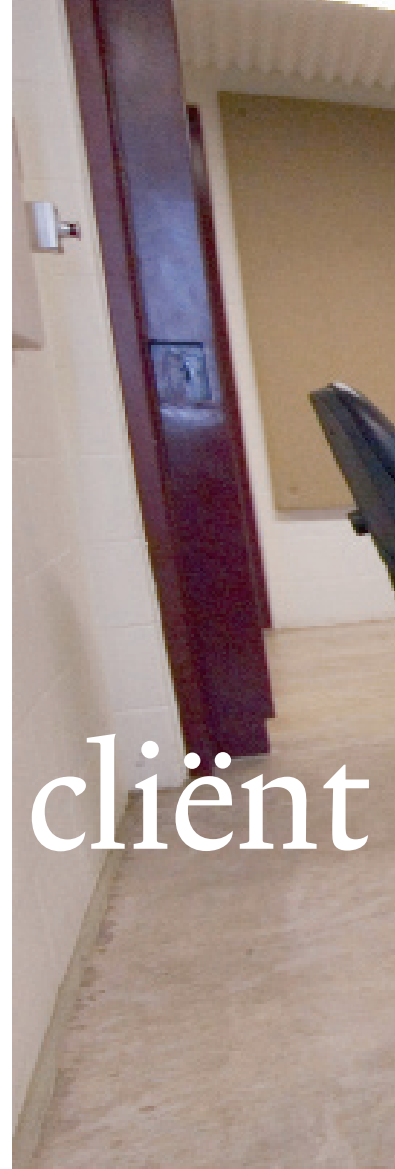


A-G Knigge concludeert uit arresten van het EHRM dat de verdachte slechts het recht heeft zijn advocaat te consulteren voorafgaand aan het politieverhoor. Volgens Jan Boksem vindt het EHRM dat een advocaat zo nodig actief tijdens het verhoor moet kunnen ingrijpen om inbreuk te voorkomen op het recht van de verdachte om zichzelf niet te belasten.

Vooral met *daden* de cliënt

Conclusie A-G HR over advocaat bij politieverhoor



Jan Boksem

Advocaat te Leeuwarden en hoogleraar verdediging in strafzaken te Maastricht

Het is geen nieuwe discussie,¹ maar zij is wel bijzonder actueel. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft met twee uitspraken de discussie over de rechtspositie van de verdachte in het vooronderzoek, in het bijzonder in de fase waarin de politieverhoren plaatsvinden, een belangrijke

nieuwe impuls gegeven.² Op dit moment wordt ten onzent volop gediscussieerd over de betekenis van de beide uitspraken van het EHRM. De meningen zijn verdeeld. Wetenschappers zijn het niet eens,³ de rechterlijke macht stelt zich terughoudend op,⁴ de advocatuur ziet

mogelijkheden⁵ en de minister moet zijn standpunt nog bepalen.⁶

Op 17 februari j.l. heeft de A-G bij de Hoge Raad, mr. G. Knigge, zich met een doorwrochte Conclusie (in drie zaken) in de discussie gemengd.⁷ De verwachting is dat de Hoge Raad op 14 april a.s. uitspraak doet.

Woord aan wetgever

Knigge benadrukt in zijn Conclusie dat

¹ 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.

² EHRM 27 november 2008, Appl.nr. 36391/02, *NbSr* 2009, 1 (Salduz tegen Turkije); EHRM 11 december 2008, Appl.nr. 4268/04, *NbSr* 2009, 2 (Panovits tegen Cyprus).

³ 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; 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.

⁴ 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.

⁵ R. Malewicz en G.P. Hamer, 'U kunt er nu niet bij' is niet langer acceptabel, *Advocatenblad* 2008, p. 787; Taru Spronken, 'De gevolgen van Salduz en Panovits, Na twee EHRM-uitspraken móet advocaat toegang krijgen tot verhoor', *Advocatenblad* 2009, p. 17-18; 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.

⁶ Antwoorden van de Minister van Justitie d.d. 28 januari 2009 naar aanleiding van vragen van het Kamerlid Heerts (PvdA) d.d. 19 januari 2009, Aanhangsel Handelingen II, 2008-2009, nr. 1377.

⁷ A-G mr. G. Knigge, Conclusie P-G d.d. 17 februari 2009, inzake 08/02411 J (LJN BH3079), 08/03143 (LJN BH3081) en 08/03991 (LJN BH3084).

bijstaan

hij bij zijn interpretatie van de uitspraken van het EHRM bewust kiest voor een ‘terughoudende benadering’, voor een ‘statische interpretatie’.⁸ Zijn invalshoek is die van de rechter. De rechter is gebonden aan de geldende wet en heeft in de eerste plaats met het verleden te maken. Voor de wetgever geldt dat niet. Die zal een bredere blik moeten hebben. In de woorden van Knigge: de wetgever doet er wijs aan ‘met de dynamiek in de jurisprudentie van het Europese Hof rekening te houden. Het simpele feit dat zijn wetten in de toekomst zullen gelden, maakt dat de wetgever zich, zo goed en zo kwaad als dat gaat, van die toekomst een beeld moet zien te vormen. Hij moet proberen te voorkomen dat hij achter de feiten blijft aanhollen en dat zijn wetten reeds bij hun inwerkingtreding door de jongste ontwikkelingen in de rechtspraak van het Europese Hof zijn achterhaald.’⁹

Knigge maakt ondubbelzinnig duidelijk dat, wat hem betreft, het woord nu aan de wetgever is. Omdat hij de wetgever niet voor de voeten wil lopen, stelt hij zich terughoudend op (en geeft hij impliciet te kennen dat de wetgever dat vooral niet moet doen): ‘Een voordeel van de gekozen (terughoudende) benadering acht ik daarbij dat de primaire verantwoordelijkheid van de wetgever voor de oplossing van het vraagstuk wordt gerespecteerd. De ambitie reikt niet verder dan het bieden van een (nood)-oplossing voor de korte termijn. Aldus wordt de tijd gewonnen die nodig is om tot een meer structurele oplossing te komen.’¹⁰

Gaat om schadelijk effect

De terughoudende benadering van Knigge betekent ondertussen niet dat hij van mening is dat de Nederlandse praktijk voldoet aan de eisen die vanuit Straatsburg worden gesteld. Kort

gezegd¹¹ leidt de statische interpretatie tot de conclusie dat uit de uitspraken van het EHRM moet worden afgeleid dat de verdachte tenminste de mogelijkheid moet hebben *voorafgaand* aan het (eerste) politieverhoor met zijn raadsman te overleggen over de in te nemen proceshouding. Tegenover het consultatierecht van de verdachte staat de verplichting van de Staat om dat recht te garanderen en te verwezenlijken.¹² De Nederlandse strafrechtspleging is, aldus Knigge, vooralsnog op dit punt onder de Straatsburgse maat.¹³ ‘De verantwoordelijke autoriteiten zullen er voor moeten zorgen dat daadwerkelijk de mogelijkheid bestaat om met een advocaat te spreken.’¹⁴

In zijn Conclusie formuleert Knigge een aantal eisen waaraan de praktijk tenminste moet voldoen, wil worden

8 Knigge, CPG 08/02411 J, punt 6.6-6.12.

9 Knigge, CPG 08/02411 J, punt 6.8.

10 Knigge, CPG 08/02411 J, punt 6.12.

11 Zelfs een samenvatting die recht doet aan de inhoud van de Conclusie zou hier te veel ruimte in beslag nemen.

12 Knigge, CPG 08/02411 J, punt 8.1 en 8.2.

13 Knigge, CPG 08/02411 J, punt 9.1.

14 Knigge, CPG 08/02411 J, punt 9.5.

voorkomen worden dat de verklaringen die de verdachte tijdens het verhoor aflegt niet tegen hem kunnen worden gebruikt.¹⁵ Het recht van de verdachte op *aanwezigheid* van zijn raadsman bij het politieverhoor, is volgens Knigge niet een eis die uit de uitspraken van het EHRM mag worden afgeleid.

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 used for a conviction.’ Een ernstige aantasting van de rechten van de verdediging in het vooronderzoek moet leiden tot bewijsuitsluiting. Wanneer wel gebruik wordt gemaakt van dat materiaal is er sprake van schending van het recht op een eerlijk proces (art. 6 EVRM). Omgekeerd betekent dit ook dat er geen sprake is van een schending van art. 6 EVRM wanneer de zaak bijvoorbeeld wordt geseponeerd 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.¹⁶ Over dat (schadelijke) effect gaan de uitspraken van het EHRM in de zaken Salduz en Panovits, aldus Knigge.

In beide zaken bestond de tekortkoming in het vooronderzoek hierin 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.¹⁷

Knigge vraagt zich af of dit oordeel mag worden doorgetrokken naar andere (minder ernstige) gebreken aan de rechtsbijstand bij het politieverhoor: ‘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,

15 Knigge, CPG 08/02411 J, punt 9.1-9.11.

16 Knigge, CPG 08/02411 J, punten 7.1-7.3.

17 Knigge CPG 08/02411 J, punt 7.6.

Bij politieverhoren verkeert de verdachte in een kwetsbare positie, zeker in geval van vrijheidsbenemende dwangmiddelen en minderjarige verdachten

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.¹⁸

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 verklaringsvrijheid 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.’¹⁹ Het is met andere woorden voldoende (en tevens noodzakelijk), volgens Knigge, dat de verdachte vooraf-

18 Knigge, CPG 08/02411 J, punt 7.6.

19 Knigge CPG 08/02411 J, punt 7.12.

gaande aan het eerste politieverhoor met een raadsman heeft kunnen overleggen over de in te nemen proceshouding.

Actief kunnen ingrijpen

Op dit punt is de benadering van Knigge te terughoudend. In dit verband kan worden gewezen op het preadvies van de Adviescommissie Strafrecht van de Orde over deze kwestie.²⁰ Door de nadruk te leggen op de ‘kernoverweging’, heeft hij te weinig oog voor het belang dat het EHRM in een aantal andere overwegingen toekent aan een effectieve verdediging, met name in de fase waarin de politieverhoren plaatsvinden. De verdachte verkeert dan in een uiterst kwetsbare positie, hij staat veelal onder hoogspanning. Dat geldt zeker wanneer er vrijheidsbenemende dwangmiddelen worden toegepast en wanneer er sprake is van een minderjarige verdachte.

Daar komt bij dat de verklaringen die worden afgelegd, kunnen bijdragen tot het bewijs. Bekennende verklaringen kunnen zelfs beslissend zijn. In deze context komt het EHRM met een overweging die volstrekt duidelijk is: ‘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.’ ‘Uit overweging 54, Salduz.’ Het gaat hier overduidelijk niet slechts om een consultatierecht. De raadsman heeft onder andere de taak erop toe te zien dat geen inbreuk wordt gemaakt op het recht van de verdachte om zichzelf niet te belasten. Hij dient zo nodig in te grijpen en dat vereist een actieve opstelling. Een raadsman die zijn cliënt heeft geadviseerd, maar die vervolgens niet in de gelegenheid wordt gesteld het verhoor van zijn cliënt bij te wonen, kan er niet actief op toezien dat er geen inbreuk wordt gemaakt op het recht van de verdachte om zichzelf niet (ongewild) te belasten.

De raadsman moet zijn cliënt niet alleen met ‘raad’, maar vooral met ‘daad’ kunnen bijstaan.²¹

²⁰ Het onderstaande commentaar is vrijwel woordelijk overgenomen uit het (door mij opgestelde) preadvies van de Adviescommissie Strafrecht.

²¹ Vgl. J. Boksem, *Met raad en daad. Gedachten over de positie van de verdediger in strafzaken*, Oratie UM,