
209

Europees Hof voor de Rechten van de Mens
13 september 2016, nrs. 50541.08, 50571.08,
50573.08, 40351.09
(Mrs. Guido Raimondi, András Sajó, İşıl
Karakas, Luis López Guerra, Mirjana Lazarova
Trajkovska, Ganna Yudkivska, Khanlar Hajiyev,
Nona Tsotsoria, Vincent A. De Gaetano, Julia
Laffranque, Paul Lemmens, Paul Mahoney,
Johannes Silvis, Dmitry Dedov, Robert Spano,
Iulia Motoc, Síofra O'Leary)
[Cassatie van Gerechtshof Den Haag]
Noot mr. J. Boksem, tevens behorend bij NbSr
2016/210

**Ibrahim en Anderen versus Verenigd Konink-
rijk. Zaak bomaanslag op metro en bus in Lon-**

den in 2005 (zie ook Redactioneel 34, NJB 2016, p. 2429).

Als het verhoor van een verdachte door de politie heeft plaatsgevonden buiten de aanwezigheid van een advocaat, is art. 6 EVRM niet reeds zonder meer geschonden in het geval er geen sprake is van dringende reden om het contact met de advocaat uit te stellen. In dat verband is mede van belang of sprake is van een overweldigende hoeveelheid ander bewijs tegen een verdachte, zodat zijn verklaringen geen grote rol spelen bij een veroordeling.

Art. 6 EVRM is niet geschonden ten aanzien van de eerste drie klagers. In hun geval was sprake van dringende redenen voor een tijdelijke beperking van hun recht op rechtsbijstand, terwijl de procedure in haar geheel genomen jegens hen eerlijk is geweest.

Art. 6 EVRM is wel geschonden jegens de vierde klager, die zonder dat hij op zijn zwijgrecht was gewezen aanvankelijk als getuige was gehoord en in die hoedanigheid veel belastende informatie jegens zichzelf had verschaft en ten aanzien van wie ook geen dringende noodzaak bestond zijn recht op rechtsbijstand op te schorten. Niet is aannemelijk gemaakt waarom de eerlijkheid van de procedure in haar algemeenheid niet onherstelbaar is aangetast door deze klager niet te wijzen op zijn zwijgrecht en door hem te beperken in zijn recht op rechtsbijstand. Er is echter geen reden hem een schadevergoeding toe te kennen. *Concurring opinion van rechter Mahoney*: wat de toepassing van de Salduz-regel betreft is niet van belang of de betrokkene nog slechts verdacht wordt dan wel reeds is "charged with a criminal offence".

Gezamenlijke deels dissenting, deels concurring opinion van de rechters Sajó en Laffranque: wat de eerste drie klagers betreft is sprake van schending van hun recht op rechtsbijstand waardoor, nu geen sprake is van compenserende maatregelen, de procedure als geheel jegens hen niet eerlijk is geweest. Wat de vierde klager betreft is de schending van art. 6 EVRM gelegen in het optreden van de politie die welbewust is doorgegaan hem als getuige te behandelen, ook toen duidelijk was dat hij verdachte was.

Gezamenlijke deels dissenting opinion van de rechters Sajó, Lazarova Trajkovska en De Gae-

tao: aan de vierde klager dient een vergoeding te worden toegekend vanwege immateriële schade.

Gezamenlijke deels dissenting opinion van de rechters Hajiyev, Yudkivska, Lemmens, Mahoney, Silvis en O'Leary: er was sprake van dringende redenen wat betreft de vierde klager om hem niet de cautie te geven en zijn recht op rechtsbijstand tijdelijk op te schorten. De door deze verzoeker afgelegde verklaringen konden ook worden gebezigd voor het bewijs. Er is jegens de vierde verzoeker geen sprake van strijd met art. 6 EVRM.

Deels dissenting opinion van rechter Lemmens: er is jegens de vierde verzoeker geen sprake van strijd met art. 6 EVRM en hij heeft geen aanspraak op een (proces)kostenvergoeding.

[EVRM art. 6]

Zie voor de volledige uitspraak *NbSr 2016/209* (afl. 12), www.sdujurisprudentie.nl (incl. noot) en *OpMaat Strafrecht* (incl. noot).

NOOT

In de aanloop naar een wettelijke erkenning van het recht dat iedere verdachte ten onzent (en in de hele Europese Unie) heeft op bijstand van een raadsman, zijn er op 13 september j.l. twee interessante uitspraken gedaan. De ene uitspraak komt van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), en de andere werd gedaan door onze eigen Hoge Raad. In het arrest van het EHRM ging het onder meer om de vraag of een (tijdelijke) beperking van het recht op bijstand van een raadsman een schending van artikel 6 EVRM opleverde. De verdachten in deze zaak waren – ondanks hun uitdrukkelijke verzoeken om te worden bijgestaan door een raadsman – gedurende enige tijd verstoken gebleven van rechtsbijstand voorafgaand aan en tijdens de verhoren door de politie. In de andere zaak gaf de Hoge Raad antwoord op de prejudiciële vragen die door de Haagse voorzieningenrechter waren gesteld met betrekking tot de reikwijdte van het recht van de (aangehouden) verdachte op bijstand van een raadsman tijdens het verhoor door de politie, zoals dat na de uitspraak van de Hoge Raad van 22 december 2015 (*NbSr 2016/22*, m.nt. G.P.M.F. Mols) in ons land is gaan gelden. Beide

uitspraken laten zien dat erkenning van het recht op bijstand van een raadsman niet zonder meer hoeft te betekenen dat de verdachte die dat wenst ook daadwerkelijk wordt bijgestaan tijdens de verhoren door de politie.

De heren Ibrahim, Mohammed, Omar en Abdurahman werden verdacht van betrokkenheid bij de bomaanslagen die in juli 2005 in de Londense underground en in een bus in het centrum van Londen hadden plaatsgevonden. Het vermoeden bestond dat er nog meer aanslagen zouden kunnen volgen. Ze werden daarom in afzondering gehouden en onderworpen aan zogenaamde *safety interviews* (waarbij geen raadsman aanwezig mocht zijn – ondanks uitdrukkelijke verzoeken van de verdachten om te worden bijgestaan en ondanks het feit dat raadsliden zich op het politiebureau hadden gemeld om rechtsbijstand te verlenen). Een van de verdachten (Abdurahman) werd in eerste instantie als getuige gehoord. Toen hij zichzelf ging belasten, werd hem niet meteen de cautie gegeven en kreeg hij evenmin meteen toegang tot een raadsman. Het getuigenverhoor werd voortgezet, waardoor deze verdachte (nog) geen gebruik kon maken van zijn verdedigingsrechten (als bedoeld in artikel 6 EVRM).

De vier verdachten (die inmiddels onherroepelijk veroordeeld waren wegens *conspiracy to murder*, resp. *assisting mr Osman and failing to disclose information after the event*) klaagden bij het Hof in Straatsburg over schending van – kort gezegd – de Salduz-norm.

Verklaringen die in strijd met deze norm tot stand zijn gekomen, zullen in principe niet voor het bewijs mogen worden gebruikt: “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.” (Salduz, par. 55). Het Hof benadrukt thans dat het hier niet om een absolute regel gaat (par. 260) en komt met een vernieuwd toetsingsmodel, waardoor de uitsluitingsregel toch behoorlijk wordt gerelativeerd.

Bij de beantwoording van de vraag of artikel 6 EVRM is geschonden door een beperking van de toegang van de verdachte tot een raadsman, zijn – aldus het Hof – twee vragen van belang. Aller-

eerst de vraag of er dwingende of zeer zwaarwegende redenen (‘compelling reasons’) waren voor de beperking (par. 258-259). En in de tweede plaats de vraag in hoeverre de beperking invloed heeft gehad op de eerlijkheid van het gehele proces (‘the impact of the restriction on the overall fairness of the proceedings’) (par. 260-262). Het ontbreken van een dwingende of zeer zwaarwegende reden is op zichzelf overigens nog niet voldoende om te kunnen oordelen dat artikel 6 EVRM is geschonden. De rechter zal (in navolging van het Hof) hoe dan ook naar de totale procedure moeten kijken voordat hij kan oordelen dat artikel 6 EVRM is geschonden (par. 262). Het Hof heeft met het oog daarop een tiental factoren opgesomd (niet limitatief) die de rechter bij zijn beoordeling zou kunnen betrekken (par. 274). Daarbij gaat het bijvoorbeeld om de kwetsbaarheid van de verdachte (a), de betrouwbaarheid van het bewijs (d), het gewicht van ander bewijsmateriaal (g) en het belang van opsporing en vervolging van het betreffende misdrijf (i).

In het geval van de eerste drie klagers oordeelde het Hof dat voldoende aannemelijk is geworden “that there were compelling reasons for the temporary restrictions on the first three applicants’ right to legal advice” (§ 276-279). Er zouden nog nieuwe aanslagen kunnen volgen: “The failure of the bombs to explode meant that the perpetrators of the attack were still at liberty and free to detonate other bombs, possibly successfully. (...) The Court finds that the Government have convincingly demonstrated in the case of the first three applicants the existence of an urgent need to avert serious adverse consequences for the life and physical integrity of the public.” Bovendien was er een wettelijke grondslag voor de tijdelijke beperking van de toegang tot een raadsman. “In the first three applicants’ case, there was a clear framework in place, set out in legislation, regulating the circumstances in which access to legal advice for suspects could be restricted and offering important guidance for operational decisionmaking.” In de zaak van de vierde klager ontbrak daarentegen een wettelijke grondslag voor de tijdelijke beperking (en voor het niet geven van de cautie).

Wanneer we kijken naar de ‘overall’-toetsing door het hof (par. 280-294 en par. 301-311), dan is duidelijk dat de Salduz-norm fors gerelativeerd

wordt. Ondanks dat de raadslieden voor de deur van het politiebureau stonden (of in ieder geval hadden aangegeven snel ter plakke te kunnen zijn) en zij (gedurende de *safety interviews*) niet tot (het verhoor van) de verdachten werden toegelaten, werd (in de zaken van de eerste drie klagers) geoordeeld dat er toch geen sprake was van schending van artikel 6 lid 1 en lid 3 onder c EVRM. Het Hof kwam tot dit oordeel omdat er voor de verdachten (o.a.) voldoende mogelijkheden zijn geweest om van de verklaringen terug te komen en de verdediging in het vervolg van de procedure bovendien voldoende gelegenheid heeft gehad om de verklaringen te betwisten, er veel ander bewijsmateriaal voorhanden was, en er een groot algemeen belang was bij de opsporing en vervolging van de misdrijven die aanleiding waren voor de *safety interviews*. Ten aanzien van de vierde klager werd geoordeeld dat artikel 6 EVRM wel was geschonden. Hij had zichzelf (als getuige) enorm belast, zonder dat hij door de politie gewezen was op zijn rechten (als verdachte). Sterker nog: een (hogere) politiefunctionaris had besloten het getuigenverhoor te continueren, terwijl de betrokkene, door hetgeen hij reeds verklaard had, inmiddels verdachte was geworden. Het Hof betrok zowel de procedurele onvolkomenheden als het gewicht van de verklaringen die de klager als getuige had afgelegd, in zijn oordeel. Ook de (relatief geringe) aard van de misdrijven waarop de vervolging betrekking had, bleek een factor van belang.

De conclusie mag zijn dat het recht van de verdachte op toegang tot een raadsman een belangrijke waarborg vormt voor een eerlijk proces, maar dat het tijdelijk niet kunnen uitoefenen van dit recht niet in alle gevallen hoeft te leiden tot bewijsuitsluiting. Het EHRM heeft een op het eerste gezicht vrij stellig geformuleerde regel behoorlijk garelativeerd door aan te geven welke factoren (o.a.) bij de beoordeling van de 'fairness of the proceedings as a whole' kunnen worden betrokken.

Het uitgangspunt dat er ruimte is voor (enige) relativering van de Salduz-norm, vinden we ook terug in de rechtspraak van de Hoge Raad. Naar aanleiding van de derde prejudiciële vraag, stelt de Hoge Raad (in de hier te bespreken uitspraak van 13 september) het volgende voorop: "Zoals de Hoge Raad in voormeld arrest van 22 decem-

ber 2015 heeft overwogen heeft het EHRM nimmer uitdrukkelijk en zonder voorbehoud beslist dat onder alle omstandigheden sprake is van een schending van artikel 6 EVRM ingeval een verklaring voor het bewijs wordt gebezigd die de verdachte bij zijn verhoor door de politie heeft afgelegd terwijl zijn raadsman bij dat verhoor niet aanwezig was." (3.6.4).

Wanneer iedere minuut telt, omdat er bijvoorbeeld een bom ligt te tikken of een baby is ontvoerd, is het goed verdedigbaar dat wordt besloten om alvast met het verhoor van de verdachte te beginnen zonder dat de raadsman daarbij aanwezig is en zonder dat de verdachte vooraf met een raadsman heeft kunnen spreken. Het verhoor is in zo'n (uitzonderlijk) geval niet (primair) gericht op waarheidsvinding of bewijsverkrijging, maar is bedoeld om een einde te maken aan een acute en mogelijk levensbedreigende situatie. Het lijkt redelijk om dan de verklaring die tot stand is gekomen zonder dat de verdachte vooraf een raadsman heeft kunnen consulteren en zonder dat hij door een raadsman werd bijgestaan, buiten het strafdossier te houden. Onder de 'oude' Salduz-rechtspraak lag een dergelijke benadering voor de hand. Thans veel minder. De rechter kijkt immers naar de 'fairness of the proceedings as a whole' en niet slechts naar de totstandkoming van die ene verklaring.

Is er geen sprake van een noodsituatie (en zijn er dus geen 'compelling reasons' om de toegang tot de bijstand van een raadsman te beperken), dan is daarmee nog niet zonder meer gezegd dat de verklaring (om die reden) niet voor het bewijs kan worden gebruikt. Ook hier geldt dat gekeken moet worden naar de totale procedure en niet slechts naar de omstandigheid dat de verdachte geen toegang tot een raadsman heeft gehad. Hierbij geldt wel dat het ontbreken van 'compelling reasons' veel gewicht in de schaal zal leggen: "The criterion of compelling reasons is a stringent one: having regard to the fundamental nature and importance of early access to legal advice, in particular at the first interrogation of the suspect, restrictions on access to legal advice are permitted only in exceptional circumstances, must be of a temporary nature and must be based on an individual assessment of the particular circumstances of the case." (258). Het hof vervolgt even verderop: "It said that the rights of the

defence would 'in principle' be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer were used for a conviction, indicating that the rule, while strict, was not absolute." (260).

wordt begonnen voordat deze met zijn raadsman heeft kunnen spreken.

J. Boksem

In de meeste zaken doen zich geen 'compelling reasons' voor op grond waarvan de raadsman buiten de deur kan worden gehouden. Dit betekent dat de raadsman die zich op het politiebureau meldt voor het verlenen van rechtsbijstand aan zijn cliënt (die op zijn beurt heeft aangegeven van dit recht gebruik te willen maken), daartoe in vrijwel alle gevallen daadwerkelijk in de gelegenheid zal moeten worden gesteld. De rechtspraak geeft enige ruimte om hiervan af te wijken, zolang de essentie van het recht op bijstand van een raadsman niet wordt aangetast. De woorden 'in principle' in par. 55 van het Salduz-arrest impliceren niet alleen dat het recht op bijstand niet absoluut is, maar benadrukken ook – en dat is minstens zo belangrijk – het belang van het recht op bijstand van een raadsman. Voor de verdachte moet het recht 'practical and effective' zijn. Het wordt interessant om te zien of het recht aan betekenis zal gaan inboeten als gevolg van de relativisering die het EHRM thans heeft aangebracht op de Salduz-norm (door de nadruk te leggen op de 'overall fairness'), en hoe de praktijk zich in Nederland verder zal gaan ontwikkelen nu de Hoge Raad heeft aangegeven dat de invulling van het recht begrensd kan worden door beleidsregels te stellen. In mijn afscheidsrede ('Goede raad is duur!', Wolters Kluwer 2016) heb ik uitgelegd waarom ik denk dat beperking van de verdedigingsrechten en -mogelijkheden nadelig (kunnen) zijn voor het proces van waarheidsvinding. Ik sloot af met een advies aan de wetgever: "Zorg ervoor dat gegarandeerd is dat de verdediging juist en volledig geïnformeerd het verhoor in gaat, dat de raadsman de ruimte krijgt om zijn cliënt tijdens het verhoor daadwerkelijk bij te staan, en – ten slotte – dat hij voor zijn werkzaamheden een adequate vergoeding ontvangt. Beknibbelen op deze drie punten raakt direct de kwaliteit van de dienstverlening en draagt bovendien niet in positieve zin bij aan het proces van waarheidsvinding." Aan dit advies kan nog worden toegevoegd dat het recht natuurlijk alleen 'practical and effective' kan zijn, wanneer (als regel) niet met het verhoor van de verdachte