

# Nederlands Juristenblad, Salduz en de actieve raadsman

Vindplaats: NJB 2009, 601 Bijgewerkt tot: 27-03-2009  
Auteur: Willem Jebbink [M](#)

Wetgeving: IVBPR art. 14, lid 3; Sv art. 29; EVRM art. 6;

De *Grand Chamber* heeft in *Salduz* duidelijk niet de genuilkorfde raadsman voor ogen die thans in het kader van het lopende pilotproject 'Raadsman bij politieverhoor' mag aanschuiven bij politieverhoren. Nederland bevindt zich in dit opzicht nog altijd in de positie van een ontwikkelingsland.

## Een actieve raadsman

Op 18 december 2008 voerde mijn toenmalige kantoorgenoot Gerard van der Meer - die die dag piketdienst had - een kort geding tegen de Amsterdamse politie en het Openbaar Ministerie met als inzet het recht van zijn in verzekering gestelde cliënten op zijn aanwezigheid tijdens de politieverhoren. Belangrijkste reden: de uitspraak van de *Grand Chamber* van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak *Salduz*.<sup>[1]</sup> De voorzieningenrechter nam geen inhoudelijk standpunt in en oordeelde: 'in deze procedure [staat] de vraag centraal welke uitleg moet worden gegeven aan de door het hof gebruikte termen 'access to a lawyer' en 'assistance of a lawyer.'

Access betekent volgens *Van Dale* 'toegang' en assistance wordt vertaald als hulp, bijstand of assistentie. Niet zonder meer kan worden gezegd dat uit door de door het hof gebruikte woorden 'access to a lawyer' en 'assistance of a lawyer' kan worden afgeleid dat een advocaat toegang moet krijgen bij een politieverhoor vanaf het moment dat een aanvang wordt gemaakt met de ondervraging van een verdachte door de politie. [...] Op dit moment wordt de uitspraak van het Europese hof door de verschillende rechtbanken en hoven bestudeerd. Er zal in deze rechtbank eind januari 2009 ook een 'close reading' bijeenkomst plaatsvinden te samen met wetenschappers. Ook in het landelijk overleg van de voorzitters van de strafsectoren (LOVS) zal een en ander nog nader aan de orde komen. Inmiddels hebben ook publicaties plaatsgevonden door diverse hoogleraren die tot een verschillende interpretatie van de zaak *Salduz* komen. Onder deze omstandigheden is nader onderzoek nodig om de betekenis van het arrest van het Europese hof vast te stellen. Derhalve is thans niet voldoende aannemelijk dat de bodemrechter de door eisers voorgestane uitleg van het *Salduz*-arrest zal volgen en dient de vordering te worden afgewezen.<sup>[2]</sup>

## Orakel in achterkamertjes

Dus niet in een rechterlijke uitspraak, maar in een soort van concilie zou in bewierookte sferen onder rechters, raadsheren en wetenschappers moeten worden beslist over de uitleg van de fundamentele

begrippen *access* en *assistance*. Het is een boeiende vraag wie - en op welke gronden - wordt uitverkoren tot het bijwonen van die mystieke vergaderingen (komt de hoge raad ook?) en volgens welke procedureregels daar wordt geoordeeld. Heeft - nu de Rb. Amsterdam zich over de fundamentele rechten van de verdachte niet durft uit te spreken - de volksvertegenwoordiging hier niet het laatste woord? Een beoordeling door het parlement is vele malen transparanter dan een bijeenkomst in achterkamertjes waarin kennelijk een eensluidend rechterlijk oordeel tot stand moet komen, dat nota bene kennelijk door zowel rechtbanken als hoven zal worden gedragen (hoe verhoudt zich deze gang van zaken met de rechterlijke onafhankelijkheid en met de controlefunctie van hoven jegens rechtbanken?).

*Close reading* lijkt mede gezien de bijdragen in dit blad<sup>[3]</sup> van de hoogleraren Borgers en Spronken bovendien een heilloze weg om een ultiem antwoord te vinden op de vraag of *access to a lawyer* en *assistance of a lawyer* het recht op een raadsman bij verhoor omvat. Feit is dat de *Grand Chamber* terminologie als *physical presence of a solicitor during police interview* (vgl. bijvoorbeeld de zaak *Condron*)<sup>[4]</sup> in *Salduz* niet gebruikt. Derhalve kan men ook na aandachtige lezing van deze uitspraak blijven twisten over de vraag of *access* en *assistance* het recht op een raadsman bij verhoor omvat: de tekst van *Salduz* geeft eenvoudigweg het antwoord niet. Men ontkomt er daarom mijns inziens niet aan, om de betekenis van de uitspraak te duiden, *Salduz* in een breder (Nederlands) perspectief te plaatsen. In aansluiting op de gedetailleerde analyses van Borgers en Spronken zal ik vanuit de strafrechtspraktijk en de positie van de verdachte enkele opmerkingen maken bij de kernoverwegingen van de *Grand Chamber*.

## Recht op rechtsbijstand: practical and effective

Ik begin met de vaste notie van het EHRM dat het verdrag rechten garandeert die *practical and effective* zijn, niet *theoretical and illusory*. In *Salduz* komt dat gezichtspunt ook terug, en wel na de constatering van de *Grand Chamber* dat het recht op rechtsbijstand in art. 6 EVRM niet nader is uitgewerkt en Verdragsstaten dus de keuze hebben om te bepalen op welke wijze zij dit recht garanderen. Die keuzevrijheid is in ieder geval beperkt:

'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 (...)'

Enkel een raadsman toevoegen is, kortom, in het licht van de eisen die aan een eerlijk proces worden gesteld onvoldoende: de raadsman moet *effectieve* bijstand kunnen leveren. De *Grand Chamber* heeft in *Salduz* dus duidelijk niet de genuïlkorfde raadsman voor ogen die thans in het kader van het thans lopende pilotproject 'Raadsman bij politieverhoor'<sup>[5]</sup> mag aanschuiven bij politieverhoren: het recht op rechtsbijstand behelst een *actieve* verdediging:

'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*'

(mijn curs., WHJ).

## De actieve raadsman

De gedachte van een actieve raadsman die, waar nodig, onverschrokken en onbelemmerd moet kunnen optreden in het belang van zijn cliënt, komt op verscheidene plaatsen in het (internationale) recht tot

uitdrukking. Het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties bijvoorbeeld oordeelt in zijn *general comment*.

'The right to communicate with counsel requires that the accused is granted prompt access to counsel. Counsel should be able to meet their clients in private and to communicate with the accused in conditions that fully respect the confidentiality of their communications. (...) Furthermore, lawyers should be able to advise and to represent persons charged with a criminal offence in accordance with generally recognized professional ethics without restrictions, influence, pressure or undue interference from any quarter.'

[\[6\]](#)

Uit deze standaarduitleg van art. 14 lid 3 onder d IVBPR (waarin dit verdrag het recht op rechtsbijstand garandeert) volgt dat in de adviserende rol van de raadsman jegens diens cliënt geen andere restricties mogen worden opgelegd dan voortvloeiend uit *generally recognized professional ethics*. Die laatste blijken voor Nederlandse advocaten uit bijvoorbeeld een uitspraak van 6 december 1993 van het Hof van Discipline (de hoogste tuchtrechter voor de advocatuur) waarin werd bepaald dat tot de taak van een raadsman in strafzaken behoort zijn cliënt *waar nodig* van advies te dienen en zijn belang te bepleiten.[\[7\]](#) In 2006 is in het rapport van de Commissie Advocatuur, waarin de positie van de advocaat in de rechtsstaat en de rechtsorde is geanalyseerd, nog eens opgemerkt dat het een van de wezenskenmerken van de advocaat in strafzaken is dat deze voor de verdachte en diens belangen opkomt.[\[8\]](#) De terminologie 'opkomen voor' duidt behalve op activiteit op het met toewijding verrichten van de verdediging. Eveneens de hoge raad gaat uit van een actieve raadsman, ook waar het gaat om de rechtmatigheid van een verklaring van een verdachte. Klachten terzake van cautieverzuimen tijdens het onderzoek ter zitting leiden volgens vaste rechtspraak immers niet tot nietigheid van dat onderzoek indien de verdachte daar werd bijgestaan door een raadsman.[\[9\]](#) Met andere woorden: de aanwezige raadsman is *mede verantwoordelijk* voor de fundamentele voorwaarden die het recht stelt aan de kwaliteit en totstandkoming van de verklaring van zijn cliënt.

## Straatsburgse vingervijzingen aan de raadsman

Komend bij de kern van de discussie rondom *Salduz* luidt vervolgens de vraag: waaruit dient de activiteit van de raadsman te bestaan? En: wanneer dient de raadsman actief te zijn? Allereerst valt op dat de *general principles* in *Salduz* inscherpen op het belang van het opsporingsonderzoek (*investigation stage*). Dat belang zit hem aldus de *Grand Chamber* hierin, dat het bewijs dat gedurende deze fase wordt verzameld het kader vormt van de latere beoordeling ter terechtzitting. In het bijzonder de rechten van art. 6 lid 3 EVRM (waaronder het recht op rechtsbijstand) zijn ook in die fase van belang en het recht op rechtsbijstand is een van de elementen van een eerlijk proces. Over de onderzoeksfase overweegt het EHRM verder:

'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.'

We wisten uit Straatsburgse uitspraken als *Kamasinski* en *Imbrioscia* al dat stilzitten door de (toegevoegde) raadsman onder bepaalde omstandigheden een schending van het recht op een eerlijk

proces is en derhalve voor de raadsman niet altijd geoorloofd is. Ofschoon de advocatuur onafhankelijk is van de staat en het gedrag van de verdediging voornamelijk een zaak is tussen de verdachte en diens raadsman, rust op de nationale autoriteiten de plicht om in die relatie in te grijpen *only if a failure by legal aid counsel to provide effective representation is manifest or sufficiently brought to their attention in some other way*.<sup>[10]</sup> Thans echter geeft het Europese Hof als ik goed zie het recht op actieve rechtsbijstand voor het eerst op enkele punten inhoudelijk gestalte. Een van die punten is dat de raadsman dient te waken over het nonincriminatierecht van zijn cliënt. Verder dient de raadsman door zijn optreden de kwetsbaarheid van de verdachte in de voorfase van het strafrechtelijk onderzoek te compenseren, vanuit de vaststelling dat wetgeving (waaronder de regels voor het verzamelen van het bewijs) steeds verder in complexiteit toeneemt. Die laatste eis impliceert minst genomen een voorlichtende rol van de raadsman jegens de verdachte. Beide elementen hangen, zo volgt ook uit de overweging van de *Grand Chamber* dienaangaande, met elkaar samen. Dat een werknemer uit de onderste regionen van een groot bedrijf als verdachte van overtreding van complexe milieuwetgeving geacht wordt de wet te kennen, is louter *theoretical and illusory*. Wie als verdachte derhalve niet particulier wordt voorgelicht omtrent de grenzen van de wet in het licht van diens handelen, kan zich geen oordeel vormen omtrent de vraag wanneer hij zichzelf incrimineert. Het EHRM beperkt deze notie evenwel niet tot evident complexe wetgeving: in de *meeste gevallen* dient de raadsman de nodige compensatie te bieden. Daarmee wordt (terecht) erkend dat vanuit de positie van de verdachte in de strafrechtelijke onderzoeksfase in beginsel geen enkele zaak eenvoudig is.

## Uitsluitend aanwezigheid bij verhoor biedt garanties

Voor de raadsman is het onmogelijk aan genoemde elementaire vingerwijzingen van de *Grand Chamber* te voldoen zonder bij politieverhoren aanwezig te zijn. Juist tijdens het afleggen van verklaringen verdient de verdachte acute bescherming tegen ontoelaatbare druk of pressie. Daaraan doet het ('theoretische') pressieverbod van art. 29 Sv niet af. Verder maakt het geen verschil of pressie direct wordt uitgeoefend, dus tijdens het verhoor, dan wel daaraan voorafgaand, elders gedurende een verblijf op het politiebureau. Waar een nadelige behandeling van de verdachte gedurende zijn voorarrest kan doorwerken of uitmonden in voor hem ongewild nadelige verklaringen, dient de raadsman hem daartegen te beschermen.

Hierbij moet niet uit het oog worden verloren dat pressie uiterst subtiel (zelfs onbedoeld) kan worden uitgeoefend. Men denke aan leidende vragen, strikvragen, overredende vragen, enz. Alle zijn dit vragen waarbij niet met de vuist op tafel wordt geslagen, maar waarvan niet gezegd kan worden dat het antwoord daarop in vrijheid wordt gegeven. Rammelink heeft bijvoorbeeld betoogd: 'door op retorische vragen, soms eindigend met 'niet waar?' kan de verdachte zich met een enkele hoofdknik een catastrofe op de hals halen.'<sup>[11]</sup> Zelfs rechters stellen tijdens de behandeling van strafzaken ter terechtzitting af en toe dit soort vragen.

Ook voor voorlichting omtrent wet- en regelgeving geldt dat de raadsman die niet effectief kan geven zonder aanwezig te zijn bij de verhoren. De verdachte blijft doorgaans voorafgaand aan het verhoor en een bespreking met diens raadsman verstoken van kennisneming van de inhoud van het dan verzamelde belastende materiaal. Als gevolg daarvan zal hij gedurende de loop van een verhoor voortdurend behoefte hebben aan voorlichting over zijn positie in het licht van wet en rechtspraak. Los daarvan heeft de verdachte tijdens het verhoor behoefte aan controle op de wijze waarop de opsporingsautoriteiten zelf hem hieromtrent gedurende een verhoor informeren, alsmede op toepassing van de geldende (bewijs)regels. Thans heeft de raadsman doorgaans het nakijken bij het uitvoeren van

confrontaties, de aankondiging van doorzoeken (vaak gehoord is 'ik heb maar toestemming gegeven anders zouden ze, zo zeiden ze, toch met een bevel komen'), enz.

## Huidige praktijk: beneden de maat

Met de hem door het EHRM opgelegde taak om in ieder geval in genoemde opzichten bescherming te bieden aan de verdachte draagt de raadsman een medeverantwoordelijkheid voor de eerlijkheid van het proces. Het gaat hier bovendien, zoals al aangegeven, om een van de kernwaarden van een eerlijk proces. Aan die gewichtige taak kan de raadsman niet voldoen door te volstaan met slechts een bespreking in het kader van een piketbezoek, zelfs niet indien deze plaatsvindt voorafgaand aan het eerste verhoor. In de huidige Nederlandse piketpraktijk heeft de verdachte meestal toegang tot zijn advocaat na de eerste verhoren, in een in tijd afgemeten gesprek (wie zich langer dan een half uur met zijn cliënt verstaat wordt vanaf dat moment dikwijls onderbroken door een politieambtenaar die vraagt of het nog lang gaat duren). Doorgaans vindt dat gesprek plaats op basis van louter door de verdachte aangedragen informatie. Deze praktijk biedt onvoldoende mogelijkheden voor de door het EHRM voorgestane praktische en effectieve compensatie. Het is bij een piketbezoek ondoenlijk om bijvoorbeeld op alle denkbare pressiescenario's te anticiperen, afgezien van de vraag of de verdachte de strekking van wat hem wordt verteld kan vatten en zich daarna voldoende weerbaar kan opstellen. Reden waarom een raadsman in deze fase zijn cliënt dikwijls adviseert te zwijgen, in afwachting van de eerste mogelijkheid hem adequaat te kunnen adviseren (in de regel pas nadat processtukken zijn verstrekt, bijvoorbeeld voorafgaand aan de art. 59a Sv-toets door de rechter-commissaris). Een dergelijk advies is echter uit nood geboren en ligt dus ver weg van praktische en effectieve rechtsbijstand. Dat klemt temeer indien door zo'n advies de vrijheidsbeneming wordt geprolongeerd of aan het initiële zwijgen in een later stadium van het onderzoek c.q. in een schadevergoedingsverzoek na het einde van de zaak voor de verdachte nadelige consequenties worden verbonden.

## Geen goed tegenargument denkbaar

De focus van het EHRM op het zoveel mogelijk waarborgen van de eisen van een *fair trial* in de voorfase van een strafprocedure dient ook te worden belicht vanuit de ontwikkeling van ons strafprocesrecht (verschuiving van met meer waarborgen omkleed gerechtelijk vooronderzoek naar opsporingsonderzoek) en vanuit de zoëven al aangestipte mogelijkheid van de verdachte om tegenover de politie te zwijgen en eerst tegenover een rechter(-commissaris), in aanwezigheid van diens raadsman, te verklaren. Er is ook vanuit deze gezichtspunten geen goed argument denkbaar waarom de eerste en vaak cruciale verhoren van een verdachte niet met de waarborg van een volledige rechtsbijstand hoeven te zijn omkleed.

Behalve bescherming tegen ontoelaatbare druk van de zijde van de autoriteiten heeft de *Grand Chamber* bij de principes die bij het recht op rechtsbijstand een rol spelen ook oog voor het voorkomen van rechterlijke dwalingen en *the fulfilment of the aims of Article 6, notably equality of arms between the investigating or prosecuting authorities and the accused*. Ten aanzien van dat laatste is niet goed denkbaar dat tegenwicht reeds voldoende kan worden geboden enkel door *access* in het kader van een piketbezoek of anderszins tussen de verhoren door. Effectieve bijstand die aan dit beginsel tegemoet komt, zal moeten worden geleverd *on the spot*. Zolang blijkt dat tijdens verhoren in Nederland wordt gescholden of valse bekentenissen worden verkregen is het minst genomen een kwestie van fatsoen dat de verdachte niet zonder bijstand van zijn advocaat de verhoorkamer ingaat. Doch daarenboven:

schelden of het ontftutselen van valse bekentenissen is mijns inziens schokkend voor onze rechtsorde en heeft een lange nagalm. Daaraan doet niet af dat dergelijke praktijken incidenten zijn.

## Nederland ontwikkelingsland

Redenen ten over derhalve om met de uitspraak *Salduz* in de hand op kortst mogelijke termijn te beslissen dat de Nederlandse raadsman bij alle verhoren van diens cliënt aanwezig kan zijn. Ik besluit met toch wat *close reading* van de *Salduz*-uitspraak, in het voordeel van de door Spronken getrokken conclusies uit de *concurring opinions*, waaruit blijkt dat *access* de aanwezigheid bij het verhoor omvat. Een belangrijk argument is nog niet belicht. De *Grand Chamber* stelt namelijk:

'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 (...) 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.'

Een van de *recommendations* van het *European Committee for the Prevention of Torture* (CPT), waarnaar de *Grand Chamber* verwijst, luidt als volgt (mijn curs. WHJ):

'Further, the actual content of the right of access to a lawyer for persons suspected of State Security Court Offences remains *less well developed* than in the case of ordinary criminal suspects. In particular, as far as the CPT can ascertain, it is still the case that such suspects are not entitled to have the lawyer present when making a statement to the police (...)'

Daaruit kan niet anders worden afgeleid dan dat de *Grand Chamber* met het CPT van mening is dat *access to a lawyer* niet volledig ontwikkeld is indien de raadsman niet bij het verhoor aanwezig mag zijn. Er is dan, anders gezegd, van volledige toegang geen sprake. Nederland bevindt zich op dit punt dus nog steeds in de positie van ontwikkelingsland.

## Voetnoten

- 
- [\*] Mr. W.H. Jebbink is advocaat te Amsterdam.
  - [1] EHRM 27 november 2008, appl.nr. 36391/02 (*Salduz tegen Turkije*).
  - [2] Rb. Amsterdam 18 december 2008, *LJN* BG7496.
  - [3] *NJB* 2009, 2.
  - [4] EHRM 2 mei 2000, appl.nr. 35718/97 (*Condrón tegen Verenigd Koninkrijk*).
  - [5] Zie daarover de bijdrage van Spronken.
  - [6] General Comment 32 (90), 24 juli 2007, par. 32.
  - [7] *Advocatenblad* 2 mei 1997.
  - [8] *Een maatschappelijke orde*, rapport van 24 april 2006 van de cie. Van Wijmen.
  - [9] Onder meer HR 24 mei 1977, *NJ* 1978, 316; HR 17 januari 1978, *NJ* 1978, 341 m.nt. Th.W.v.V.
  - [10] EHRM 19 december 1989, appl.nr. 9783/82 (*Kamasinski tegen Oostenrijk*); EHRM 24 november 1993, appl.nr. 13972/88 (*Imbrioscia tegen Zwitserland*).
  - [11] J. Rummelink, 'Het verhoor in strafzaken', *RMThemis* 1966, 337 (verplichte kost voor iedere strafadvocaat, strafrechter, officier van justitie en politieambtenaar).