, NJ 1994/77.

50 HR 18 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0459, r.o. 5.2, NJ 1989/307.

51 Herhaald zij dat het verschoningsrecht ook beschermt tegen een verklaring waarmee de getuige zich aan een hogere ontnemingsvordering blootstelt, zie HR 31 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1909, r.o. 2.4.

52 Art. 482a Sv, in werking getreden op 1 oktober 2013 (Stb. 2013, 138).

53 Dit is een ander criterium dan de term *levensdelicten*. Dood door schuld valt hier door het opzetvereiste niet onder, maar (bijvoorbeeld) brandstichting met dodelijke afloop wel. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32044, nr. 12, p. 4.

gevaar op een veroordeling na herziening is dan immers aanwezig.

Vrijspraak en ontslag van alle rechtsvervolging voor andere feiten kan enkel worden herzien indien de uitspraak is bewerktstelligd door middel van bijvoorbeeld valse stukken, meened of omkoping (art. 482a lid 1 onder b, c en d en art. 482a lid 2 Sv). Nu een aantal van deze omstandigheden zich buiten de wetenschap van de (gewezen) verdachte kunnen hebben voltrokken, kan een gewezen verdachte er nooit zeker van zijn dat de uitspraak niet wordt herzien. De vraag is of een dergelijke herzieningsmogelijkheid kwalificeert als 'gevaar'. Als aannemelijk is dat de getuige zich met het antwoord zou belasten in het geval zijn onherroepelijke zaak wordt herzien, kan gezien de ratio van het verschoningsrecht (voorkomen van het dilemma tussen meened of meewerken aan een eigen veroordeling), en in lijn met het Hof Den Haag dat een nagenoeg nihil risico al voldoende oordeelde,⁵⁴ betoogd worden dat dit het geval is.

4.5 Internationale aspecten

In zaken met een internationaal karakter kunnen (dreigende) buitenlandse vervolgingen een complicerende factor zijn.

In het geval sprake is (geweest) van een vervolging in het buitenland is de beoordeling nog betrekkelijk eenvoudig. De verhorende rechter zal bij een afdoening in het buitenland, voldoende in staat zijn om te beoordelen in hoeverre art. 68 Sr zich verzet tegen een vervolging voor een Nederlandse rechter.⁵⁵ Zo nodig kan de getuige zich hierover laten adviseren door een Nederlandse strafrechtadvocaat.

Zeer complex wordt het wanneer beantwoording door de getuige een gevaar voor een strafrechtelijke veroordeling in het buiteland creëert. De ratio *ne bis in idem* noch de wettekst van art. 219 Sv biedt immers aanleiding om "strafrechtelijke veroordeling" te beperken tot een veroordeling door een Nederlandse rechter.⁵⁶ Het valt bijvoorbeeld moeilijk te verdedigen dat een getuige in Nederland gedwongen kan worden een moord te bekennen, enkel omdat hij in Nederland om redenen van rechtsmacht niet kan worden vervolgd, terwijl een andere staat hem daarvoor wél zal vervolgen.

De grote hoeveelheid verschillende landen en rechtssystemen, maakt echter dat vrijwel nooit uit te sluiten is dat een getuige in een ander land zal worden vervolgd. Zelfs indien de zaak in Nederland onherroepelijk is afgedaan, valt immers niet uit te sluiten dat landen zonder goede rechtsbescherming, deze veroordeling niet zullen respecteren.⁵⁷

Bovendien kunnen handelingen in andere landen strafbaar worden geacht, terwijl wij ons daar in Nederland weinig bij kunnen voorstellen.⁵⁸ In de meeste gevallen zal dit echter een zodanig theoretisch risico zijn dat, bij aanvaarding van dat risico als grond voor verschoning, de verklaringplicht voor getuigen volledig uitgehold wordt.

Er zijn echter ook situaties waarin het risico op vervolging in het buitenland zo wezenlijk is dat een beroep op het verschoningsrecht wél gehonoreerd moet worden. De rechter-commissaris in Rotterdam honoreerde een beroep op het verschoningsrecht door een gewezen verdachte van piraterij voor de kust van Somalië. De verdachte werd, na vrijgesproken te zijn van zeeroof een dag voor zijn uitzetting naar Somalië gehoord in de zaak van een medeverdachte. Betoogd werd dat de rechter in Somalië (of een naburig Afrikaans land) deze vrijspraak niet zonder meer zou respecteren. De verdachte kwam volgens de rechter-commissaris een verschoningsrecht toe "vanwege het risico op een mogelijke vervolging door een ander land voor feiten die zijn gerelateerd aan piraterij dan wel het plegen van geweld op zee/in de internationale wateren".⁵⁹

Wij concluderen dat de getuige bij gevaar voor een veroordeling in het buitenland ook een verschoningsrecht toekomt. Een dergelijk gevaar moet wel aannemelijk zijn. Dat is wat ons betreft het geval indien een buitenlandse strafrechter rechtsmacht heeft en een veroordeling aldaar niet volstrekt hypothetisch is. Indien sprake is van een afdoening in Nederland moet daarbij ook worden gekeken naar de vraag of deze Nederlandse afdoening in dat specifieke land bescherming conform *ne bis in idem* biedt.⁶⁰

5. Gevolgen van een beroep op het verschoningsrecht

5.1 Ten onrechte beroepen op zwijgrecht

Indien een getuige zwijgt terwijl hem – volgens de verhorende rechter – geen verschoningsrecht toekomt, kan de getuige worden gegijzeld (art. 221 Sv). Nu hij voorts niet voldoet aan zijn wettelijke verplichting te verklaren, riskeert de getuige ook een vervolging wegens het opzettelijk niet voldoen aan de wettelijke verplichtingen van een rechtsgeldig opgeroepen getuige (art. 192 Sr).⁶¹ De inzet van het dwangmiddel gijzeling lijkt niet in de weg te staan aan strafvervolging op grond van art. 192 Sr nu gijzeling geen straf is maar

54 Hof Den Haag 12 april 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW4066, NBStraf 2012/280.

55 Daarbij geldt dat art. 68 Sr ruime bescherming biedt, een bespreking van de exacte reikwijdte van art. 68 Sr valt buiten het bestek van dit artikel.

56 Voor zover ons bekend heeft de Hoge Raad zich hier nog niet over uitgesproken.

57 Wij denken aan landen als Venezuela, Liberië, Afghanistan en Myanmar, die volgens de World Justice Project zeer slecht scoren in de Rule of Law index en in het bijzonder op het gebied van criminal justice, zie data.worldjusticeproject.org (geraadpleegd op 30 december 2016).

58 Als voorbeeld noemen wij het uittrekken van de stekker van een muziekinstallatie van een (naar later blijkt:) gebedsbijeenkomst in Myanmar, zie nos.nl/artikel/2136247-nederlander-drie-maanden-cel-in-om-heiligschennis-in-myanmar.html (geraadpleegd op 30 december 2016).

59 R-C Rb. Rotterdam 13 maart 2014 (ongepubliceerd, RC-nrs. 12/3630 en 12/3631).

60 Daarbij moet bedacht worden dat Nederlandse buitengerechtelijke afdoeningen in het buitenland lang niet altijd een vervolgingsbeletsel hoeven te zijn.

61 Zie paragraaf 2.1. Opgemerkt zij dat het verklaren in strijd met de waarheid blijkens de wetsgeschiedenis géén grond oplevert voor gijzeling. Zo blijkt uit *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 109. Enkel het weigeren te verklaren of het weigeren de eed of de belofte af te leggen kan dus een grond vormen voor gijzeling.

een dwangmiddel en de doelen van gijzeling (een verklaring verkrijgen) en vervolging (bestrafen van strafbaar gedrag) uiteenlopen.⁶² Bij strafoplegging is de rechter op grond van de wet niet verplicht om de duur van een eventuele gijzeling op de straf in mindering te brengen.⁶³ In een van de schaarse uitspraken met betrekking tot dit feit zag de rechtbank Noord-Holland in deze omstandigheid overigens aanleiding om de straf te matigen met het aantal dagen dat in gijzeling was doorgebracht.⁶⁴

5.2 Geslaagd beroep op het verschoningsrecht

De vraag rijst welke gevolgen een geslaagd beroep op het verschoningsrecht kan hebben voor de verdachte (in wiens zaak de getuige wordt gehoord) en voor de getuige (indien hij ook een eigen strafzaak heeft)

Wij beginnen met de gevolgen voor de verdachte in wiens zaak de getuige is gehoord. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een verklaring van een getuige inhoudende een beroep op het verschoningsrecht, niet kan worden gebruikt als bewijsmiddel tegen de verdachte.⁶⁵ De vraag is of de rechter er wel (voor de verdachte negatieve) conclusies aan kan verbinden. Wij menen van niet. De verdachte in wiens zaak de getuige zich op zijn verschoningsrecht beroept kan namelijk bezwaarlijk worden verweten dat een getuige geen ontzenuwende verklaring geeft voor het redengevend bewijs in zijn zaak. Ons is op dit gebied geen jurisprudentie bekend. Indien de zwijgende getuige op een eerder moment wel een verklaring heeft afgelegd kan de rechter die onder omstandigheden wel gebruiken.⁶⁶

Ook in een latere strafzaak tegen de getuige zelf kan onze inziens zijn eerdere beroep op het verschoningsrecht niet aan hem worden tegengeworpen. Hij werd immers gehoord in de strafzaak van een ander en kon in zijn rol als getuige enkel antwoorden op vragen die hem werden gesteld. In die situatie kan dus niet van de getuige worden gevergd dat hij een verklaring aflegt die het redengevend bewijs in zijn eigen zaak ontzenuwt. Ook op dit gebied is ons overigens geen jurisprudentie bekend.

6. Conclusie

Rechtsgeldig opgeroepen getuigen zijn in beginsel verplicht te verschijnen en te verklaren. De getuige kan zichzelf van zijn beantwoordingsplicht verschonen indien hij met het antwoord zijn eigen positie in een (potentiele) strafzaak of ontnemingszaak zou schaden. De waarheidsvinding in de zaak tegen de verdachte moet in dat geval wijken voor het grondrecht van de getuige om niet mee te hoeven werken

aan zijn eigen veroordeling. Het is voor de verhorende rechter zeer moeilijk om te beoordelen of de getuige een verschoningsrecht heeft. Het verschoningsrecht staat of valt immers met de inhoud van het nog niet gegeven antwoord. In de wet en de jurisprudentie ontbreekt een duidelijk toetsingskader. Het lijkt erop dat het gevaar voor een strafrechtelijke veroordeling enigszins aannemelijk moet zijn. Bij minder evidente gevallen kan een beknopte toelichting van de getuige noodzakelijk zijn. Bij de beoordeling van een beroep op het verschoningsrecht dient de rechter zich echter te realiseren dat de aard van het verschoningsrecht met zich brengt dat aan de toelichting geen hoge eisen kunnen worden gesteld en dat met het ten onrechte ontzeggen van dat recht, een belangrijk grondrecht onherstelbaar wordt geschonden.

62 Over het verschil tussen gijzeling en vervolging: P.T.C. van Kampen en J.S. Nan, 'Commentaar op art. 221 Sv, par. C.1', in: *Sdu Commentaar Strafvordering (Vooronderzoek)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015.

63 Gijzeling wordt immers niet genoemd in art. 27 Sr.

64 Rb. Noord-Holland 21 april 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:4476, *NJFS* 2015/149.

65 HR 2 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5951.

66 Vgl. onder meer EHRM 10 juli 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0710JUD002935306 (*Vidgen v. Nederland*), HR 4 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA1782, *NJ* 2013/333.