

HET RECHT OP BIJSTAND DOOR EEN ADVOCaat EN AFSTAND VAN RECHT NADER BESCHOUWD

Opmerkingen naar aanleiding van de EHRM-arresten *Pishchalnikov* en *Dayanan*

Tom van de Laar & Gina de Graaff *

Samenvatting | Het recht op bijstand door een advocaat is één van de fundamentele kenmerken van een eerlijk (straf)proces. Hoewel het niet uitgesloten is dat een verdachte onder omstandigheden rechtsgeldig afstand doet van dit recht, dient men streng te toetsen of hier sprake van is. Een *waiver* moet vrijwillig en *knowing and intelligent* zijn. De verdachte moet in staat zijn de consequenties van zijn proceshouding te overzien. De huidige Nederlandse praktijk garandeert echter niet dat de informatie die hiervoor nodig is, aan de verdachte wordt verstrekt.

Trefwoorden | recht op bijstand door advocaat, afstand van recht, eerlijk proces, *knowing and intelligent* [art. 6 EVRM]

1 Inleiding

Na het verschijnen van de inmiddels veelvuldig besproken uitspraken *Salduz*¹ en *Panovits*² heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het Hof) een aantal uitspraken gewezen die richting geven aan de levendige discussie over de reikwijdte van het recht op bijstand door een advocaat. De vraag of men uit de uitspraken in kwestie een recht op bijstand tijdens het politieverhoor kan afleiden zal in dit artikel niet aan de orde komen.³ Wij zullen ons richten op de vraag wanneer men mag aannemen dat een verdachte afstand heeft gedaan van het recht op bijstand, danwel consultatie. Met andere woorden, wanneer is er sprake van een geldige *waiver*?

Om een antwoord op deze vraag te kunnen formuleren is het van belang om het kader te schetsen waarin de afwegingen van het Hof plaatsvinden. Daarbij zullen wij nader onderzoeken welke belangen de bijstand beoogt te beschermen. De recente uitspraak *Dayanan t. Turkije*⁴ maakt duidelijk dat het hierbij niet slechts gaat om het behoeden van de verdachte voor het afleggen van belastende verklaringen.

Aan de hand van enkele uitspraken van het Hof wordt nader ingaan op de vraag wanneer sprake is van een geldig afstand van recht. In *Salduz* komen de eisen die aan afstand van recht

* Mr. T.A.H.M. van de Laar, advocaat en R.L. de Graaff (B.A. Hons), juridisch medewerker, zijn beiden werkzaam bij de sectie strafrecht van CMS Derks Star Busmann te Utrecht.

1 EHRM 27 november 2008, appl.no. 36391/02 (*Salduz/Turkije*).

2 EHRM 11 december 2008, appl.no. 4268/04 (*Panovits/Cyprus*).

3 De lezer die benieuwd is naar de diverse standpunten die in deze kwestie zijn ingenomen, zij verwezen naar o.a.: M. Borgers, 'Een nieuwe dageraad voor de raadsman bij het politieverhoor?', *NJB* 2009, p. 88-93; T. Spronken, 'Ja, de zon komt op voor de raadsman bij het politieverhoor!', *NJB* 2009, p. 94-100; W. Jebbink, 'Salduz en de actieve raadsman', *NJB* 2009, p. 732-736; V.S. Huygen van Dyck-Jagersma, 'Het arrest-Salduz en het recht op bijstand bij politieverhoor', *NJB* 2009, p. 741-742; T. Spronken, 'Tussenstand advocaat bij politieverhoor', *Advocatenblad* 2009, p. 668-671; B. Stapert, 'Salduz een jaar later: op zoek naar grondslagen voor de exacte rol van een advocaat bij het politieverhoor', *NJCM-Bulletin* 2009, p. 882-892.

4 EHRM 13 oktober 2009, appl.no. 7377/03 (*Dayanan/Turkije*).

worden gesteld beknopt aan de orde. *Panovits* besteedt uitgebreider aandacht aan het vraagstuk, maar het is met name de zaak *Pishchalnikov t. Rusland*⁵ die meer duidelijkheid verschaft aangaande de eisen van een geldige *waiver*. Nadat we deze zaak hebben samengevat, zullen we pogen de criteria voor een *waiver* te destilleren.

De persoon van de verdachte en de verplichtingen die op de autoriteiten rusten zullen met name aan bod komen. Verdedigd zal worden dat een *waiver*, gezien de fundamentele aard van het belang van bijstand, niet te gemakkelijk mag worden aangenomen. We zullen afronden met een korte beschouwing over de Nederlandse verbaliseringspraktijk en over de lijn van de Nederlandse jurisprudentie als het gaat om *waivers*. Daarbij zullen we bespreken of deze lijn houdbaar is in het licht van de door ons besproken criteria voor een geldig afstand van recht.

2 Het recht op bijstand door een advocaat

Het Hof heeft meermaals overwogen dat ‘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 a fair trial’.⁶ Beperkingen op het recht zijn toegestaan als dit vereist is ‘for good cause’, maar alleen als de verdachte ondanks deze beperking toch nog een eerlijk proces heeft. Als belastende verklaringen, die zijn afgelegd zonder dat de verdachte toegang had tot een advocaat, worden gebruikt om tot een veroordeling te komen, vormt dit een zodanige inbreuk op de rechten van de verdachte dat men in beginsel niet meer van een eerlijk proces kan spreken.⁷ In de regel vereist artikel 6 eerste lid EVRM dat een verdachte reeds bij het eerste politieverhoor toegang tot rechtsbijstand krijgt, onder meer omdat ‘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’.⁸

De ratio achter het als fundamenteel categoriseren van dit recht is drieledig. Ten eerste acht het Hof het recht van belang om de verdachte te beschermen tegen ‘abusive coercion on the part of the authorities’. Ten tweede dient het recht om ‘miscarriages of justice’ te voorkomen en ten derde om ‘equality of arms’ tussen de verdachte en de vervolgende instantie te realiseren.⁹ De beschermende functie van het strafprocesrecht hangt nauw samen met de kwetsbaarheid van een verdachte bij het verhoor en met de complexiteit van de rechtsregels die op zijn situatie van toepassing zijn. Deze kwetsbaarheid moet worden gecompenseerd en dat kan meestal *alleen* effectief gebeuren door de verdachte toegang tot een advocaat te verschaffen. Het is immers de taak van de advocaat de verdachte te beschermen tegen onbedoelde zelfincriminatie, bijvoorbeeld als gevolg van het feit dat de verdachte zich onder druk gezet voelt door de autoriteiten of zijn positie niet kan overzien.¹⁰

Echter, in *Salduz* geeft het Hof al aan dat dit ‘among other things’ tot de taak van de advocaat behoort: er wordt dus meer begrepen onder het recht op bijstand. In *Dayanan* wordt deze wenk

5 EHRM 24 september 2009, appl.no. 7025/04 (*Pishchalnikov/Rusland*).

6 EHRM 27 november 2008, appl.no. 36391/02, (*Salduz/Turkije*), § 51.

7 *Idem*, § 55; zie ook EHRM 30 juni 2009, appl. no. 20310/02 (*Plonka/Polen*), § 39 t/m 42.

8 *Idem*, § 52.

9 *Idem*, § 53.

10 *Idem*, § 54: ‘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 not to incriminate himself’.

nader uitgewerkt. Volgens het Hof draagt de advocaat ook verantwoordelijkheid voor onder andere het bespreken van de zaak, de organisatie van de verdediging, het voorbereiden van verhoren, het ondersteunen van de verdachte in nood, en het controleren van de omstandigheden van de detentie.¹¹ Doordat dit hele scala aan diensten alleen door een advocaat kan worden geboden, kan men niet stellen – zoals de regering deed in *Dayanan* – dat een verdachte die zich op zijn zwijgrecht heeft beroepen en zichzelf dus niet heeft geïncrimineerd, geen nadeel heeft ondervonden van het gebrek aan rechtsbijstand. Het Hof neemt in deze zaak een schending van artikel 6 EVRM aan wegens de ontzegging van rechtsbijstand tijdens de politiedetentie, ondanks het feit dat de verdachte zich op zijn zwijgrecht heeft beroepen.¹² Daarbij speelde een rol dat deze beperking systematisch en op de wet gebaseerd was. Nu de verschillende facetten van het recht op rechtsbijstand zijn belicht, rijst de vraag op wat voor wijze afstand kan worden gedaan van een zo fundamenteel recht.

3 Afstand van het recht

Ondanks de fundamentele aard van het recht op bijstand, verzet de letter noch de geest van artikel 6 EVRM zich tegen de mogelijkheid dat de verdachte vrijwillig afstand van dit recht doet. Dit kan de verdachte expliciet danwel stilzwijgend doen.¹³ In *Salduz* vat het Hof de vaste jurisprudentie over *waivers* kort samen: 'However, if it is to be effective for Convention purposes, a *waiver* of the right to take part in the trial must be established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate to its importance.'¹⁴ Daarnaast mag een *waiver* niet in strijd komen met een zwaarwegend publiek belang.¹⁵ Enkel het ondertekenen van een formulier dat de rechten van de verdachte (waaronder zijn zwijgrecht) opsomt, was volgens het Hof onvoldoende om te kunnen concluderen dat sprake was van een geldige *waiver*. De leeftijd van de (minderjarige) verdachte leek bij deze overwegingen een rol te spelen.¹⁶

Panovits voegt aan het bovenstaande toe dat de verhorende instantie zich ervan moet verzekeren dat de verdachte volledig op de hoogte is van zijn recht op bijstand en als gevolg daarvan redelijkerwijs zicht heeft op wat de consequenties van zijn proceshouding/gedrag zijn.¹⁷

11 EHRM 13 oktober 2009, appl.no. 7377/03 (*Dayanan/Turkije*), § 32: 'A cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer'.

12 *Idem*, § 33; Dit verklaart waarom het EHRM in *Kolesnik*, waar de verklaring van de verdachte zelfs '*served as a crucial element in his conviction*', eenvoudig korte metten maakt met het verweer van de gedaagde staat. EHRM 19 november 2009, appl. no. 17551/02 (*Oleg Kolesnik/Oekraïne*), para 37.

13 EHRM 27 november 2008, appl.no. 36391/02 (*Salduz/Turkije*), § 59.

14 *Ibidem*.

15 EHRM 11 december 2008, appl.no. 4268/04 (*Panovits/Cyprus*), § 68; EHRM 8 december 2009, appl. no. 44023/02 (*Caka/Albanië*), § 86; EHRM 21 februari 1990, *Series A*, no. 171 (*Håkansson en Sturesson/Zweden*), § 66; EHRM 1 maart 2006, appl. no. 56581/00 (*Sejdovic/Italië*), § 86.

16 EHRM 27 november 2008, appl.no. 36391/02 (*Salduz/Turkije*), § 60.

17 EHRM 11 december 2008, appl.no. 4268/04 (*Panovits/Cyprus*), § 68 en 72.

Dit veronderstelt een actieve informatieplicht aan de zijde van de verhorende instanties, zeker als de verdachte minderjarig is.¹⁸ Men kan deze inspanningsverplichting van de overheid begrijpen als voortvloeiend uit een recht op effectieve participatie in het proces,¹⁹ welk recht onder andere in *Güveç t. Turkije*²⁰ nader is besproken: “Effective participation” in this context presupposes that the accused has a broad understanding of the nature of the trial process and of what is at stake for him or her, including the significance of any penalty which may be imposed.²¹ Vanwege de complexiteit van elk nationaal stelsel van formele en materiële rechtsregels en het grote verschil in kennis en macht tussen verdachte en overheid, dient de overheid zich erom te bekommeren dat de verdachte begrijpt wat er gebeurt en goed zijn proceshouding kan bepalen. Dit kan betekenen dat de verdachte moet worden bijgestaan door (bijvoorbeeld) een advocaat, maatschappelijk werker, of tolk.

Het Hof bouwt in *Pishchalnikov t. Rusland* verder op de zojuist uiteengezette fundamenteën. We zullen deze zaak eerst samenvatten en bespreken.

4 *Pishchalnikov t. Rusland*

4.1 Feiten

De *meerderjarige* verdachte wordt op 15 december 1998 gearresteerd op verdenking van betrokkenheid bij een overval. Hij wordt op zijn procedurele rechten gewezen en verzoekt om rechtsbijstand, maar wordt dezelfde dag nog verhoord zonder dat hij een advocaat heeft gesproken. Dit verhoor culmineert in een bekentenis van betrokkenheid bij de overval. De dag erna wordt verdachte weer verhoord, ook ditmaal zonder rechtsbijstand, ondanks het feit dat verdachte hier wel om verzocht. Ook dit verhoor leidt tot een bekentenis van betrokkenheid, ditmaal van andere misdaden, waaronder moord en ontvoering.

Daarna is verdachte nog herhaaldelijk verhoord, waarbij hij soms wel en soms geen rechtsbijstand genoot. Hij heeft overigens zelf een aantal keren rechtsbijstand geweigerd toen deze hem werd aangeboden. Later in de procedure, ter terechtzitting, geeft verdachte slechts toe betrokken te zijn bij het vervalsen van paspoorten en ontkent hij het overige. Verdachte wordt schuldig bevonden aan een reeks misdaden en veroordeeld tot 22 jaren gevangenisstraf, in appel vermindert tot 20 jaar. Door de rechters worden zijn bekentenissen van 15 en 16 december 1998 gebruikt, terwijl de rest van de verhoren die buiten aanwezigheid van een advocaat plaats hebben gevonden niet bruikbaar worden geacht omdat men ervan uitging dat de aanwezigheid van

18 *Idem*, § 68: ‘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’.

19 *Idem*, § 67.

20 EHRM 20 april 2009, appl. no. 70337/01 (*Güveç/Turkije*).

21 *Idem*, § 124.

een advocaat bij die verhoren verplicht was en dat men de weigering van verdachte om juridische bijstand te aanvaarden niet had moeten accepteren.²²

4.2 Klacht

Verdachte stelt dat de procedure tegen hem buitensporig lang heeft geduurd (ongeveer vier jaar en acht maanden) en dat hem in verscheidene stadia van de procedure rechtsbijstand ontzegd is.²³ Om precies te zijn stelt klager dat artikel 6 EVRM geschonden is omdat:

- a. hem rechtsbijstand ontzegd is in de eerste paar dagen van zijn detentie;
- b. zijn rechtsbijstand tijdens de procedure niet effectief was;
- c. hem geen rechtsbijstand is verleend in de appelfase.²⁴

4.3 Oordeel van het Hof

Het Hof herhaalt eerst de vaste jurisprudentie over de vereisten van een *fair trial*. Het Hof onderstreept, dat hoewel men in beginsel het proces als geheel als uitgangspunt neemt om te beoordelen of er sprake is van een *fair trial*, het niet ondenkbaar is dat één facet van het proces doorslaggevend is voor deze beoordeling:

‘(...) the compliance with the requirements of fair trial must be examined in each case having regard to the development of the proceedings as a whole and not on the basis of the isolated consideration of one particular aspect or one particular incident (see, among other authorities, *Moiseyev v. Russia*, no. 62936/00, para. 201, 9 October 2008), although it cannot be ruled out that a specific factor may be so decisive as to enable the fairness of the trial to be assessed at an earlier stage in the proceedings.’²⁵

Het is dus niet ondenkbaar dat één fout van de autoriteiten zodanige consequenties heeft dat van een *fair trial* geen sprake meer kan zijn. Zo motiveert het Hof zijn keuze om de specifieke onderdelen van de klacht (rechtsbijstand tijdens verhoor, tijdens het proces en in de appelfase) apart te behandelen.²⁶ We zullen zien dat de eerste klacht reeds zo doorslaggevend blijkt dat de overige onderdelen daarna niet meer behandeld worden.²⁷

Het Hof vat zijn eerdere rechtspraak betreffende het recht op bijstand samen en past deze beginselen toe op de casus. Ten aanzien van het fundamentele karakter van het recht op bijstand overweegt het Hof:

22 EHRM 24 september 2009, appl. no. 7025/04 (*Pishchalnikov/Rusland*), § 24: ‘However, it cited their statements given during the pre-trial investigation in support of its findings of guilt. In particular, it gave a detailed account of the applicant’s statements made on 15 and 16 December 1998, in which the latter confessed his guilt to a number of criminal offences. At the same time the Regional Court excluded from evidence the records of the remaining applicant’s interrogations carried out in the absence of counsel, finding that the counsel’s presence during the interrogations had been mandatory and the applicant’s refusals of legal assistance could not be accepted’.

23 *Idem*, § 3.

24 *Idem*, § 54.

25 *Idem*, § 64.

26 *Idem*, § 64.

27 *Idem*, § 93.

'It suffices to note that the applicant made his intention to be assisted by counsel sufficiently clear to make it imperative for the investigating authorities to give him the benefit of legal assistance, unless there existed compelling reasons justifying the denial to the applicant of access to a lawyer.'²⁸

Het Hof bekijkt vervolgens (a) of er sprake was van een beperking in de toegang tot rechtsbijstand en (b) of deze beperking gerechtvaardigd werd.

4.3.1 *Beperking in het recht op bijstand?*

Het Hof verwierpt het verweer van de Russische regering dat de autoriteiten wel hadden geprobeerd om de advocaat 'Mr. L.' te regelen voor de verhoren op 15 en 16 december 1998, maar dat deze niet bereikbaar was. Het Hof merkt op dat als dit al waar is, het op de weg van de autoriteiten had gelegen om met de verdachte te bespreken of hij een andere advocaat wilde inschakelen, of om hem een advocaat toe te voegen. Gezien het feit dat de regering niet heeft gesteld deze alternatieven aan de verdachte te hebben voorgelegd, gaat het Hof er vanuit dat er sprake was van een beperking in het recht op bijstand van de verdachte tijdens de verhoren op 15 en 16 december 1998.²⁹

Zodra de verdachte om rechtsbijstand verzoekt, ontstaat dus voor de verhorende instanties een positieve verplichting om een advocaat te regelen. Zij kunnen het niet aan de verdachte overlaten om een advocaat te regelen of zich erop beroepen dat ze de advocaat niet konden bereiken. De enkele vraag van verdachte om een advocaat is voldoende om rechtsbijstand *imperative* te maken.

4.3.2 *Waiver*

Vervolgens rijst de vraag of de beperking gerechtvaardigd is omdat de verdachte afstand heeft gedaan van zijn recht op bijstand. Rusland betoogde dat er sprake was van een *implicit waiver* van het recht op bijstand, omdat de verhorende instantie de verdachte had gewezen op zijn zwijgrecht, maar de verdachte nadien desondanks in de verhoren schuld bekende.

Het Hof stelt voorop dat het in beginsel toegestaan is om afstand te doen van een recht, of dit nu expliciet of stilzwijgend gebeurt. Het Hof maakt daarbij wel de kanttekening dat hoewel men 'niet uit kan sluiten' (het uiterst terughoudende taalgebruik geeft al richting aan de volgende overwegingen) dat een verdachte op geldige wijze afstand doet van zijn recht op bijstand, extra waarborgen nodig zijn als de verdachte om rechtsbijstand verzoekt. Het Hof overweegt dat als de verdachte geen rechtsbijstand heeft, hij ook minder kans heeft om geïnformeerd te worden ten aanzien van zijn rechten, waardoor er minder kans is dat zijn rechten gewaarborgd worden.³⁰

Het enkele feit dat verdachte is herinnerd aan zijn zwijgrecht en een formulier heeft ondertekend waarop zijn rechten staan, is onvoldoende om te concluderen dat er sprake is van een

28 *Idem*, § 73.

29 *Idem*, § 74 en 75.

30 *Idem*, § 78: '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'.

geldige *waiver*.³¹ Het Hof overweegt dat een cautie niet meer is dan een minimale erkenning van een zwijgrecht en als zodanig nauwelijks geschikt is om de verdachte te informeren omtrent zijn rechten.³²

Als de verdachte heeft aangegeven enkel te willen participeren in het opsporingsonderzoek met bijstand van een advocaat, dan dient de verdachte vervolgens niet meer aan een verhoor te worden onderworpen voordat een advocaat ter beschikking is gesteld. Pas als de verdachte zelf het initiatief neemt tot verdere communicatie, uitwisseling of gesprekken met de autoriteiten kan weer met het verhoor worden aangevangen.³³ Als de verdachte te kennen heeft gegeven dat hij een advocaat wil raadplegen, kan het enkele feit dat hij nadien toch antwoord heeft gegeven op verdere vragen van verbalisanten géén geldige *waiver* opleveren.³⁴

In deze zaak oordeelt het Hof dat niet is voldaan aan de eisen van een *knowing, explicit and unequivocal waiver*. Vanwege het gebrek aan kennis en inzicht van de verdachte kan het feit dat de verdachte meewerkte bij de verhoren in casu niet worden gezien als een aanwijzing dat de verdachte de consequenties van het meewerken aan een verhoor omtrent serieuze misdaden kon overzien.³⁵ Het Hof legt nadruk op de complexe aard van het strafprocesrecht: 'In the absence of assistance by counsel, who could have provided legal advice and technical skills, the applicant could not make full and knowledgeable use of his rights afforded by the criminal-procedural law.'³⁶

Relevant bij de afweging of er sprake is van een geldige *waiver* is bovendien dat de verdachte, naast het feit dat hij nog nooit in aanraking was geweest met de politie, misschien ook niet wist hoe hij een einde kon maken aan het verhoor. Volgens het Hof kan niet alleen het gebrek aan kennis en ervaring van de verdachte vereisen dat hij bijstand krijgt van een advocaat, maar ook zijn gebrek aan zelfvertrouwen.³⁷

Het Hof legt nadruk op de kwetsbaarheid van de verdachte die zonder rechtsbijstand in het judicieel apparaat terecht is gekomen. Daarom kan volgens het Hof het feit dat verdachte

31 *Idem*, § 79. Zie ook EHRM 11 december 2008, appl.no. 4268/04 (Panovits/Cyprus), § 74.

32 *Idem*, § 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 [sic] on him'.

33 *Idem*, § 79: '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' [curs. van de auteurs].

34 *Idem*, § 79: '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'.

35 Zie ook EHRM 25 februari 1992, appl. no. 10802/84 (Pfeifer en Plankl/Oostenrijk), § 38: 'In the instant case it is sufficient to note that Judge Kaiser on his own initiative approached Mr Pfeifer in the absence of his lawyer, the latter not having been summoned despite his having previously taken part in the proceedings (...). He put to him a question which was essentially one of law, whose implications Mr Pfeifer as a layman was not in a position to appreciate completely. A *waiver* of rights expressed there and then in such circumstances appears questionable, to say the least. The fact that the applicant stated that he did not think it necessary for his lawyer to be present makes no difference'.

36 EHRM 24 september 2009, appl. no. 7025/04 (Pishchalnikov/Rusland), § 85.

37 *Idem*, § 80: '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'.

zijn eerdere verklaringen herhaalde op een moment dat hem wel een advocaat werd aangeboden, de beperking van dit recht gedurende de eerste twee dagen niet 'repareren':

'The Court is mindful of the fact that, being put into an anxious and emotional state by the intense interrogations during the previous two days, the applicant could have been most easily persuaded to repeat his statements during the investigative experiment on 17 December 1998.'³⁸

In dit kader acht het Hof van belang dat de verdachte later meermaals zijn bekentenissen probeert in te trekken en dat de nationale gerechtshoven de verklaringen van de medeverdachten niet als bewijs wilden gebruiken, omdat hun weigering van rechtsbijstand niet als vrijwillig kon worden beschouwd. Het enkele feit dat de verdachte zijn eerder afgelegde bekentenissen herhaalde was onvoldoende om te concluderen dat deze bekentenissen vrijwillig waren afgelegd.

Het Hof concludeert tot een schending van artikel 6 para. 3(c) jo. artikel 6 para. 1 EVRM. De andere onderdelen van de klacht worden niet onderzocht omdat effectieve rechtsbijstand later in de procedure deze mankementen niet had kunnen repareren.

Opvallend aan de zaak *Pishchalnikov* is dat het ging om een 'doorsnee' verdachte. In tegenstelling tot de verdachten uit *Salduz* en *Panovits*, was *Pishchalnikov* meerderjarig en niet in meer of mindere mate kwetsbaar dan de gemiddelde verdachte.

5 De Nederlandse praktijk in het licht van *Pishchalnikov* en *Dayanan*

Zoals besproken hoort afstand van recht vrijwillig te geschieden en *knowing and intelligent* te zijn.³⁹ Indien de verdachte zelf vraagt om een advocaat, is het Hof duidelijk; de verhorende instanties dienen dan niet verder te gaan met het verhoor. Het Hof oordeelt dat de verdachte die reeds heeft aangegeven een advocaat te willen consulteren maar desondanks antwoord geeft op vragen van de verhorende instantie, geen afstand heeft gedaan van het recht op bijstand.

De eisen die aan een *waiver* worden gesteld brengen volgens ons met zich dat niet kan worden aangenomen dat een verdachte die niet om een advocaat heeft verzocht, afstand heeft gedaan van recht op bijstand bij, dan wel consultatie voorafgaand aan het verhoor. Voordat men afstand kan doen van een recht, moet men immers kunnen overzien wat de consequenties

³⁸ *Idem*, § 87.

³⁹ Deze formulering volgt uit § 77 van *Pishchalnikov*: 'A waiver of the right, once invoked, must not only be *voluntary*, but must also constitute a *knowing and intelligent* relinquishment of a right.' [curs. auteurs] Ofschoon deze formulering hier voor het eerst door het Hof wordt gebezigd, introduceert het Hof inhoudelijk geen nieuw criterium. In *Salduz* overweegt het Hof dat een *waiver* 'of his own free will' moet geschieden, en in *Panovits* overweegt het Hof: '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*, no. 32432/96, 27 March 2007, para. 59, and *Jones v. the United Kingdom* (dec.), no. 30900/02, 9 September 2003). The Court considers that given the vulnerability of the 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 consequences of his conduct.'

zijn van deze stap. Een *implicit waiver* van het recht op bijstand is dus gezien de uitspraken van het Hof in beginsel niet mogelijk.⁴⁰

Maar hoe zal het Hof oordelen over de Nederlandse praktijk? Uit de processen-verbaal van verhoor blijkt dat in Nederland in de regel wordt volstaan met het geven van een cautie en de mededeling dat de verdachte het recht heeft een advocaat te consulteren alvorens te worden gehoord. Met betrekking tot de weergave van de mededelingen van de verbalisanten en de verdachte wordt volstaan met een korte standaardformulering met kleine tekstuele verschillen. Uiteraard is het niet mogelijk dat in de praktijk werkelijk zo uniform wordt verklaard.

Uit de Nederlandse jurisprudentie blijkt dat de rechterlijke macht over het algemeen genoeg neemt met de huidige praktijk van informatieverstrekking door de verhoerende instanties aan een verdachte omtrent zijn rechten. Een instemmend antwoord op de vraag of men afstand doet van het recht op een advocaat is in de regel genoeg, ook als het gaat om een minderjarige verdachte.⁴¹ Ook het feit dat verdachte niet zelf verzoekt om een advocaat wordt wel opgevat als een impliciete *waiver*.⁴²

Wij menen dat deze praktijk de Straatburgse toets niet kan doorstaan. Immers, bij afstand van het recht op bijstand doet een verdachte afstand van alle facetten van het recht op bijstand wat meer omvat dan enkel het wijzen op het zwijgrecht. Blijkens de uitspraken *Pishchalnikov* en *Dayanan* dient een verdachte voordat hij afstand kan doen bekend te zijn met deze facetten, omdat er anders geen sprake is van een *knowing and intelligent waiver*. Gezien de facetten van het recht op bijstand en de eisen die het Hof stelt aan een *knowing and intelligent waiver* is het volgens ons moeilijk voor te stellen dat een verdachte hier afstand van kan doen zonder eerst een advocaat te consulteren. De advocaat lijkt de aangewezen persoon om de verdachte op de vereiste manier te informeren en bij te staan.

Als er al omstandigheden zijn waaronder een verdachte afstand kan doen van het recht op bijstand zonder eerst een advocaat te consulteren, moet aan de hand van het proces-verbaal van verhoor te controleren zijn of inderdaad sprake is van een *knowing and intelligent waiver*. Aan de hand van het proces-verbaal van verhoor dient duidelijk te worden op basis waarvan de verhoerende instantie meent dat er sprake is van een geldige *waiver*. Om vast te kunnen stellen dat een verdachte geldig afstand heeft gedaan van recht op bijstand is van belang te kunnen toetsen op wat voor wijze de politie de verdachte heeft geïnformeerd omtrent zijn rechten. Gecontroleerd moet kunnen worden of de verdachte volledig is geïnformeerd en in welke bewoordingen. Voor de beoordeling of er sprake is van een *knowing and intelligent waiver*, is het bovendien van belang om de reactie van de verdachte te kunnen toetsen. Dit betekent dat de rechter geen genoeg moet nemen met de huidige verbaliseringspraktijk. Met de minimale wijze van verbaliseren wordt de rechter immers niet de mogelijkheid geboden zijn controlerende functie uit te oefenen.

40 De bewoordingen van het Hof lijken ruimte te laten voor een *implicit waiver*, bijvoorbeeld bij de bovengemiddeld deskundige verdachte (men denke aan de strafrechtadvocaat).

41 Zie ook T. Spronken, 'Tussenstand advocaat bij politieverhoor: Extra eisen voor terughoudende magistraten', *Advocatenblad* 2009, p. 670.

42 Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Leeuwarden 27 oktober 2009, LJN BK1448: 'Nu de verdachte de gelegenheid heeft gehad om een raadsman te raadplegen alvorens zich op 16 mei 2006 op het bureau van politie te Almere te melden en noch is gesteld, noch anderszins is gebleken, dat hij bij gelegenheid van het eerste verhoor heeft verzocht om voorafgaande daaraan of tijdens het verhoor bijstand te mogen hebben van een juridisch raadsman, wordt het verweer strekkende tot bewijsuitsluiting van de verklaring van verdachte van 16 mei 2006 verworpen'.

Een belangwekkend arrest is een recente uitspraak van de Hoge Raad,⁴³ waarin het ging om een verdachte die ervoor had gekozen zijn eigen verdediging te voeren. Hoewel dit arrest ziet op het recht op rechtsbijstand ter terechtzitting en niet op het recht op rechtsbijstand in de loop van het vooronderzoek (zoals besproken in dit artikel), is het arrest interessant genoeg om te bespreken in het kader van dit artikel vanwege de overwegingen van de Hoge Raad die zien op het doen van afstand van rechtsbijstand ter terechtzitting en de rol van de rechter. De Hoge Raad geeft aan dat onder omstandigheden indringend moet worden getoetst of sprake is van een geldige afstand van recht en bezigt hierbij terminologie die sterk doet denken aan de bewoordingen van het Europees Hof omtrent *waivers*.

Het misdrijf waarvan de verdachte werd verdacht was een zeer ernstig levensdelict (de moord op een achtjarig kind). Het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch erkende het belang van rechtsbijstand en had de verdachte tijdens de procedure alsnog meermaals de gelegenheid gegeven om te overleggen met de aanwezige toegevoegde raadsman.

De Hoge Raad overweegt met betrekking tot het doen van afstand van rechtsbijstand ter terechtzitting en de rol die de rechter dient te spelen:

‘Dan (namelijk als de verdachte ten aanzien van wie de wetgever heeft voorzien in ambtshalve toevoeging van een raadsman, ervoor kiest om zichzelf te verdedigen en te kennen geeft afstand te willen doen van zijn recht op rechtsbijstand, auteurs) zal de rechter erop moeten toezien dat door die keuze aan het recht op een eerlijk proces niet wordt tekortgedaan. In een zodanig geval zal de rechter zich ervan moeten vergewissen dat de afstand van rechtsbijstand *ondubbelzinnig, desbewust en vrijwillig* is gedaan [curs. van de auteurs]. Indien de rechter oordeelt dat daarvan sprake is en hij de keuze van de verdachte respecteert, zal hij tijdens de behandeling van de zaak bijzondere aandacht moeten schenken aan de positie van de verdachte. Dat geldt met name waar het gaat om het verstrekken van informatie die de verdachte voor zijn verdediging behoeft. In dat opzicht kan de verdachte immers tekortkomen omdat hij, anders dan met de regeling van de ambtshalve toevoeging is beoogd, geen bijstand van een rechtsgeleerde raadsman heeft. In dat tekort zal de rechter zoveel als mogelijk dienen te voorzien.’⁴⁴

De Hoge Raad oordeelde dat uit het proces-verbaal van de terechtzitting niet blijkt dat het Hof voldoende had onderzocht of de verdachte geldig afstand had gedaan van zijn recht op bijstand.⁴⁵ Dit klemde des te meer met het oog op de ‘juridische merites’ van de zaak (bijvoorbeeld de vraag of er sprake is van voorbedachten rade) en wat er voor de verdachte op het spel stond.

43 HR 17 november 2009, LJN BI2315.

44 *Idem*, r.o. 3.4.

45 *Idem*, r.o. 3.5. en 3.6: ‘Dat neemt niet weg dat het Hof eerst en vooral onder ogen had te zien of sprake was van een desbewuste afstand van de verdachte van zijn recht op rechtsbijstand (...). Het Hof heeft geen overweging gewijd aan de door de verdachte gedane ‘afstand’ van rechtsbijstand. Uit het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep volgt dat het Hof de keuze van de verdachte om zichzelf te verdedigen zonder meer heeft aanvaard en het aan hem heeft gelaten of hij zich in de loop van het proces met de aanwezige raadsman wilde verstaan. Niet blijkt dat het Hof de motieven van de verdachte voor die keuze heeft onderzocht, ofschoon uit de door de verdachte in de loop van de terechtzitting opgegeven reden, namelijk dat als hij zich zou hebben laten bijstaan zijn veroordeling reeds had vastgestaan, aanwijzingen vallen te putten dat hij de draagwijdte van die keuze niet ten volle overzag. Voorts blijkt niet dat het Hof bij de aanvang van de terechtzitting dan wel op enig ander in aanmerking komend moment, zoals na het requisitoir, de verdachte het belang van rechtsbijstand in deze zaak en de consequenties van de door hem ingenomen proceshouding heeft voorgehouden in het licht van hetgeen er voor hem op het spel stond, de juridische aspecten van de zaak daaronder begrepen. In de omstandigheden van het geval betekent een en ander dat sprake is van een motiveringsgebrek’.

Het Hof had de motieven van de verdachte moeten onderzoeken en hem het belang van rechtsbijstand in deze zaak en de consequenties van de door hem ingenomen proceshouding voor moeten houden. Nu uit het proces-verbaal van de terechtzitting niet blijkt dat dit is gebeurd, lijdt de uitspraak van het Hof aan een motiveringsgebrek en heeft de Hoge Raad de uitspraak vernietigd.

Uit de overwegingen van de Hoge Raad blijkt dat rechters onder omstandigheden indringend moeten toetsen of de verdachte wel geldig afstand heeft gedaan van zijn recht op bijstand ter terechtzitting. Als de rechter constateert dat dit niet het geval is, moet hij of zij zelf in dit gebrek voorzien. In deze uitspraak hebben de complexiteit van de zaak, de hoogte van de mogelijke straf, de geestelijke leeftijd van de verdachte en diens gebrekkige kennis van het recht een rol gespeeld.⁴⁶ Het feit alleen dat de (meerderjarige!) verdachte herhaaldelijk en stellig een raadsman weigert, is onvoldoende om afstand van het recht op rechtsbijstand ter terechtzitting aan te nemen. De rechter dient de verdachte tegen zichzelf te beschermen als dat nodig is.

De wijze waarop de rechter behoort te toetsen of een verdachte rechtsgeldig afstand heeft gedaan van het recht op rechtsbijstand ter terechtzitting, staat in schril contrast met de wijze waarop de Nederlandse rechter toetst of een verdachte rechtsgeldig afstand heeft gedaan van het recht op rechtsbijstand in het vooronderzoek. Naar onze mening behoort de Nederlandse rechter ook in het geval van rechtsbijstand in het vooronderzoek indringender te toetsen of een verdachte alle informatie is verstrekt die een verdachte behoeft.

6 Conclusie

Het recht op bijstand is één van de fundamentele kenmerken van een eerlijk proces. Hoewel het niet uitgesloten is dat een verdachte onder omstandigheden rechtsgeldig afstand doet van dit recht, dient men zeker niet te licht een *waiver* aan te nemen. Dit heeft te maken met het machts- en kennisverschil tussen de verdachte en de verhorende autoriteiten, dat gecompenseerd dient te worden wil nog sprake zijn van *equality of arms*. Het gebrek aan rechtsbijstand kan verstrekken gevolgen hebben. Een *waiver* moet *knowing and intelligent* zijn en mag dus alleen worden aangenomen als aannemelijk is dat de verdachte de consequenties van zijn proceshouding kan overzien.

In *Pishchalnikov* was het enkel geven van de cautie en het ondertekenen van een formulier waarin de verdachte op zijn rechten werd gewezen onvoldoende informatief. Enkel het verstrekken van deze informatie maakt de verdachte nog onvoldoende *knowing* om een *knowing and intelligent waiver* aan te kunnen nemen.

Een verdachte dient in ieder geval in de gelegenheid te worden gesteld een advocaat te consulteren indien hij heeft verzocht om rechtsbijstand. Als de verdachte heeft aangegeven enkel te willen participeren in het opsporingsonderzoek door middel van een advocaat, dan dient de verdachte vervolgens niet meer aan een verhoor te worden onderworpen voordat een advocaat ter beschikking is gesteld, tenzij de verdachte zelf het initiatief neemt tot verdere communicatie. Dat betekent dat als een advocaat niet verschijnt (of niet binnen afzienbare tijd kan verschijnen), de verhorende instanties dit aan verdachte moeten communiceren en met hem moeten bespreken.

⁴⁶ Uiteraard zijn er gevallen waarin überhaupt geen plaats is voor afstand van het recht op rechtsbijstand. Zie art. 503 lid 1 Sv, als ook art. 509a in verbinding met art. 509d lid 3 Sv.

of hij een andere advocaat wenst, dan wel de verhorende instanties dienen een advocaat toe te voegen. Als de verdachte te kennen heeft gegeven dat hij een advocaat wil raadplegen, kan het feit dat hij nadien toch heeft meegewerkt aan het verhoor nadat hem zijn rechten zijn medegedeeld géén geldige *waiver* opleveren. Gezien de uitspraken van het Hof is een *implicit waiver* in beginsel niet mogelijk.

Deze conclusies hebben implicaties voor alle procesdeelnemers. De verhorende instanties kunnen niet langer volstaan met de huidige standaardformulering van de rechten van de verdachte. Zij moeten zich actief inspannen om ervoor te zorgen dat de verdachte voldoende inzicht heeft om zijn proceshouding te kunnen bepalen. Dat zal in de regel inhouden dat de overheid de rechtsbijstand van de verdachte actief moet faciliteren. Ook moeten de verhorende instanties zo volledig en juist mogelijk verbaliseren, zodat de rechter kan controleren of daadwerkelijk sprake is van een *waiver*. Tenslotte dient de rechterlijke macht de lijn van de Hoge Raad te volgen en kritischer te zijn bij het toetsen of sprake is van een geldige *waiver*. Zeker bij kwetsbare verdachten mag niet te snel van een geldig afstand van recht worden uitgegaan.

Samenvattend kan worden gesteld dat de huidige Nederlandse interpretatie van het recht op bijstand en afstand van recht in het licht van de recente uitspraken *Pishchalnikov* en *Dayanan* tamelijk minimalistisch te noemen is – niet alleen in vergelijking met de normen die Straatsburg aan het ontwikkelen is.