

Preadvies  
van  
de Adviescommissie Strafrecht  
inzake

de consequenties voor het Nederlandse strafproces van de uitspraken van het Europese Hof voor  
de Rechten van de Mens in de zaken Salduz tegen Turkije en Panovits tegen Cyprus

Inleiding

De rechtspositie van de verdachte in het vooronderzoek, in het bijzonder in de fase waarin de politieverhoren plaatsvinden, is ten onzent al gedurende langere tijd een regelmatig terugkerend onderwerp van debat. Het gaat dan bijvoorbeeld om de vraag welke rechten de verdachte heeft (of zou moeten hebben) en om de vraag of hij van zijn rechten op de hoogte moet worden gesteld (en zo ja, op welk moment en door wie?). Heeft de verdachte recht op bijstand van een advocaat tijdens de politieverhoren? Heeft hij voorafgaand aan en / of tijdens de verhoren het recht om een advocaat te consulteren? Stelt het EVRM op dit punt eisen aan het Nederlandse strafprocesrecht? Moeten verhoren (audio/visueel) worden opgenomen? Allerlei vragen die in de loop van de tijd, en afhankelijk van aan wie ze werden gesteld, verschillend werden beantwoord.<sup>1</sup>

De discussie heeft o.a. geleid tot een (beperkt) experiment in Amsterdam en Rotterdam. In het kader van dat experiment heeft de verdachte (van een levensdelict) het recht om voorafgaand aan het (eerste) politieverhoor een raadsman te consulteren en mag de raadsman vervolgens bij het verhoor aanwezig zijn. Er zijn strikte voorwaarden geformuleerd.<sup>2</sup>

Eerder had Fijnaut, in het kader van het onderzoeksproject Strafvordering 2001, gepleit voor een 'materiële optimalisering' van de rechten van de verdediging door "enerzijds de introductie van een consultatierecht voor elke aangehouden verdachte en anderzijds een plicht voor de politie om alle verdachtenverhoren elektronisch te registreren."<sup>3</sup>

In het Statuut voor de raadsman in strafzaken<sup>4</sup> is onder het kopje 'Vrij verkeer' de volgende bepaling opgenomen:

*"21. De raadsman dient in staat te worden gesteld alle verhoren van de verdachte met hem voor te bereiden en deze verhoren bij te wonen, inclusief de verhoren waarbij de verdachte als getuige wordt gehoord."*

In de toelichting op deze bepaling wordt o.a. het volgende opgemerkt:

"Het belang van vrij verkeer is vooral in de allereerste fase na de arrestatie van de verdachte van belang, dus ook voorafgaande aan en tijdens de politieverhoren, waarin de verdachte vitale beslissingen moet nemen ten aanzien van de door hem in te nemen proceshouding, waarop hij later, zeker als hij besluit om mee te werken aan het

<sup>1</sup> Zie over de discussies o.a.: Cyrille Fijnaut, De toelating van raadslieden tot het politieke verdachtenverhoor, Kluwer Antwerpen, Gouda Quint Arnhem 1987; Taru Spronken, Verdediging, Diss. UM, Gouda Quint 2001, p. 105 - 125; C.J.C.F. Fijnaut, De toelating van de raadsman tot het politieke verdachtenverhoor, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), Het Vooronderzoek in Strafzaken, Onderzoeksproject Strafvordering 2001, tweede interimrapport, Gouda Quint Deventer 2001, p. 671 - 755.

<sup>2</sup> Jan Boksem en Geertjan van Oosten, Start van historisch experiment blijkt moeizaam, Advocatenblad 2008, p. 353 - 355.

<sup>3</sup> C.J.C.F. Fijnaut, a.w., 2001, p. 753.

<sup>4</sup> Vastgesteld in de vergadering van de Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten op 13 november 2003. Zie: Jan Boksem e.a. (red.), Statuut voor de Verdediging, Praktijckahiers Strafrecht, Sdu, Den Haag 2004.

onderzoek, niet meer kan terugkomen. Gelet op het zwijgrecht van de verdachte valt niet in te zien waarom het onderzoeksbelang een legitiem argument is om overleg tussen raadsman en verdachte – mits de raadsman beschikbaar is – te weigeren of op te schorten voorafgaande of gedurende de politieverhoren van de verdachte.”

Hoewel het Statuut geen formele status heeft, heeft het volgens de opstellers ervan wel een “externe functie, in die zin dat het naar de buitenwacht toe aangeeft waar de raadsman in strafzaken voor staat, wat zijn taak en positie is, wat het belang daarvan is voor de samenleving en welke garanties de overheid moet bieden om een effectieve verdediging mogelijk te maken.” De Adviescommissie Strafrecht (ACS) meent dat een verwijzing naar het Statuut in het onderhavige preadvies niet mag ontbreken.

Onlangs lijkt de discussie een nieuwe fase te zijn ingegaan. Op 27 november 2008 en op 11 december 2008 heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) uitspraken gedaan die niet alleen van belang zijn voor de betrokken landen (Turkije en Cyprus), maar die ook van betekenis lijken te zijn voor vormgeving van het Nederlandse strafproces (in het bijzonder de vormgeving van de [eerste] fase van dat strafproces, waarin de z.g. politieverhoren plaatsvinden). Het betreft hier de zaken *Salduz tegen Turkije*<sup>5</sup> en *Panovits tegen Cyprus*.<sup>6</sup> De beide uitspraken hebben in Nederland inmiddels tot een (hernieuwde) discussie geleid.<sup>7</sup> In die discussie staat vooral de vraag centraal op welke punten het Nederlandse strafproces zal moeten worden aangepast. Want dat een aanpassing noodzakelijk is, is evident. In dit preadvies zal de ACS stilstaan bij de (noodzakelijke) gevolgen van de uitspraken van het EHRM en (daarnaast) in het bijzonder ingaan op de praktische consequenties voor de advocatuur.

De ACS stelt voorop dat – gelet op de inhoud van de hierboven genoemde uitspraken van het EHRM – over een aantal punten thans sowieso geen discussie meer zal kunnen bestaan, te weten:

- dat de verdachte voorafgaand aan het eerste politieverhoor toegang zal moeten kunnen hebben tot een advocaat;
- dat de verdachte er recht op heeft tijdig geïnformeerd te worden over zijn verdedigingsrechten en dat het de verantwoordelijkheid is van de Staat om dit te regelen;
- dat onvoldoende rechtsbescherming in de fase van het vooronderzoek, gevolgen kan hebben voor de bewijsconstructie van de zaak, omdat bekentenissen die zijn afgelegd zonder dat de verdachte in de gelegenheid is geweest een advocaat te consulteren van het bewijs dienen te worden uitgesloten als deze nadien worden herroepen; en
- dat niet te snel mag worden aangenomen dat er sprake is van een *waiver*, afstand van het recht op bijstand in deze fase.

Het debat gaat in feite alleen nog over de vraag of uit de recente arresten van het EHRM mag worden afgeleid dat de verdachte recht heeft op rechtsbijstand tijdens de politieverhoren. De ACS zal hieronder de overwegingen van het EHRM analyseren en wegen. Vervolgens zal zij de vraag stellen wat een en ander zal (moeten) betekenen voor de praktijk.

### Eerdere rechtspraak van het EHRM

Het recht op rechtsbijstand is vastgelegd in artikel 6, derde lid onder c, EVRM. In de rechtspraak van het EHRM is in het verleden regelmatig de vraag aan de orde geweest vanaf welk moment

<sup>5</sup> EHRM 27 november 2008, Appl.nr. 36391/02, NbSr 2009, 1.

<sup>6</sup> EHRM 11 december 2008, Appl.nr. 4268/04, NbSr 2009, 2.

<sup>7</sup> Zie met name: R. Malewicz en G.P. Hamer, 'U kunt er nu niet bij' is niet langer acceptabel, *Advocatenblad* 2008, p. 787; Matthias Borgers, Een nieuwe dageraad voor de raadsman bij het politieverhoor?, *NJB* 2009, 61, afl. 2, p. 88 – 93; Taru Spronken, Ja, de zon komt op voor de raadsman bij het politieverhoor!, *NJB* 2009, 62, afl. 2, p. 94 – 100; Taru Spronken, De gevolgen van *Salduz* en *Panovits*, Na twee EHRM-uitspraken móet advocaat toegang krijgen tot verhoor, *Advocatenblad* 2009, p. 17 – 18; P.P.J. van der Meij, Het EHRM en het recht op toegang tot een raadsman vanaf het eerste politieverhoor, *Strafblad* 2009, p. 74 – 87; A-G mr. G. Knigge, Conclusie PG d.d. 17 februari 2009, inzake 08/02411 J (LJN BH3079), 08/03143 (LJN BH3081) en 08/03991 (LJN BH3084).

de verdachte recht heeft op bijstand van een raadsman en – in aansluiting daarop – de vraag wat die rechtsbescherming tenminste zal moeten inhouden.

Vooropgesteld moet worden dat het EVRM slechts minimumwaarborgen biedt. Het staat de Europese lidstaten vrij om de burgers meer of ruimere garanties te bieden dan die welke in het EVRM worden voorschreven (in de rechtspraak van het EHRM nader worden uitgelegd). Zo heeft bijvoorbeeld een groot aantal Europese landen het recht op rechtsbijstand tijdens de politieverhoren uitdrukkelijk in de nationale wetgeving opgenomen.<sup>8</sup>

De ACS zal hieronder een kort overzicht geven van een aantal uitspraken van het EHRM die betrekking hebben op het recht op rechtsbijstand in de fase van het vooronderzoek in strafzaken.<sup>9</sup>

Bij het beantwoorden van de vraag of er al dan niet sprake is een schending van artikel 6 EVRM, oordeelt het EHRM altijd de procedure in zijn geheel. Dit betekent dat onvolkomenheden in het vooronderzoek niet altijd tot de conclusie hoeven te leiden dat er sprake is van een verdragsschending. Het EHRM neemt geen verdragsschending aan wanneer de tekortkoming in het vooronderzoek in een later stadium van het strafproces is gecompenseerd.<sup>10</sup> Het EHRM zal daarom telkens per geval (*in concreto*) een beoordeling moeten maken. Dit neemt niet weg dat het hof vaak ook algemene overwegingen geeft.

Uit de oude rechtspraak van het EHRM kan niet worden afgeleid dat het recht op rechtsbijstand inhoudt dat er tevens een recht bestaat op aanwezigheid van de raadsman tijdens het politieverhoor.<sup>11</sup> Wel is het zo dat het EHRM het in positieve zin waardeert wanneer de verdachte tijdens de politieverhoren door een raadsman wordt bijgestaan, zoals blijkt uit de volgende overweging uit het arrest in de zaak Codron tegen het Verenigd Koninkrijk:

“60. It must also be observed that the applicants’ solicitor was present throughout the whole of their interviews and was able to advise them not to volunteer any answers to the questions put to them. The fact that an accused person who is questioned under caution is assured access to legal advice, and in the applicants’ case the physical presence of a solicitor during police interview, must be considered a particular important safeguard for dispelling any compulsion to speak which may be inherent in the terms of the caution.”<sup>12</sup>

Het EHRM erkent dat rechtsbijstand, in beginsel (en met name in gevallen waarin ‘*an accused is confronted with a fundamental dilemma relating to his defence*’), al in een vroeg stadium tijdens het politieonderzoek (‘*at the initial stages of police interrogation*’) voor de verdachte toegankelijk moet zijn.<sup>13</sup> Dit recht geldt echter niet absoluut, zoals blijkt uit de overwegingen van het EHRM in de zaak John Murray tegen het Verenigd Koninkrijk. Het EHRM overwoog in die zaak o.a. het volgende:

“63. National laws may attach consequences to the attitude of an accused at the initial stages of police interrogation which are decisive for the prospects of the defence in any subsequent criminal proceedings. In such circumstances Article 6 will normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the

<sup>8</sup> Zie: T. Spronken, Advocaat bij politieverhoor: een blik over de grens, NbSr 2006, p. 107 – 110; T. Spronken en M. Attinger, Procedural Rights: Existing Level of Safeguards in the European Union, EU, 12 december 2005.

<sup>9</sup> Zie, meer uitgebreid, C.J.C.F. Fijnaut, De toelating van de raadsman tot het politieke verdachtenverhoor, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interim-rapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Deventer 2001, p. 671 – 755.

<sup>10</sup> EHRM 24 november 1993, Appl.nr. 13972/88 (Imbrioscia tegen Zwitserland).

<sup>11</sup> EHRM 14 december 1999, Appl.nr. 44738/98 (Dougan tegen het Verenigd Koninkrijk). Zie ook: EHRM 6 juni 2000, Appl.nr. 28135/95 (Magee tegen het Verenigd Koninkrijk) en EHRM 6 juni 2000, Appl.nr. 36408/97 (Averill tegen het Verenigd Koninkrijk).

<sup>12</sup> EHRM 2 mei 2000, Appl.nr. 35718/97 (Codron tegen het Verenigd Koninkrijk).

<sup>13</sup> O.a. EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725, m.nt. Kn. (John Murray tegen het Verenigd Koninkrijk), r.o. 63. Zie ook: EHRM 12 mei 2005, Appl.nr. 46221/99 (Öcalan tegen Turkije), r.o. 131.

initial stages of police interrogation. However, this right, which is not explicitly set out in the Convention, may be subject to restrictions for good cause. The question, in each case, is whether the restriction, in the light of the entirety of the proceedings, has deprived the accused of a fair hearing. (...)

66. (...) Under such conditions the concept of fairness enshrined in Article 6 requires that the accused has the benefit of the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation. To deny access to a lawyer for the first 48 hours of police questioning, in a situation where the rights of the defence may well be irretrievably prejudiced, is – whatever the justification for such denial – incompatible with the rights of the accused under Article 6.”

Omdat het hof naar de gehele procedure kijkt, levert een beperking van het recht op rechtsbijstand in de fase van het vooronderzoek niet zonder meer een schending op van het EVRM. Wanneer de verdachte zijn advocaat gedurende de eerste fase na zijn aanhouding niet heeft kunnen spreken, wordt bijvoorbeeld geen schending aangenomen wanneer hij in die fase geen bekende verklaringen heeft afgelegd.<sup>14</sup>

“53. (...) The Court agrees that the recording of interviews provides a safeguard against police misconduct, as does the attendance of the suspect’s lawyer. However, it is not persuaded that these are an indispensable precondition of fairness within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention. The essential issue in each application brought before this Court remains whether, in the circumstances of the individual case, the applicant received a fair trial. (...)”.<sup>15</sup>

Het lijkt er sterk op dat het EHRM recentelijk deze lijn in zijn rechtspraak heeft verlaten, althans voor wat betreft het recht op rechtsbijstand in de fase waarin de politieverhooren plaatsvinden. In de rechtspraak<sup>16</sup> en in de wetenschap is, zoals gezegd, een discussie losgebarsten over de vraag wat de betekenis is van twee recente uitspraken van het EHRM.

#### De uitspraken in de zaken Salduz tegen Turkije en Panovits tegen Cyprus

De discussie spitst zich toe op de uitleg van een aantal specifieke overwegingen van het EHRM.

In het arrest in de zaak Salduz tegen Turkije komt het EHRM eerst met een aantal belangrijke algemene overwegingen:

“50. The Court reiterates that, even if the primary purpose of Article 6, as far as criminal proceedings are concerned, is to ensure a fair trial by a ‘tribunal’ competent to determine ‘any criminal charge’, it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings. Thus, Article 6 – especially paragraph 3 – may be relevant before a case is sent for trial if and so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its provisions (*Imbrioscia*, ...). (...).

51. The Court further reiterates that although not absolute, the right of everyone charged with a criminal offence to be effectively defended by a lawyer, assigned officially if need be, is one of the fundamental features of fair trial (*Poitrimol v. France*, ..., and *Demebukov v. Bulgaria*, ...). Nevertheless, Article 6 § 3 (c) does not specify the

<sup>14</sup> EHRM 16 oktober 2001, Appl.nr. 39846/98 (Brennan tegen het Verenigd Koninkrijk). Zelfs het feit dat de verdachte een bekende verklaring had afgelegd in de fase dat hij niet door een raadsman werd bijgestaan leverde (in een andere zaak) niet automatisch een schending van artikel 6 EVRM op, omdat die verklaring niet ‘*the sole basis for his conviction*’ vormde (EHRM 26 april 2007, Appl.nr. 36391/02, Salduz tegen Turkije). In deze laatste zaak heeft de ‘Grand Chamber’ inmiddels het arrest gewezen dat ten onzent tot discussie heeft geleid.

<sup>15</sup> EHRM 16 oktober 2001, Appl.nr. 39846/98 (Brennan tegen het Verenigd Koninkrijk.).

<sup>16</sup> Zie o.a. Gerechtshof Arnhem 29 januari 2009, LJN BH1350; Rechtbank Roermond 26 januari 2009, LJN BH0990; Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch 23 januari 2009, LJN BH1269; Rechtbank Zutphen 20 januari 2009, LJN BH0355; Rechtbank ‘s-Gravenhage 31 december 2008, LJN BG851; Rechtbank Zutphen 30 december 2008, LJN BG8475; Rechtbank Haarlem 23 december 2008, LJN BH0643; Gerechtshof Arnhem 18 december 2008, LJN BG7489; Rechtbank Amsterdam (civiel), 18 december 2008, LJN BG7496;

manner of exercising this right. It thus leaves to the Contracting States the choice of the means of ensuring that it is secured in their judicial systems, the Court's task being only to ascertain whether the method they have chosen is consistent with the requirements of a fair trial. In this respect, it must be remembered that the Convention is designed to 'guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective' and that assigning counsel does not in itself ensure the effectiveness of the assistance he may afford an accused (*Imbrioscia*, ...).

52. National laws may attach consequences to the attitude of an accused at the initial stages of police interrogation which are decisive for the prospects of the defence in any subsequent criminal proceedings. In such circumstances, Article 6 will normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation. However, this right has so far been considered capable of being subject to restrictions for good cause. The question, in each case, has therefore been whether the restriction was justified and, if so, whether, in the light of the entirety of the proceedings, it has not deprived the accused of a fair hearing, for even a justified restriction is capable of doing so in certain circumstances (see *John Murray*, ...; *Brennan*, ..., and *Magee*, ...).

53. These principles, outlined in paragraph 52 above, are also in line with the generally recognised international human rights standards (see paragraphs 37 – 42 above) which are at the core of the concept of a fair trial and whose rationale relates in particular to the protection of the accused against abusive coercion on the part of the authorities. They also contribute to the prevention of miscarriages of justice and the fulfilment of the aims of Article 6, notably equality of arms between the investigation or prosecuting authorities and the accused.

54. In this respect, the Court underlines the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charges will be considered at the trial (*Can v. Austria*, ...). At the same time, an accused often finds himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings, the effect of which is amplified by the fact that legislation on criminal procedure tends to become increasingly complex, notably with respect to the rules governing the gathering and use of evidence. In most cases, this particular vulnerability can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer whose task it is, among other things, to help to ensure respect of the right of an accused not to incriminate himself. (...) Early access to a lawyer is part of the procedural safeguards to which the Court will have particular regard when examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination (see, *mutatis mutandis*, *Jalloh*, ...). In this connection, the Court also notes the recommendations of the CPT (...), in which the committee repeatedly stated that the right of a detainee to have access to legal advice is a fundamental safeguard against ill-treatment. Any exception to the enjoyment of this right should be clearly circumscribed and its application strictly limited in time. These principles are particularly called for in the case of serious charges, for it is in the face of the heaviest penalties that respect for the right to a fair trial is to be ensured to the highest possible degree by democratic societies."

Uit deze algemene beschouwingen volgt ondubbelzinnig dat het EHRM eisen stelt aan de vormgeving van het strafproces in de fase van het vooronderzoek ('*pre-trial proceedings*', '*at the initial stages of police interrogation*', '*the investigation stage*'). Weliswaar stelt het EHRM voorop (r.o. 51) dat artikel 6, derde lid, onder c EVRM niet voorschrijft op welke wijze de lidstaten vorm moeten geven aan het recht op een effectieve verdediging. Dit neemt echter niet weg dat het EHRM kan toetsen (en dat voorkomende gevallen ook telkens doet) of '*the method they have chosen is consistent with the requirements of a fair trial*'. En juist op dit punt lijkt het EHRM nu de piketpaaltjes te hebben verplaatst.

Het EHRM kijkt nog steeds naar de totale procedure, maar merkt daarbij wel op dat het vooronderzoek bepalend kan zijn voor de uitkomst van het eindonderzoek en dat de verdachte –

juist in deze fase van het strafproces – in een kwetsbare positie verkeert.<sup>17</sup> Om deze redenen verlangt artikel 6 EVRM, aldus het hof, dat de verdachte in beginsel al tijdens het vooronderzoek moet kunnen worden bijgestaan door een raadsman (*'..., Article 6 will normally require that the accused be allowed to benefit from the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation', '..., this particular vulnerability can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer whose task it is, among other things, to help to ensure respect of the right of an accused not to incriminate himself'*). Deze uitgangspunten gelden in het algemeen, maar in het bijzonder in de zwaardere strafzaken (*'in the case of serious charges'*).

De algemene beschouwingen worden door het EHRM afgesloten met een 'kernoverweging' die inmiddels – zoals gezegd – ten onzent tot de nodige discussie heeft geleid:

"55. Against this background, the Court finds that in order for the right of a fair trial to remain sufficiently 'practical and effective' (...) Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right. Even where compelling reasons may exceptionally justify denial of access to a lawyer, such restriction – whatever its justification – must not unduly prejudice the rights of the accused under Article 6 (see, *mutatis mutandis*, *Magee*, ...). This rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction."

Het recht op een eerlijk proces moet bij zijn concrete invulling '*practical and effective*' zijn.<sup>18</sup> Dit is een belangrijk uitgangspunt.

De discussie spitst zich onder andere toe op de vraag wat het EHRM bedoelt met de woorden '*access to a lawyer*'. Brengt het EHRM met deze woordkeuze bewust een beperking aan ten opzichte van het – op het eerste gezicht – ruimere '*assistance of a lawyer*', of moeten de begrippen min of meer als synoniem worden beschouwd? Mag uit de woorden van het EHRM worden afgeleid dat het hier draait om een z.g. 'raadpleegrecht', of hebben de woorden wellicht een ruimere betekenis? Wij komen hierop later terug, maar zullen eerst (kort) stilstaan bij de belangrijkste overwegingen uit het arrest in de zaak Panovits tegen Cyprus.

Ook in deze uitspraak geeft het EHRM een aantal algemene overwegingen. Deze overwegingen komen in grote lijnen overeen met die in het arrest in de zaak Salduz tegen Turkije:

"64. At the outset the Court observes that, even if the primary purpose of Article 6, as far as criminal matters are concerned, is to ensure a fair trial by a 'tribunal' competent to determine 'any criminal charge', it does not follow that the Article has no application to pre-trial proceedings. Article 6 – especially paragraph 3 – may be relevant before a case is sent for trial if and in so far as the fairness of the trial is likely to be seriously prejudiced by an initial failure to comply with its requirements (see *Öcalan v. Turkey*, ..., and *Imbrioscia v. Switzerland*, ...). The manner in which Article 6 §§ 1 and 3 (c) is to be applied during the preliminary investigation depends on the special features of the proceedings involved and on the circumstances of the case. In order to determine whether the aim of Article 6 – a fair trial – has been achieved, regard must be had to the entirety of the domestic proceedings conducted in the case (*Imbrioscia*, ...).

65. Moreover, the Court reiterates that 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. Their rationale lies, *inter alia*, in

<sup>17</sup> Vgl. overweging 62: "*In sum, even though the applicant had the opportunity to challenge the evidence against him at the trial and subsequently on appeal, the absence of a lawyer while he was in police custody irretrievably affected his defence rights.*"

<sup>18</sup> De ACS wijst in dit verband op de eerder in de tekst aangehaalde algemene overweging (51): "*In this respect, it must be remembered that the Convention is designed to 'guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective' and that assigning counsel does not in itself ensure the effectiveness of the assistance he may afford an accused.*"

the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6 (see *John Murray v. the United Kingdom*, ..., and *Funke v. France*, ...). The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused (see, inter alia, *Saunders v. the United Kingdom*, ...; *Heaney and McGuinness v. Ireland*, ...; *J.B. v. Switzerland*, ...; and *Allan*, ...). In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 § 2 of the Convention."

De 'kernoverweging' luidt als volgt:

"66. As regard the applicant's complaints which concern the lack of legal consultation at the pre-trial stage of the proceedings, the Court observes that the concept of fairness enshrined in Article 6 requires that the accused be given the benefit of the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation. The lack of legal assistance during an applicant's interrogation would constitute a restriction of his defence rights in the absence of compelling reasons that do not prejudice the overall fairness of the proceedings."

Het EHRM spreekt hier ondubbelzinnig over de bijstand van een raadsman tijdens het politieverhoor ('*the assistance of a lawyer already at the initial stages of police interrogation*') en '*legal assistance during an applicant's interrogation*'. Deze rechtsbijstand wordt – gelet op de inhoud van de algemene overwegingen die eraan vooraf gaan – geplaatst in het licht van het algemeen aanvaarde recht van de verdachte om te zwijgen ('*the right to silence*') en het ruimere *nemo tenetur*-beginsel ('*the right not to incriminate oneself*'). Een en ander uiteraard in de context van de notie van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM. In dat verband wijst het EHRM expliciet op het pressieverbod ('*the protection of the accused against improper compulsion by the authorities*') en '*methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused*') en op het belang van het voorkomen van rechterlijke dwalingen ('*the avoidance of miscarriages of justice*').

Terwijl het EHRM de uitgangspunten toegepast in de specifieke casus in de zaak Panovits tegen Cyprus, komt het nog met een aantal min of meer algemene overwegingen<sup>19</sup>:

"67. The Court notes that the applicant was 17 years old at the material time. In its case-law on Article 6 the Court has held that when criminal charges are brought against a child, it is essential that he be dealt with in a manner which takes full account of his age, level of maturity and intellectual and emotional capacities, and that steps are taken to promote his ability to understand and participate in the proceedings (see *T. v. the United Kingdom*, ...). The right of an accused minor to effective participation in his or her criminal trial requires that he be dealt with due regard to his vulnerability and capacities from the first stages of his involvement in a criminal investigation and, in particular, during any questioning by the police. The authorities must take steps to reduce as far as possible his feelings of intimidation and inhibition (see, mutatis mutandis, *T. v. the United Kingdom*, ...) and ensure that the accused minor has a broad understanding of the nature of the investigation, of what is at stake for him or her, including the significance of any penalty which may be imposed as well as of his rights of defence and, in particular, of his right to remain silent (mutatis mutandis, *S.C. v. the United Kingdom*, ...). It means that he or she, if necessary with the assistance of, for example, an interpreter, lawyer, social worker or friend, should be able to understand the general thrust of what is said by the arresting officer and during his questioning by the police (ibid).

68. The Court reiterates that a waiver of a right guaranteed by the Convention – in so far as it is permissible – must not run counter to any important public interest, must be

<sup>19</sup> Deze overwegingen komen in grote lijnen overeen met de overwegingen 59 – 62 in de zaak Salduz.

established in an unequivocal manner and must be attended by minimum safeguards commensurate to the waiver's importance (*Håkansson and Sturesson v. Sweden*, ..., and most recently *Sejdovic v. Italy*, ...). Moreover, before an accused can be said to have impliedly, through his conduct, waived an important right under Article 6, it must be shown that he could reasonably have foreseen what the consequences of his conduct would be (see *Talat Tunç v. Turkey*, ..., and *Jones v. the United Kingdom*, ...). The Court considers that given the vulnerability of an accused minor and the imbalance of power to which he is subjected by the very nature of criminal proceedings, a waiver by him or on his behalf of an important right under Article 6 can only be accepted where it is expressed in an unequivocal manner after the authorities have taken all reasonable steps to ensure that he or she is fully aware of his rights of defence and can appreciate, as far as possible, the consequence of his conduct."

Het EHRM benadrukt hier dat ten aanzien van een minderjarige verdachte – zowel Salduz als Panovits waren minderjarig toen zij door de politie werden verhoord<sup>20</sup> – extra zorgvuldig gehandeld moet worden. De minderjarige zal in ieder geval moeten begrijpen wat er gezegd wordt en wat hem wordt gevraagd tijdens het politieverhoor. Hij zal, met het oog hierop, zo nodig kunnen worden bijgestaan door bijvoorbeeld een tolk, een raadsman, reclasseringsmedewerker of door een vriend of familielid. Dat geldt zeker wanneer er door (of namens) de minderjarige afstand wordt gedaan van (verdediging-)rechten. Dat de minderjarige verdachte afstand doet van bepaalde rechten – zoals het recht op rechtsbijstand tijdens het politieverhoor –, mag zeker niet stilzwijgend worden aangenomen.

In de zaak tegen Panovits stond het vast dat de verdachte niet gewezen was op zijn recht op rechtsbijstand (*'the applicant was not offered legal assistance', 'Neither the applicant nor his father were adequately informed of the applicant's rights to legal representation before the applicant's questioning. The applicant himself was not advised that he could see a lawyer before saying anything to the police and before he had his written statement taken.'*). Het EHRM vervolgt:

"71. In view of the above the Court considers that it was unlikely, given the applicant's age, that he was aware that he was entitled to legal representation before making any statement to the police. Moreover given the lack of assistance by a lawyer or his guardian, it was also unlikely that he could reasonably appreciate the consequences of his proceeding to be questioned without the assistance of a lawyer in criminal proceedings concerning the investigation of a murder (see *Talat Tunç*, ...).

72. (...) The passive approach adopted by the authorities in the present circumstances was clearly not sufficient to fulfil their positive obligation to furnish the applicant with the necessary information enabling him to access legal representation.

73. Accordingly, the Court finds that the lack of provision of sufficient information on the applicant's right to consult a lawyer before his questioning by the police, especially given the fact that he was a minor at the time and not assisted by his guardian during the questioning, constituted a breach of the applicant's defence rights. (...).

77. In the light of the above considerations the Court concludes that there has been a violation of Article 6 § 3 (c) in conjunction with Article 6 § 1 of the Convention on account of the lack of legal assistance to the applicant in the initial stages of police questioning."

Uit deze overwegingen mag niet worden afgeleid dat de (rechts-)bijstand van de jeugdige verdachte kan geschieden door zijn vertrouwenspersoon / beschermer / begeleider / ouder of voogd (*'guardian'*) (in dit geval zal bedoeld zijn op de vader van Panovits, die met hem was meegekomen naar het politiebureau). De ACS leest deze overwegingen zo dat daaruit moet worden afgeleid dat het EHRM van oordeel is dat de minderjarige verdachte onder de gegeven omstandigheden geen afstand heeft gedaan van zijn recht op rechtsbijstand en dat voor dit

<sup>20</sup> Deze omstandigheid is echter voor het EHRM niet doorslaggevend, zoals blijkt uit overweging 61 (Salduz): *"Still, in the present case, as explained above, the restriction imposed on the right of access to a lawyer was systematic and applied to anyone held in police custody, regardless of his or her age, in connection with an offence falling under the jurisdiction of the state security courts."*

oordeel in het bijzonder heeft meegewogen dat de vader van de verdachte niet bij het verhoor aanwezig was, terwijl de verdachte evenmin door een raadsman werd bijgestaan (die hem op dit punt had kunnen adviseren). Hierdoor kon de verdachte niet overzien wat de consequenties waren van het al dan niet afleggen van een verklaring tegenover de politie. Het EHRM ziet hierin een schending van artikel 6 EVRM.

Het EHRM benadrukt in de zojuist aangehaalde overwegingen dat de verdachte niet zelf hoeft te vragen om bijstand van een advocaat. Het is de verantwoordelijkheid van de staat dat de verdachte te informeren over diens verdedigingsrechten. Het EHRM spreekt in dit verband van een '*positive obligation*'. Anders gezegd: de verdachte heeft er recht op dat hij op de hoogte wordt gesteld van zijn verdedigingsrechten.

### De discussie

De discussie (tussen met name Borgers en Spronken, en recentelijk van nieuwe impulsen voorzien door Knigge) zal hieronder – kort – worden weergegeven en door de ACS van commentaar worden voorzien.

Borgers vat de kernoverweging van het EHRM in de zaak Salduz tegen Turkije als volgt samen:<sup>21</sup>

1. Als hoofdregel geldt dat de toegang tot een raadsman moet worden mogelijk gemaakt vanaf het moment dat een aanvang wordt gemaakt met de ondervraging van een verdachte door de politie.
2. Afwijking van de hoofdregel is alleen mogelijk in exceptionele gevallen op basis van dwingende redenen.
3. Beperking van het recht op toegang tot een raadsman mag niet onnodig afbreuk doen aan de verdedigingsrechten. Die rechten zijn in principe onherstelbaar aangetast indien belastende verklaringen worden gebezigd voor het bewijs, terwijl die verklaringen zijn afgelegd terwijl geen toegang tot een raadsman bestond.

Vervolgens bespreekt hij een vijftal aandachtspunten:

1. Wat dient te worden verstaan onder het begrip '*access to a lawyer*'?
2. Vanaf welk moment heeft de verdachte recht op '*access to a lawyer*'?
3. Onder welke condities mag men aannemen dat de verdachte afstand heeft gedaan van zijn recht op toegang tot een raadsman?
4. De verdedigingsrechten zijn in principe onherstelbaar aangetast indien gebruik wordt gemaakt van verklaringen die zijn afgelegd terwijl geen toegang tot de raadsman bestond, maar is van een dergelijke aantasting ook sprake indien die verklaringen nadien, nadat er wel toegang tot een raadsman mogelijk was, zijn herhaald door de verdachte? En hoe zit het indien een bij de politie afgelegde verklaring wordt bevestigd door daarvan onafhankelijk bewijsmateriaal, zoals DNA-sporen?
5. In hoeverre is het van belang dat Salduz ten tijde van het begaan van het strafbare feit en het politieverhoor minderjarig was?

Wat opvalt aan de (eerste vier) vragen die Borgers stelt, is dat hij de reikwijdte van het arrest lijkt te willen beperken tot het in de z.g. 'kernoverweging' gebruikte begrip '*access to a lawyer*' (wat door hem wordt vertaald als 'toegang tot een raadsman'). De ACS vraagt zich af of deze – wellicht onbedoelde beperking – wel terecht is in het licht van de aan de 'kernoverweging' voorafgaande algemene overwegingen en mede in het licht van de diverse *concurring opinions* van de rechters die het arrest hebben gewezen. Ook de beslissing in de zaak Panovits tegen Cyprus lijkt een ruimere strekking te hebben. De ACS wijst in dit verband op de verschillende begrippen die door het EHRM (door en naast elkaar) worden gehanteerd; naast '*access to a lawyer*', gaat het dan in het bijzonder om: '*(Article 6 will normally require that the accused be allowed to benefit from) the assistance of a lawyer (already at the initial stages of police*

---

<sup>21</sup> Borgers, NJB, p. 90.

interrogation)"<sup>22</sup>. Volgens Borgers heeft het begrip '*assistance of a lawyer*' geen nauw afgebakende betekenis. Dat mag zo zijn, de ACS is van mening dat juist door het gebruik van de woorden '*assistance of a lawyer*' door het EHRM wordt benadrukt dat "*the Convention is designed to 'guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective' and that assigning counsel does not in itself ensure the effectiveness of the assistance he may afford an accused.*"<sup>23</sup> Er is met andere woorden reden om het begrip '*access to a lawyer*' niet te beperkt uit te leggen, in die zin dat het voldoende zou zijn wanneer de verdachte op enig moment in de gelegenheid wordt gesteld zijn raadsman te consulteren. De ACS meent dan ook dat de alternatieven die Borgers aandraagt, niet toereikend zijn. Borgers schrijft onder meer het volgende:

"Ik houd het dan ook goed voor mogelijk dat '*legal assistance during (...) interrogation*' kan en mag inhouden dat een verdachte voorafgaand en zo nodig ook tussentijds de mogelijkheid heeft om met een raadsman te overleggen, zonder dat die raadsman noodzakelijkerwijs de verhoren bijwoont. (...)

Met de weinig precieze bewoordingen die de *Grand Chamber* bezigt – '*access*', '*assistance*' – is het niet onverenigbaar om uit te gaan van een recht om een raadsman te consulteren in de fase van het eerste politieverhoor, zonder dat de raadsman gerechtigd is het verhoor zelf bij te wonen. Een dergelijke consultatiemogelijkheid, met behulp waarvan de verdachte zijn positie in het verhoor kan bepalen, kan reeds bijdragen aan die verwezenlijking van de doeleinden van het recht op een *fair trial*.

De *Salduz*-uitspraak brengt naar mijn oordeel wel met zich – en de zaak *Panovits* biedt daarvoor ook veel steun – dat de rol van de raadsman *voorafgaand* aan het politieverhoor in het Nederlandse strafprocesrecht meer uitwerking behoeft. (...)

Het ligt voor de hand om na de uitspraken in de zaken *Salduz* en *Panovits* art. 28 lid 2 Sv aldus te interpreteren dat de uitoefening van het recht van de verdachte om zich desgewenst, in verbinding te stellen met een raadsman in principe niet mag worden gehinderd. Daarmee lijkt evenwel niet te kunnen worden volstaan, omdat ook met een dergelijke interpretatie art. 28 lid 2 Sv het initiatief om een raadsman te consulteren volledig aan de verdachte laat, terwijl op de overheid een zekere plicht rust om ervoor te waken dat een verdachte zich voldoende bewust is van zijn rechtspositie. Men kan daarom denken aan een regeling – in de wet of in beleidsregels – waarbij de verdachte door de politie in de gelegenheid wordt gesteld om, al dan niet telefonisch, te overleggen met een raadsman, alvorens het verhoor een aanvang neemt. Een minder verstrekkend, maar wellicht nog wel aanvaardbaar alternatief zou kunnen zijn een bepaling van de strekking dat de verdachte niet alleen wordt meegedeeld dat hij niet verplicht is om antwoord te geven op vragen, maar ook dat hij te allen tijde aanspraak kan maken op overleg met een raadsman, waarbij het verder aan het initiatief van de verdachte wordt gelaten om te verzoeken om schorsing van het verhoor teneinde dat overleg te kunnen hebben. De meest minimale optie, waarvan ik echter sterk betwijfel of die toereikend is in het licht van de recente Straatsburgse rechtspraak, is het volstaan met de introductie van het voorschrift dat verhorende politieambtenaren verplicht zijn het verhoor te onderbreken wanneer de verdachte eigener beweging aangeeft met een raadsman te willen overleggen. Bij al deze opties geldt overigens dat, mede met het oog op het voorkomen van ontoelaatbare druk en gerechtelijke dwalingen, aanvullend zou kunnen worden gekozen – zeker bij ernstige delicten – voor het registreren van het verhoor met behulp van audiovisuele middelen."<sup>24</sup>

De ACS is het met Borgers eens dat het consultatierecht in de fase waarin de politieverhoren plaatsvinden, kan bijdragen aan de verwezenlijking van de doeleinden van het recht op een *fair trial*. Het EHRM gaat echter nog een stap verder, door duidelijk de nadruk te leggen op het belang van een effectieve verdediging. De mogelijkheid om een raadsman te consulteren is in dat verband een goed begin, maar de daadwerkelijke rechtsbijstand zal in de meeste gevallen vanzelfsprekend nóg effectiever zijn.

<sup>22</sup> Overweging 52 (*Salduz*). Vgl. overweging 66 (*Panovits*).

<sup>23</sup> Overweging 51 (*Salduz*).

<sup>24</sup> Borgers, NJB, p. 92 en 93.

Spronken is in haar commentaar naar aanleiding van de arresten van het EHRM zeer uitgesproken. Haar conclusie is 'dat de raadsman in beginsel niet meer de toegang kan worden geweigerd bij de politieverhoren van zijn cliënt en dat hieraan alleen in zeer bijzondere omstandigheden restricties kunnen worden verbonden'.<sup>25</sup> Het EHRM heeft – aldus Spronken – in het arrest in de zaak Salduz tegen Turkije duidelijk afstand genomen van zijn eerdere uitspraken, waaruit kon worden afgeleid dat op grond van het EVRM geen onverkort recht op bijstand van een advocaat tijdens de politieverhoren mocht worden aangenomen.<sup>26</sup>

Spronken wijst in dit verband allereerst op overweging 53, waarin door het EHRM uitdrukkelijk wordt verwezen naar de algemene internationale mensenrechtenstandaarden. Zij wijst er verder op dat het EHRM in de volgende overweging (54) het belang van het vooronderzoek in strafzaken benadrukt en daarbij aangeeft dat de verdachte zich juist in deze fase in een kwetsbare positie bevindt en daarom aanspraak zou moeten kunnen maken op *'the assistance of a lawyer whose task it is, among other things, to help to ensure respect of the right of an accused not to incriminate himself.'* Vroege toegang tot rechtsbijstand is een belangrijke waarborg waaraan het verbod op zelfincriminatie wordt getoetst. De aanbevelingen van het CPT waarin wordt aangedrongen op het recht op rechtsbijstand als waarborg tegen ongeoorloofde pressie en waarop slechts in uitzonderlijke omstandigheden nauwkeurig omschreven restricties mogelijk zijn, worden in dit verband uitdrukkelijk aangehaald door het EHRM. Dit zijn belangrijke constatering bij het beantwoorden van de vraag naar de reikwijdte van de uitspraak van het EHRM.

Naar aanleiding van de 'kernoverweging' (55) merkt Spronken op dat het "evident [is] dat het EHRM het recht op bijstand in de fase van de politieverhoren noodzakelijk acht met het oog op de verwezenlijking van een eerlijk proces".<sup>27</sup> De laatste zin van overweging 55 noemt zij 'tamelijk spectaculair': "In feite zegt het hof dat belastende verklaringen die door een verdachte worden afgelegd zonder bijstand van een advocaat, niet voor het bewijs mogen worden gebruikt en dat de schending van het eerlijk proces hierdoor in principe onherstelbaar is." <sup>28</sup>

Interessant wordt het wanneer Spronken in gaat op de vraag naar de betekenis van de term 'access to a lawyer'. Het is de ACS opgevallen dat Spronken aan het begrip een aanmerkelijk ruimere inhoud geeft dan Borgers, waardoor de betekenis van de beide uitspraken van het EHRM in haar beleving dan ook veel groter is.

De termen 'assistance of a lawyer' en 'access to a lawyer' betekenen in essentie hetzelfde, namelijk 'bijstand door een advocaat', aldus Spronken.<sup>29</sup> Zij weet zich gesteund door de een viertal rechters die in hun 'concurring opinions' (bij het arrest in de zaak Salduz tegen Turkije) geprobeerd hebben de uitspraak te verduidelijken. Zij wijst verder op de 'kernoverweging' (66) in de zaak Panovits tegen Cyprus, waarin het EHRM de nadruk legt op het belang van rechtsbijstand als waarborg tegen ongewilde zelfincriminatie.<sup>30</sup> Juist doordat het EHRM hierop de nadruk legt – betoogt Spronken –, is de uitleg dat 'access to a lawyer' ook de aanwezigheid van de advocaat tijdens de verhoren omvat, in overeenstemming met de ratio van de onderhavige beslissingen.<sup>31</sup>

Knigge kiest bij zijn uitleg van de arresten van het EHRM uitdrukkelijk voor een 'terughoudende' benadering.<sup>32</sup> Daarbij staat hij nauwelijks stil bij het veronderstelde verschil tussen de woorden 'assistance of a lawyer' en 'access to a lawyer'. Beide termen lijken een vorm van communicatie tussen verdachte en raadsman te veronderstellen en worden, aldus Knigge, door het EHRM betrekkelijk onbekommerd door elkaar gebruikt.<sup>33</sup>

Bij zijn analyse en interpretatie van het arrest stelt Knigge de slotzin van de 'kernoverweging' (55) uit het arrest Salduz voorop: *"The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are*

<sup>25</sup> Spronken, NJB, p. 94.

<sup>26</sup> Spronken, NJB, p. 96.

<sup>27</sup> Spronken, NJB, p. 97.

<sup>28</sup> Spronken, NJB, p. 97.

<sup>29</sup> Spronken, NJB, p. 98.

<sup>30</sup> Spronken, NJB, p. 99.

<sup>31</sup> Spronken, NJB, p. 99.

<sup>32</sup> Knigge, CPG 08/02411 J, punt 6.12.

<sup>33</sup> Knigge, CPG 08/02411 J, punt 7.15.

*used for a conviction.*” Een ernstige aantasting van de rechten van de verdediging in het vooronderzoek, moet leiden tot bewijsuitsluiting. Wanneer vervolgens wel gebruik wordt gemaakt van dat materiaal, is er sprake van schending van het in artikel 6 EVRM gegarandeerde recht op een eerlijk proces. Omgekeerd betekent dit ook dat er geen sprake is van een schending van artikel 6 EVRM wanneer de zaak bijvoorbeeld wordt geseponneerd of het materiaal bij de latere vervolging en berechting buiten beschouwing wordt gelaten. Eventuele gebreken die aan het vooronderzoek kleven, zijn in zoverre moeilijk los te zien van hun effect op de latere berechting.<sup>34</sup> Over dat (schadelijke) effect gaan de uitspraken van het EHRM in de zaken Salduz en Panovits, aldus Knigge.

Knigge constateert dat in beide zaken de tekortkoming in het vooronderzoek hierin bestond dat het bij het politieverhoor aan iedere vorm van rechtsbijstand had ontbroken. Het schadelijke effect van een dergelijke tekortkoming is dermate groot, dat in principe niet meer van een eerlijk proces kan worden gesproken als de afgelegde belastende verklaringen tegen de verdachte worden gebruikt.<sup>35</sup> Knigge vraagt zich vervolgens af of dit oordeel mag worden doorgetrokken naar andere (minder ernstige) gebreken aan de rechtsbijstand bij het politieverhoor. Hij merkt op:

“Het ligt niet voor de hand dat het Hof alle tekortkomingen over één en dezelfde kam heeft willen scheren. De conclusie dat het Hof dit heeft willen doen, is alleen gerechtvaardigd indien en voor zover aangenomen mag worden dat de eventuele andere tekortkomingen naar het oordeel van het Hof een even desastreus effect hebben op de eerlijkheid van de berechting als het ontbreken van iedere vorm van rechtsbijstand heeft.”<sup>36</sup>

Het EHRM legt – aldus Knigge – een uitdrukkelijk verband tussen het recht op rechtsbijstand en het *nemo tenetur*-beginsel. Hij concludeert vervolgens:

“dat het Hof zich in de zaken Salduz en Panovits uitsluitend heeft uitgesproken over de situatie dat het de verdachte bij het politieverhoor aan elke vorm van rechtsbijstand heeft ontbroken. Anders gezegd: met een ‘police interrogation without access to a lawyer’ heeft het Hof alleen het oog gehad op een verhoorsituatie waarin de verdachte niet de gelegenheid heeft gehad om een raadsman te raadplegen over de af te leggen verklaring. Het ontbreken van die mogelijkheid van voorafgaand overleg vormt daarbij de kern van de zaak, niet de fysieke aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor. (...) Het is dat ontbreken van voorafgaand overleg dat de verklaringenvrijheid in de kern aantast en dat de conclusie rechtvaardigt dat de rechten van de verdediging ‘irretrievably prejudiced’ zijn als de afgelegde verklaring tegen de verdachte wordt gebruikt.”<sup>37</sup>

Het is met andere woorden voldoende (en tevens noodzakelijk), volgens Knigge, dat de verdachte voorafgaande aan het eerste politieverhoor met een raadsman heeft kunnen overleggen over de in te nemen proceshouding. Tegenover dit consultatierecht van de verdachte staat voor de Staat de verplichting om dat recht te garanderen en te verwezenlijken.<sup>38</sup> Een en ander wordt in het vervolg van de Conclusie nader uitgewerkt en toegespitst op de Nederlandse situatie. De ACS volstaat hier met daarnaar te verwijzen.

De terughoudende benadering van Knigge hangt samen met de invalshoek die door hem wordt gekozen, te weten: de invalshoek van de rechter. Hij spreekt in dit verband van een ‘statische interpretatie’.<sup>39</sup> Daartegenover plaatst hij de z.g. ‘dynamische benadering’.

“Men kan de dynamiek in de jurisprudentie van het Hof als het ware verdisconteren in de interpretatie en op zoek gaan naar het standpunt van het Europese Hof dat reeds in

<sup>34</sup> Knigge, CPG 08/02411 J, punten 7.1 – 7.3.

<sup>35</sup> Knigge, CPG 08/02411 J, punt 7.6.

<sup>36</sup> Knigge, CPG 08/02411 J, punt 7.6.

<sup>37</sup> Knigge, CPG 08/02411 J, punt 7.12.

<sup>38</sup> Knigge, CPG 08/02411 J, punt 8.1 – 8.2.

<sup>39</sup> Knigge, CPG 08/02411 J, punten 6.9 – 6.11.

potentie in de arresten besloten ligt. De witte plekken (de onduidelijkheden en de open gebleven vragen) worden dan niet gelaten voor wat zij zijn, maar ingevuld aan de hand van wat redelijkerwijs aan verdere rechtsontwikkeling verwacht mag worden.”<sup>40</sup>

De wetgever “die zich moet bezinnen op de vraag of de thans gewezen arresten reden vormen om de wettelijke regeling van de rechtsbijstand tijdens het voorarrest te herzien, [doet] er (...) wijs aan [...] met de dynamiek in de jurisprudentie van het Europese Hof rekening te houden”.<sup>41</sup>

De ACS gaat er vanuit dat de wetgever het advies van Knigge volgt op dit punt.

Ondertussen heeft de ACS ook voor zichzelf de vraag gesteld wat het EHRM precies heeft bedoeld in de beide arresten. Welke uitleg ligt het meest voor de hand? De beperkte uitleg die Borgers geeft? De ‘statische interpretatie’ van Knigge? Of de ruime uitleg van Spronken?

De ACS stelt voorop dat het EHRM kennelijk niet duidelijk genoeg is geweest. Het zou wat dit betreft wenselijk zijn wanneer het EHRM op korte termijn de gerezen interpretatiekwesaties ondubbelzinnig zou beantwoorden. In de tussentijd zal de Nederlandse praktijk al op een aantal punten moeten worden aangepast. Welke aanpassingen tenminste nodig zijn, hangt af van de uitleg die aan de uitspraken van het EHRM moet worden gegeven.

De ACS komt tot de conclusie dat er geen enkele aanleiding is om de uitspraken van het EHRM in de zaken Salduz tegen Turkije en Panovits tegen Cyprus beperkt uit te leggen. Integendeel. Het EHRM hamert in een aantal overwegingen op het belang van een effectieve verdediging, met name ook in de fase waarin de politieverhoren plaatsvinden. De verdachte verkeert dan in een uiterst kwetsbare positie. De druk die hij ervaart, is vaak hoog. Dat geldt in het bijzonder wanneer er sprake is van een minderjarige verdachte en / of van het toepassen van vrijheidsbenemende dwangmiddelen. De verklaringen die de verdachte bij de politie aflegt, kunnen beslissend zijn tijdens het eindonderzoek. In deze context komt het EHRM met een overweging die aan duidelijkheid niets te wensen over laat: “*In most cases, this particular vulnerability can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer whose task it is, among other things, to help to ensure respect of the right of an accused not to incriminate himself.*”. Het gaat er dus niet slechts om dat de verdachte voorafgaand aan het politieverhoor in de gelegenheid is geweest een raadsman te consulteren. De kern van de zaak is niet – zoals Knigge betoogt – het consultatierecht, maar het recht op rechtsbijstand. Wanneer in de fase waarin de politieverhoren plaatsvinden aan dit recht tekort is gedaan, zal dat gevolgen moeten hebben voor de latere berechting.

Van de raadsman wordt een actieve opstelling verlangd. Hij moet niet alleen zijn cliënt informeren en adviseren, maar ook – en dat is cruciaal – er actief op toezien dat er geen inbreuk wordt gemaakt op het recht van de verdachte om zichzelf niet (ongewild) te belasten. De raadsman moet kunnen ingrijpen, en dat betekent uiteraard dat hij bij de verhoren aanwezig moet kunnen zijn. Een consultatierecht (voorafgaand aan het eerste verhoor of op andere momenten in de fase waarin de politieverhoren plaatsvinden) volstaat niet. De raadsman moet rechtsbijstand kunnen verlenen. Dat is per slot van rekening zijn taak. Hij moet dat kunnen doen op de momenten waarop zijn cliënt dat het meest nodig heeft. Het politieverhoor is zo’n moment.

De woorden ‘*access to a lawyer*’ betekenen dus niet (alleen) dat de verdachte een advocaat moet kunnen spreken. De woorden hebben duidelijk een ruimere strekking en betekenen dat de verdachte aanspraak kan maken op daadwerkelijke rechtsbijstand. De raadsman moet vervolgens zijn cliënt met raad en daad kunnen bijstaan.<sup>42</sup>

### De gevolgen van de uitspraken van het EHRM voor de Nederlandse praktijk

<sup>40</sup> Knigge, CPG 08/02411 J, punt 6.7.

<sup>41</sup> Knigge, CPG 08/02411 J, punt 6.8.

<sup>42</sup> Vgl. J. Boksem, Met raad en daad, Gedachten over de positie van de verdediger in strafzaken, Oratie UM, Kluwer, Deventer 2007.

Als één ding duidelijk is, dan is het wel dat het Nederlandse strafprocesrecht (wetgeving en praktijk) niet voldoet aan de eisen die door het EHRM in de zaken Salduz tegen Turkije en Panovits tegen Cyprus worden gesteld.

In Nederland wordt de verdachte na zijn aanhouding niet of nauwelijks door de politie geïnformeerd over zijn verdedigingsrechten. Voorafgaand aan de verhoren wordt de cautie gegeven, maar dat is het dan ook. Vervolgens duurt het vaak een aantal uren voordat de verdachte een advocaat te spreken krijgt. Pas na de in verzekeringstelling gaat de piketregeling in en wordt de 'piketadvocaat' (of een 'voorkeursadvocaat') op de hoogte gesteld. In de tussentijd vinden verhoren plaats.

Deze praktijk zal ingrijpend moeten veranderen.

De verdachte zal (meteen) na zijn aanhouding gewezen moeten worden op zijn rechten. Een van die rechten is het recht op 'access to a lawyer'. Om er zeker van te zijn dat deze belangrijke informatie de verdachte ook daadwerkelijk bereikt, is het verstandig de verdachte niet alleen mondeling te informeren, maar hem tevens een z.g. 'letter of rights' te overhandigen.<sup>43</sup>

Alleen een verdachte die zijn rechten kent, kan besluiten daarvan (uitdrukkelijk) afstand te doen. In de zaak Panovits tegen Cyprus heeft het EHRM duidelijk gemaakt dat bij een minderjarige verdachte de lat nog iets hoger moet liggen. De minderjarige verdachte moet niet alleen geïnformeerd worden over zijn rechten, hem moet daarnaast ook duidelijk worden gemaakt (door een vertrouwenspersoon of door zijn raadsman) wat de consequenties (kunnen) zijn van het doen van afstand van zijn verdedigingsrechten.

Het recht op 'access to a lawyer' houdt verschillende dingen in.

Allereerst het recht van de verdachte om voorafgaand aan het politieverhoor een raadsman te consulteren.

Daarnaast het recht van de verdachte om, vanaf het moment dat een aanvang wordt gemaakt met de politieverhoren, overleg te kunnen hebben met zijn raadsman.

Het recht op 'access to a lawyer' impliceert ook het recht op aanwezigheid van de raadsman tijdens de politieverhoren.

En tenslotte volgt uit de uitspraken van het EHRM dat de raadsman tijdens de politieverhoren ook daadwerkelijk rechtsbijstand moet kunnen verlenen.

In het Nederlandse strafprocesrecht is dit vooralsnog allemaal niet geregeld. De ACS maakt graag van de gelegenheid gebruik om mee te denken over de (noodzakelijke) wijzigingen van het Nederlandse strafprocesrecht.

De informatieplicht, het consultatierecht en het recht op rechtsbijstand voorafgaand en tijdens het politieverhoor, zullen – in algemene zin – wettelijk geregeld moeten worden. Dat kan vrij eenvoudig door een artikel in het Wetboek van Strafvordering op te nemen waarin deze rechten met zoveel woorden worden vastgelegd. Dat is echter niet voldoende.

De piketregeling (art. 40 Sv) behoeft aanpassing, omdat het moment waarop een beroep kan worden gedaan op de raadsman verschuift. Het moment van de in verzekeringstelling is niet meer bepalend voor het optreden van de raadsman, maar het moment waarop de politieverhoren beginnen. Het is met het oog hierop het meest praktisch dat de piketadvocaat meteen na de aanhouding van de verdachte wordt gewaarschuwd (door de meldkamer van de politie of door tussenkomst van de piketcentrale).

Om het recht op consultatie en rechtsbijstand effectief te kunnen laten zijn, zal ook het vergoedingensysteem drastisch moeten worden aangepast. De bestaande forfaitaire vergoeding is toereikend om inhoud te kunnen geven aan het (eerste) consultatiebezoek, maar schiet tekort wanneer het gaat om de rechtsbijstandverlening tijdens de politieverhoren. De vergoeding voor de raadsman zal redelijk moeten zijn, om te kunnen garanderen dat het recht van de verdachte op 'access to a lawyer' ook daadwerkelijk kan worden geëffectueerd. De ACS acht het met het oog hierop wenselijk dat aansluiting wordt gezocht bij de huidige regeling van de gefinancierde rechtshulp (in bewerkelijke zaken), waarin het zo geregeld is dat voor de werkzaamheden van de

---

<sup>43</sup> In een taal die hij begrijpt.

advocaat 1 punt (= ongeveer € 100,-) per uur wordt toegekend. Alleen wanneer voldoende advocaten bereid zijn aan de nieuwe piketregeling deel te nemen – en dat zal mede afhangen van de vergoeding voor de werkzaamheden die moeten worden verricht –, kan Nederland voldoen aan de eisen die thans door het EHRM worden gesteld. Ook op dit punt geldt dat er een positieve verplichting voor de overheid bestaat om e.e.a. goed te regelen.<sup>44</sup>

Er zal daarnaast het een en ander geregeld moeten worden met betrekking tot het optreden van de raadsman. De ACS verwijst in dit verband naar de opsomming die Boksem geeft in zijn oratie.<sup>45</sup>

Zolang de wet- en regelgeving niet is aangepast aan de eisen die thans vanuit Straatsburg worden gesteld, zal de praktijk zelf moeten inspelen op de nieuw ontstane situatie.

Politie en justitie kunnen het zich niet veroorloven dat straks zaken 'stuk' gaan omdat de raadsman niet tijdig is ingeschakeld. Tegelijkertijd zullen ook advocaten er voor moeten zorgen dat zij snel in actie kunnen komen. Het meest praktische op dit moment is waarschijnlijk dat de advocaat voorafgaand aan zijn piket een briefje faxt aan de officier van justitie en aan de meldkamer van de politie, waarin hij aangeeft dat hij in een bepaalde periode piketdienst heeft en waarin hij vraagt om hem niet pas na de inverzekeringstelling te informeren, maar hem – in de lijn van de recente uitspraken van het EHRM in de zaken Salduz tegen Turkije en Panovits tegen Cyprus – in de gelegenheid te stellen om voorafgaand aan het eerste politieverhoor met de aangehouden verdachte te spreken en hem (desgewenst) in de gelegenheid te stellen de politieverhoren bij te wonen.

Een van de eerste prioriteiten zal zijn het aanpassen van de piketregeling. Vooruitlopend daarop zal er een (tijdelijke) voorziening moeten worden gecreëerd in verband met de vergoeding van de extra werkzaamheden die van de raadsman kunnen worden verlangd. De ACS doelt dan in het bijzonder op de werkzaamheden die plaatsvinden voor de inverzekeringstelling en op het bijwonen van politieverhoren. Het is evident dat met name dat laatste een tijdrovende bezigheid zal zijn, waardoor veel andere werkzaamheden zullen blijven liggen.

De ACS heeft zich afgevraagd of het recht op '*access to a lawyer*' in alle zaken op dezelfde wijze zal moeten worden vormgegeven. Strikt genomen is er geen reden om onderscheid te maken tussen zaken. Iedere verdachte die door de politie verhoord wordt, heeft recht op rechtsbijstand. Toch maakt het (in ieder geval gevoelsmatig) verschil of iemand verdacht wordt van een gering feit of van een ernstig misdrijf. De ACS kan zich voorstellen dat dit onderscheid straks ook in de wet- en regelgeving wordt aangebracht.

Bij geringe feiten zou het dan bijvoorbeeld voldoende kunnen zijn de verdachte op zijn verdedigingsrechten te wijzen, inclusief het recht op bijstand door een advocaat – door hem een z.g. '*letter of rights*' te overhandigen –, om vervolgens het initiatief om daar wel of niet iets mee te doen bij de verdachte zelf neer te leggen. Bij zwaardere feiten – alle gevallen waar voorlopige hechtenis is toegestaan – ligt het daarentegen meer voor de hand een piketregeling te creëren, zodat aan het recht op '*access to a lawyer*' ook daadwerkelijk vorm en inhoud wordt gegeven.

Het EHRM heeft aangegeven dat slechts in uitzonderlijke gevallen en dan nog louter op basis van dwingende redenen een uitzondering mag worden gemaakt op het recht op '*access to a lawyer*'. Welke die redenen zijn, wordt door het EHRM niet uitgewerkt. De ACS ziet in de formulering van het EHRM reden om aan te nemen dat het uitgangspunt moet zijn dat er geen uitzondering op het recht van de verdachte wordt gemaakt. De ernst van het feit of het belang van de opsporing, rechtvaardigen geen inbreuk op het recht van de verdachte op rechtsbijstand. De enige reden die de ACS kan bedenken, is dat er mensenlevens op het spel staan waardoor de komst van de raadsman niet kan worden afgewacht. Er ligt bijvoorbeeld ergens een tikkende tijdbom of er is sprake van een andere acute noodsituatie die direct ingrijpen noodzakelijk maakt. En zelfs in zo'n situatie moet de raadsman bij het verhoor kunnen aanschuiven, zodra hij zich op het politiebureau (of op een andere plaats waar het verhoor wordt afgenomen) meldt.

<sup>44</sup> Vgl. EHRM 30 januari 2001, Appl.nr. 35683/97 (Vaudelle tegen Frankrijk); EHRM 10 augustus 2006, Appl.nr. 54784/00 (Padalov tegen Bulgarije).

<sup>45</sup> Boksem, Oratie, p. 29 – 31.

In Amsterdam en Rotterdam wordt op dit moment geëxperimenteerd met het toelaten van de raadsman tot het politieverhoor. Het experiment is beperkt opgezet – het betreft louter verdachten van levensdelicten – en het protocol dat gehanteerd wordt, is erg strikt geformuleerd en stelt de raadsman nauwelijks in de gelegenheid om daadwerkelijk rechtsbijstand te verlenen.

Het is duidelijk dat de uitspraken van het EHRM veel verder gaan dan wat in het kader van het experiment mogelijk is. De ACS constateert dat door de uitspraken van het EHRM in de zaken Salduz tegen Turkije en Panovits tegen Cyprus het experiment is achterhaald. Het is niet meer nodig om te onderzoeken of het wenselijk is dat er een mogelijkheid komt de raadsman toe te laten tot het politieverhoor. Die vraag is inmiddels beantwoord door het EHRM. Het is niet alleen wenselijk, het is zelfs noodzakelijk. De verdachte heeft immers recht op rechtsbijstand voorafgaand en tijdens de verhoren. Dat dit recht meer is dan een aanwezigheidsrecht, is inmiddels wel duidelijk geworden. Dit betekent dat het protocol zal moeten worden aangepast.

De ACS stelt voor dat er een landelijk protocol komt, zodat de praktijk in overeenstemming wordt gebracht met recht. De ACS is graag bereid mee te denken om de toekomstige praktijk vorm te geven.

### Afronding

Om (ongewenste) vrijspraken (als gevolg van bewijsuitsluiting) te voorkomen en om – positief geformuleerd – het Nederlandse strafproces(-recht) een belangrijke kwaliteitsimpuls te geven, zullen de praktijk en de wetgeving op korte termijn in overeenstemming moeten worden gebracht met de recente rechtspraak van het EHRM. Dat vraagt veel van alle betrokkenen. Vooral de politie en de verdediging zullen aan de nieuwe realiteit moeten wennen. Daar zal ongetwijfeld enige tijd overheen gaan, maar ervaringen in het buitenland leren dat (gemiddeld genomen) de verhoren beter worden.<sup>46</sup>

Er zal voor de Nederlandse (strafrecht-)advocaat veel veranderen, nu de verdachte al voorafgaand en tijdens de politieverhoren recht heeft op '*access to a lawyer*'. Ondanks het feit dat het recht van de verdachte niet voor de advocaat de verplichting in het leven roept om alle politieverhoren van zijn cliënt bij te wonen, zal hij veel vaker dan voorheen het geval was naar het politiebureau moeten om zijn cliënt te adviseren en / of bij te staan.

De advocaat zal zijn praktijk hierop moeten inrichten. Hij zal immers onverwacht kunnen worden weggeroepen. En hij zal bovendien tijd moeten kunnen vrijmaken om verhoren te kunnen bijwonen.

De nieuwe situatie zou wel eens kunnen betekenen dat de advocaat (veel) minder zaken kan aannemen. Het is daarom van belang dat er een goede financiële regeling komt (waarin ook wordt opgenomen dat de advocaat zich moet kunnen laten vervangen).

Omdat de rechtsbijstandverlening tijdens de politieverhoren voor veel advocaten nieuw is en (wellicht) bijzondere kennis en vaardigheden vereist, acht de ACS het van belang dat er speciale (piket-)cursussen worden georganiseerd, waarin advocaten op hun nieuwe rol worden voorbereid.

De advocatuur – in het bijzonder de strafrechtadvocatuur – staat voor een nieuwe, grote uitdaging. In een cruciale fase van het strafproces kan de raadsman een rol van betekenis gaan spelen. Dat is een enorme vooruitgang, maar het legt ook een grote verantwoordelijkheid bij de raadsman neer. Hij zal zich daarvan bewust moeten zijn (en zich overeenkomstig moeten gedragen).

---

<sup>46</sup> De aanwezigheid van de raadsman bij de verhoren geeft een kwaliteitsimpuls aan die verhoren, omdat de verbalisanten de verhoren waarschijnlijk (nog) beter gaan voorbereiden (in de wetenschap dat er bij het verhoor een kritische toeschouwer aanwezig zal zijn) en omdat de raadsman kan ingrijpen en met zijn cliënt kan overleggen wanneer dat nodig is. Dat laatste hoeft beslist niet te betekenen dat de raadsman zijn cliënt altijd een beroep op diens zwijgrecht zal laten doen. Integendeel. In veel gevallen zal de raadsman, die merkt dat zijn cliënt zichzelf in een onmogelijke positie manoeuvreert (door tegenstrijdig en / of ongeloofwaardig of leugenachtig te verklaren, terwijl er veel belastend materiaal tegen hem op tafel ligt), zijn cliënt – tijdens een '*time out*' – kunnen adviseren open kaart te spelen. De voortgang van het onderzoek, de waarheidsvinding en de cliënt zijn daarmee gediend.

Het consultatierecht en het recht op rechtsbijstand tijdens de politieverhoren, hebben tot gevolg dat de mogelijkheden van de verdediging om bij te dragen aan de resultaten van het strafproces, enorm zijn toegenomen. Het eerste wat er nu moet gebeuren, is dat de rechten in duidelijke wet- en regelgeving worden neergelegd en uitgewerkt. Het is vervolgens aan de advocatuur om er voor te zorgen dat de toegenomen mogelijkheden ook daadwerkelijk worden benut.

Rotterdam, 23 februari 2009

Adviescommissie Strafrecht,  
Mr. T.N.B.M. Spronken, voorzitter,  
namens deze, mr. R. Hoogendoorn, secretaris