

Wat zijn een jaar na de EHRM-uitspraak in de Salduz-zaak de gevolgen voor het Nederlandse strafproces? Het EHRM heeft nog in een reeks van zaken uitspraak gedaan<sup>1</sup> en heeft in twee recente uitspraken extra eisen gesteld aan het doen van afstand van het recht op bijstand en het recht op bijstand tijdens de politieverhoren onderstreept.<sup>2</sup> Hoe verhouden de ontwikkelingen in Nederland zich met de recente uitspraken?

## Tussenstand advocaat bij politieverhoor

# Extra eisen voor terughoudende magistraten

**Taru Spronken**

advocaat en hoogleraar straf(proces)recht in Maastricht

**D**e hamvraag na de Salduz-zaak was of uit de Straatsburgse jurisprudentie een recht op bijstand tijdens het politieverhoor kon worden afgeleid. De Hoge Raad bepaalde op 30 juni 2009<sup>3</sup> dat de verdachte recht heeft op consultatie van een advocaat voorafgaande aan het eerste politieverhoor en hierover ook geïnformeerd moet worden. Een recht op bijstand van een

advocaat *tijdens* het politieverhoor, kan volgens de Hoge Raad uit de zaken Salduz en Panovits niet worden afgeleid. Dat is echter anders als het om een jeugdige verdachte gaat. Deze heeft wel recht op bijstand door een raadsman of vertrouwenspersoon tijdens het politieverhoor. Vormverzuimen dienaangaande dienen volgens de Hoge Raad, na een daartoe strekkend verweer, in beginsel tot bewijsuitsluiting te leiden van verklaringen die zijn afgelegd zonder dat de verdachte voorafgaande aan het verhoor een advocaat heeft kunnen raadplegen, alsmede tot uitsluiting van bewijsmateriaal dat als rechtstreeks gevolg van een dergelijke verklaring is verkregen. Hetzelfde is mutatis mutandis van toepassing op verklaringen die door een minderjarige zijn afgelegd zonder bijstand tijdens de politieverhoren van een raadsman of vertrouwenspersoon.

**Aanwijzing OM: dertig minuten**  
Om invulling te geven aan het recht op consultatie van een advocaat voorafgaande aan het verhoor en in geval van

jeugdige verdachten aan het recht op bijstand tijdens het politieverhoor, is bij het College van Procureurs-generaal een Aanwijzing Rechtsbijstand Politieverhoor in voorbereiding waarin – in afwachting van wettelijke regelgeving – een praktische uitvoeringsregeling wordt vastgelegd.<sup>4</sup> Deze aanwijzing zal voorzien in een regulering van het consultatierecht van dertig minuten voorafgaand aan het politieverhoor, de wijze waarop hiervan afstand kan worden gedaan en hoe zal worden voorzien in de bijstand gedurende het politieverhoor aan minderjarigen. Daarbij wordt een indeling gemaakt in drie categorieën zaken:

- a. zeer zware strafzaken, waarin altijd een advocaat geconsulteerd kan worden en waarin slechts afstand kan worden gedaan na een gesprek met de advocaat;
- b. zaken waarin inverzekeringstelling mogelijk is en waar de verdachte

1 Wie in de zoekmachine van HUDOC <<http://echr.coe.int/echr/en/hudoc>> Salduz intikt vindt zo'n 47 zaken.

2 EHRM 24 september 2009, Pischalnikov v. Rusland, nr. 7025/04 en EHRM 13 oktober 2009, Dayanan v. Turkije, nr. 7377/03.

3 LJN BH3079, BH3081, BH3084.

4 Zie de nieuwsbrief *Orde van de Dag* van 19 november 2009.

## De lagere rechter neemt ook na Salduz vrij gemakkelijk afstand van recht aan, ook bij minderjarigen, zonder dat verdachten met een advocaat konden overleggen

gewezen wordt op het recht een advocaat te consulteren voorafgaand aan het verhoor, en

- c. de lichte strafzaken waarin de verdachte wordt gewezen op zijn recht een advocaat te consulteren maar indien hij dit wil hiervoor zelf zal moeten betalen.

Hieraan gekoppeld zal ook de betaling van de rechtsbijstand in de piketfase worden gewijzigd met dien verstande dat vergoeding ook kan worden toegekend als bijstand wordt verleend voorafgaand aan de in verzekeringstelling, zodat in elk geval geen in verzekeringstelling meer nodig is om de advocaat voor deze bijstand te betalen.<sup>5</sup>

Knelpunten waar nu nog over gediscussieerd wordt zijn onder andere: hoe lang moet worden gewacht op een advocaat en hoe kan afstand worden gedaan – kan dit laatste bijvoorbeeld wel zonder

<sup>5</sup> Deze regeling zal worden vastgelegd in een Beleidsregel Vergoeding raadplegen raadsman voorafgaand aan of bij het politieverhoor van de Raden voor Rechtsbijstand.

(telefonische) consultatie van een advocaat bij minderjarigen en volwassenen in de categorie B-zaken?<sup>6</sup>

### Slechts twee keer vrijspraak door bewijsuitsluiting bij lagere rechters

Sinds 30 juni 2009, de dag van de uitspraak van de Hoge Raad, zijn er in Nederland 28 zaken waarin een Salduz-verweer is gevoerd, gepubliceerd op Rechtspraak.nl.<sup>7</sup>

In slechts twee zaken heeft bewijsuitsluiting een vrijspraak tot gevolg.<sup>8</sup> In acht zaken vindt bewijsuitsluiting plaats maar is er voldoende ander bewijs om te komen tot een veroordeling<sup>9</sup> en in zes

<sup>6</sup> Zie voor een uitgebreider commentaar op de Aanwijzing het preadvies van de Adviescommissie Strafrecht van de Orde van Advocaten d.d. 17 november 2009, de nieuwsbrief *Orde van de Dag* van 19 november 2009.

<sup>7</sup> Dit is de stand per 25 november 2009.

<sup>8</sup> Hof Arnhem 26-10-2009 LJN BK1200. Rb. Amsterdam 13-11-2009, LJN BK4115.

<sup>9</sup> Hof Leeuwarden 5-8-2009 LJN BJ4664; Hof Den Bosch 30-9-2009, LJN BJ9928; Rb. Zutphen 18-9-2009, LJN BJ7978; Rb. Roermond 16-9-2009, LJN BJ 8118; Rb. Den Haag 21-9-2009, LJN BJ8122; Rb.

### Afstand van recht

*Uit een PV van verhoor van minderjarige, Rb. Den Haag 3-9-2009 BJ7233*

V: Goedemorgen. Ik ben de hulpofficier van justitie. Ik moet jou op de hoogte brengen van het feit dat jij recht hebt op bijstand van een advocaat, voordat jij gehoord gaat worden door de recherche. Als jij gebruik wilt maken van dit recht, ga ik je zo dadelijk direct in verzekering stellen, zodat wij een advocaat voor jou kunnen contacteren. Als je geen gebruik wilt maken van dit recht, word je, indien nodig, na minder dan zes uur in verzekering gesteld, waarna wij alsnog een advocaat voor jou gaan contacteren. Wens je gebruik te maken van dit recht?

A: Ik wil eigenlijk liever met mijn moeder bellen.

V: Jij mag zo even bellen met jouw moeder, maar doe je afstand van het recht te spreken met een advocaat voordat je wordt verhoord?

A: Ja.

zaken vindt er geen bewijsuitsluiting plaats omdat de verdachte zijn verklaring na bijstand van een advocaat niet heeft ingetrokken of heeft herhaald c.q. uitgebreid.<sup>10</sup> In drie zaken vindt geen bewijsuitsluiting plaats omdat het gaat om een 'ervaren' verdachte, het verhoor plaatsvond vóór 30 juni 2009 en de politie geen rekening kon houden met de uitspraak van de Hoge Raad, de verdachte niet had gevraagd om een advocaat of er geen bewijs was aangedragen dat de verklaring van de verdacht niet in

Alkmaar 18-8-2009, LJN BJ8801; Hof Leeuwarden 20-8-2009, LJN BJ5758; Hof Leeuwarden 10-11-2009, LJN BK2773.

<sup>10</sup> Rb. Zwolle 17-9-2009, LJN BJ8744; Rb. Zutphen 18-9-2009, LJN BJ7998; Rb. Maastricht 6-7-2009, LJN BJ7670; Hof Amsterdam 29-9-2009, LJN BK 0348; Rb. Almelo 15-9-2009, LJN BJ7649; Rb. Rotterdam 3-11-2009, LJN BK 1892; Rb. Zutphen 9-10-2009 LJN BJ9770.

vrijheid zou zijn afgelegd.<sup>11</sup> Interessant is ook dat aangenomen wordt dat bij vrijwillige verschijning geen consultatierecht bestaat als de verdachte vervolgens wordt aangehouden<sup>12</sup> en dat een veroordeling kan plaatsvinden op basis van verklaringen van medeverdachten, ook al is bij hen het consultatierecht geschonden.<sup>13</sup>

In geval van een nieuwe verdenking die tijdens het verhoor ontstaat is er in principe recht op een hernieuwd consultatierecht.<sup>14</sup> Afstand van recht wordt vrij gemakkelijk aangenomen, ook bij minderjarigen, zonder dat de verdachten hierover met een advocaat hebben kunnen overleggen.<sup>15</sup> Uitzondering hierop is de uitspraak van de kinderrechter in Amsterdam die op 13 november 2009

heeft bepaald dat een minderjarige zonder consultatie van een advocaat geen afstand kan doen op het recht op consultatie en bijstand van een advocaat.<sup>16</sup>

Afgezien van de eerstgenoemde en laatstgenoemde uitspraak kan worden geconcludeerd dat de rechter zich uiterst terughoudend opstelt bij de toetsing aan de Salduz-criteria en dat in de gevallen dat wordt besloten tot bewijsuitsluiting, dit geen gevolgen heeft voor een veroordeling.

### Pishchalnikov stelt extra eisen

Gelet op twee recente uitspraken van het EHRM – die als categorie 1-zaken<sup>17</sup>

zijn aangemerkt – is het de vraag of het gemak waarmee wordt aangenomen dat afstand van recht is gedaan, de Straatsburgse toets kan doorstaan. In de zaak-Pishchalnikov tegen Rusland<sup>18</sup> had de klager, ondanks een verzoek zijnerzijds, geen rechtsbijstand toen hij bekende verklaringen tegenover de politie aflegde. Volgens de Russische regering had hij bij de vervolghoren bijstand geweigerd en dus ging het ook om de vraag of Pishchalnikov afstand van zijn recht op bijstand van een advocaat tijdens de verhoren had gedaan. Het EHRM acht de omstandigheden dat betrokkene is geweest op zijn zwijgrecht en een formulier heeft gekregen waarin zijn rechten staan vermeld, onvoldoende om aan te nemen dat hij – door verklaringen af te leggen tegenover de politie – afstand had gedaan van zijn recht op rechtsbijstand. Het EHRM overweegt expliciet dat een verdachte die te kennen heeft gegeven alleen via een raadsman mee te willen werken, niet verder mag worden verhoord totdat rechtsbijstand beschikbaar is gesteld, tenzij de verdachte zelf het initiatief neemt tot verdere communi-

- 11 Rb. Rotterdam 22-7-2009, LJN BJ3356; Rb. Zutphen 18-9-2009, LJN BJ7978; Rb. Dordrecht 12-11-2009, LJN BK 3771.
- 12 Rb. Rotterdam 3-11-2009, LJN BK1892; Hof Den Bosch 19-8-2009 LJN BJ5662; Rb. Almelo 15-9-2009, LJN BJ7649.
- 13 Hof Leeuwarden 5-8-2009 LJN BJ7370 en LJN BK2664; Rb. Roermond 16-9-2009, LJN BJ8128; Rb. Rotterdam 21-9-2009, LJN BJ8241; Rb. Maastricht 16-10-2009 LJN BK0478.
- 14 Rb. Arnhem 28-10-2009, LJN BK1090.
- 15 Rb. Den Haag 3-9-2009, LJN BJ7233; Rb. Amsterdam 20-7-2009, LJN BJ3046; Hof Leeuwarden 28-10-2009; LJN BK1448.

16 Rb. Amsterdam 13-11-2009, LJN BK4115, het OM is in appèl.

17 Sinds enige tijd bevat de HUDOC-database een categorisering van zaken, welke categorisering via de link 'notice' bij de uitspraak kan worden geraadpleegd: 1. = High importance, Judgments which the Court considers make a significant contribution to the development, clarification or modification of its case-law, either generally or in relation to a particular State; 2. = Medium importance, Judgments which do not make a significant contribution to the case-law but nevertheless do not merely apply existing case-law; 3. = Low importance, Judgments with little legal interest - those applying existing case-law, friendly settlements and striking out judgments (unless these have any particular point of interest).

18 EHRM 24 september 2009, Pishchalnikov v. Rusland, nr. 7025/04, NJB 2009, 1994, p. 2567.

### Uit EHRM-arrest Pishchalnikov\*

78. The Court considers that the right to counsel, being a fundamental right among those which constitute the notion of fair trial and ensuring the effectiveness of the rest of the foreseen guarantees of Article 6 of the Convention, is a prime example of those rights which require the special protection of the knowing and intelligent waiver standard. It is not to be ruled out that, after initially being advised of his rights, an accused may himself validly waive his rights and respond to interrogation. However, the Court strongly indicates that additional safeguards are necessary when the accused asks for counsel because if an accused has no lawyer, he has less chance of being

informed of his rights and, as a consequence, there is less chance that they will be respected.

79. [...] A caution given by the investigating authorities informing an accused of the right to silence is a minimum recognition of the right, and as administered it barely meets the minimum aim of acquainting the accused with the rights which the law confirms on him (...). In the Court's view, when an accused has invoked his right to be assisted by counsel during interrogation, a valid waiver of that right cannot be established by showing only that he responded to further police-initiated interrogation even if he has been advised of his rights. Moreover, the Court is of the opinion that an accused such as the applicant

in the present case, who had expressed his desire to participate in investigative steps only through counsel, should not be subject to further interrogation by the authorities until counsel has been made available to him, unless the accused himself initiates further communication, exchanges, or conversations with the police or prosecution.

80. [...] Furthermore, the Court does not rule out that, in a situation when his request for assistance by counsel had been left without adequate response, the applicant who, as it follows from the case file, had had no previous encounters with the police, did not understand what was required to stop the interrogation. The Court is mindful that the applicant may not have had sufficient knowledge, experience, or

even sufficient self-confidence to make the best choice without the advice and support of a lawyer. It is possible that he did not object to further questioning in the absence of legal assistance, seeing the confession (true or not) as the only way to end the interrogation. Given the lack of legal assistance the Court considers it also unlikely that the applicant could reasonably have appreciated the consequences of his proceeding to be questioned without the assistance of counsel in a criminal case concerning the investigation of a number of particularly grave criminal offences.

\* EHRM 24 september 2009, Pishchalnikov v. Rusland, nr. 7025/04, NJB 2009, 1994, p. 2567.

catie, uitwisseling of gesprekken met de autoriteiten. Het EHRM gaat daarbij uitgebreid in op de omstandigheid dat Pishchalnikov mogelijk niet beschikte over voldoende kennis, ervaring of zelfvertrouwen om, zonder het advies en bijstand van een advocaat keuzes te maken.<sup>19</sup>

De tekst van het arrest (zie kader) stelt niet alleen extra eisen aan het doen van *afstand* van het recht op bijstand van een advocaat, maar impliceert ook dat het gaat om bijstand *tijdens* de politieverho-

### Minimalistische interpretatie niet houdbaar

Van gelijk gewicht zijn de overwegingen van het EHRM in de zaak-Dayanan v. Turkije,<sup>20</sup> waarin de klager eveneens is verhoord zonder bijstand van een advocaat, maar zich op zijn zwijgrecht heeft beroepen en geen verklaringen heeft afgelegd. Het verweer van de Turkse regering in deze zaak – dat klager niet in zijn verdedigingsrechten was geschaad omdat hij geen belastende verklaringen had afgelegd – treft bij het EHRM geen doel. Het EHRM onderstreept dat, afgezien van de bijstand tijdens de verhoren, de verdachte vanaf de allereerste fase van

19 Zie voor een gelijksoortig oordeel EHRM 19 november 2009, Olgeg Kolesnik v. Ukraine, nr. 17551/02 § 36 en 37.

20 Eveneens een zaak met *importance level 1*: EHRM 13 oktober 2009, Dayanan v. Turkije, nr. 7377/03, § 32.

## Zonder een advocaat te hebben kunnen consulteren mag een verdachte niet snel geacht worden afstand te hebben gedaan van het recht op bijstand

de vrijheidsbeneming recht heeft op het hele scala aan interventies die verbonden zijn aan de rechtsbijstand van een advocaat zoals een bespreking van de zaak, de organisatie van de verdediging, het zoeken naar ontlastende informatie, het voorbereiden van verhoren, ondersteuning van de verdachte in stressvolle situaties en controle van de detentieomstandigheden.

Het EHRM maakt duidelijk dat niet licht kan worden aangenomen dat, zonder een advocaat te hebben kunnen consulteren, afstand kan worden gedaan van

### Extra mogelijkheid voor advocaten

Een nieuwe mogelijkheid om de aanwezigheid aan een Europese rechter voor te leggen wordt na 1 december 2009 geopend door het Verdrag van Lissabon, op grond waarvan over kwesties die betrekking hebben op de rechten van verdachten, prejudiciële vragen kunnen worden voorgelegd aan het HvJ EG, dat op zijn beurt weer de Straatsburgse jurisprudentie kan toepassen.\* Dat opent nieuwe perspectieven op een snellere rechtsgang dan de Straatsburgse, omdat in geval van detentie door het HvJ EG de spoedprocedure kan worden gevolgd.\*\* De R-C zou bij de inbewaringstelling al kunnen beslissen een dergelijke vraag voor te leggen aan het HvJ EG.\*\*\* En dan is het handig als de raadsman de zaak voorkookt en komt met een kant-en-klare prejudiciële vraag, die de R-C eenvoudig kan doorschuiven.

\* Zie ook A. Klip, *European Criminal Law*, Intersentia 2009 2009, p. 125 e.v en p. 426-427.

\*\* Zie voor de prejudiciële spoedprocedure PB L 24 van 29 januari 2008, blz. 39-43.

\*\*\* HvJ 13 juli 1990 en 6 december 1990, Case C-2/88, j.j. Zwartveld and others [1090] ECR I-4405.

het recht op bijstand van een advocaat in de fase van de politieverhoren en dat het ook nauwelijks voorstelbaar is hoe effectief bijstand kan worden verleend als de advocaat niet bij de verhoren aanwezig kan zijn. Het is dan ook noodzakelijk dat in de komende regelgeving en rechtspraak in Nederland meer wordt uitgegaan van de fundamentele boodschap van de Salduz-doctrine.<sup>21</sup> Een minimalistische interpretatie zal snel door Straatsburgse uitspraken worden achterhaald.

21 Zoals bijvoorbeeld de kinderrechter in Amsterdam in de uitspraak van 13 november 2009 doet.

(advertenties)

**BJL BERGMANN**  
Attorneys at Law

**Your Lawyers in Finland**

Our firm is at your disposal for full range legal services, litigation, and debt collection in Finland.

www.bjl-legal.com

BJL Bergmann Attorneys at Law  
Eteläranta 4 B 9  
00130 Helsinki, Finland  
Tel. +358 9 696207 0

**ALT KAM BOER** ADVOCATEN

**CIVIELE CASSATIE ?**

- prijsafspraken mogelijk
- ook op basis van toevoeging
- zie onze website voor voorbeeldzaken

Info: mr H.J.W. Alt, Pb. 82228, 2508 EE Den Haag  
Tel.: 070 - 358 94 79, fax: 070 - 358 51 97  
alt@altkamboer.com, www.altkamboer.com