

gemeenten en politiekorpsen daarmee in hun beleid en operationele aanpak rekening houden. Zowel de operationele als de bestuurlijke aspecten rondom evenementen dienen goed te worden geïnternaliseerd. Het COT-rapport is intussen door een aantal regiokorpsen aangegrepen om de eigen werkprocessen en operationele alertheid te controleren. Los daarvan zal vanuit BZK en Justitie het COT-rapport in de komende voortgangsgesprekken met de korpsen aan de orde worden gesteld zodat andere korpsen ook leering uit de gebeurtenissen in Hoek van Holland zullen kunnen trekken. Naar aanleiding van deze (en eerdere) gebeurtenissen is opdracht gegeven om een verdiepend onderzoek in te stellen naar het fenomeen geweld en ernstige openbare ordeverstoringen die worden gepleegd door groepen bij evenementen en grootschalige gebeurtenissen. Thema's binnen dit onderzoek zijn: kenmerken van het gedrag van geweldplegers en groepen, de rol van het middelengebruik, maatregelen en interventiestrategieën, risicomanagement en (bestaande) bestuurlijke bevoegdheden. Daarnaast heeft de Inspectie Openbare Orde en Veiligheid in haar Werkplan 2010 aangekondigd samen met de Inspectie voor de Gezondheidszorg onderzoek te doen naar de kwaliteit van de vergunningverlening door gemeenten bij publieksevenementen. Daarbij wordt ook onderzocht in welke mate gemeenten gebruik maken van integrale advisering door de hulpverleningsdiensten: politie, brandweer en Geneeskundige Hulpverlening bij Ongevallen en Rampen (GHOR). De bevindingen van

de inspecties zal in 2010 aan de Tweede Kamer worden aangeboden.

T. Blom

48 Rechtspraak EHRM

**Artikelen 2 en 36, 13, en 34 EVRM;
art. 1 Protocol 13**

**Uitleveren aan land met reële kans
op doodstraf: schending EVRM**

EHRM 2 maart 2010, Al-Saadoon en Mufdhi tegen het Verenigd Koninkrijk

De zaak *Al-Saadoon en Mufdhi tegen het Verenigd Koninkrijk* (2 maart 2010) speelt zich af in en rondom de oorlog in Irak. Het Hof oordeelt over de vraag of, nu de nieuwe Irakese overheid de doodstraf heeft heringevoerd, het overdragen van klagers ter berechting aan de Irakese autoriteiten een schending is van de verplichtingen van de Britse regering ingevolge de artikelen 2 en 3 EVRM en artikel 1 Protocol 13.

De feiten en procedures

De klagers zijn twee Irakese verdachten van moord op twee Britse militairen in door Britse troepen gecontroleerd Iraaks grondgebied kort na de invasie in 2003. De klagers werden sinds hun aanhouding gedetineerd in een detentiecentrum onder Brits gezag. Na de soevereiniteitsoverdracht aan de Irakese interim regering (28 juni 2004) werd door Britse en Irakese diplomaten

en leiders gesproken over de vervolging en berechting van de klagers en hun overdracht aan het Irakees regime. Vanwege de Britse regering werden bezwaren aangevoerd tegen de mogelijke oplegging van de doodstraf (heringevoerd in 2004) en werd gepolst in hoeverre het Hoge Tribunaal (opgericht in 2005 voor de berechting van oorlogsmisdrijven) gevoelig zou zijn voor Britse pleidooien de doodstraf niet op te leggen.

Eind 2005 werden de zaken van de klagers door de Iraakse justitie aangebracht, maar de Britse autoriteiten weigerden vooralsnog in te gaan op de verzoeken van het Hoge Tribunaal om de klagers over te dragen. In 2008 startten de klagers in het VK een procedure, waarmee ze de rechtmatigheid van de voorgenomen overdracht aan de Iraakse autoriteiten aanvochten. Het Divisional Court oordeelde dat de overdracht rechtmatig was, aangezien op grond van staande jurisprudentie (*R(B) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2004] EWCA Civ 1344.) er een internationaalrechtelijke verplichting zou bestaan tot overdracht van een persoon die zich reeds op het grondgebied van de verzoekende staat bevindt. De rechter achtte deze uitkomst – een rechtmatige overdracht ondanks het reële risico van oplegging van de doodstraf bij veroordeling – zorgwekkend, maar onvermijdelijk. Bij het Court of Appeal kregen de klagers opnieuw nul op het rekest. Ook voor dit Hof was de soevereiniteit van Irak de belangrijkste overweging; de Britten hadden geen eigen bevoegdheden meer en konden dus niet anders dan de klagers

overdragen aan het Iraakse Hoge Tribunaal. Hangende een verzoek tot 'leave to appeal' bij de House of Lords, verzochten de klagers het EHRM op grond van Rule 39 een voorlopige voorziening te treffen. Het EHRM gaf daaraan gehoor en deelde de Britse regering op 30 december 2008 mede dat de klagers niet mochten worden overgedragen. De dag erna geschiedde de overdracht niettemin. Het strafproces tegen klagers ving aan op 11 mei 2009 en op 9 september 2009 deed het Hoge Tribunaal uitspraak: de vervolging werd gestaakt wegens gebrek aan bewijs. Het Cassatiehof beval vervolgens een nieuw onderzoek en proces; intussen blijven de klagers in detentie.

Uitspraak EHRM

Bij het EHRM beroepen klagers zich op de artikelen 2 en 3 van het EVRM en artikel 1 van Protocol 13 (afschaffing van de doodstraf). Het Hof herhaalt wat in *Öcalan t. Turkije* (EHRM 12 mei 2005, appl.no. 46221/99) is uitgemaakt. De Grote Kamer heeft in die zaak overwogen dat, gelet op de uitdrukkelijke uitzondering voor de doodstraf in artikel 2, artikel 3 niet kan worden geïnterpreteerd als inhoudende een verbod op de doodstraf. Dat de Protocolen 6 en 13 zijn opgesteld, wijst er veeleer op dat de Lidstaten ervoor hebben gekozen de tekst van het Verdrag langs de gebruikelijke weg te amenderen door een nieuwe verplichting, afschaffing van de doodstraf, in het leven te roepen. De ontwikkelingen richting afschaffing van de doodstraf, ingegeven door het Zesde Protocol en de verplichting tot afschaffing die de Raad van

Europa aan aspirant-leden stelt, zijn echter zo sterk dat de Grote Kamer tot de conclusie kwam dat het niet langer toelaatbaar is onder artikel 2 EVRM om de doodstraf in vredes-tijd op te leggen. Het feit dat een groot aantal Lidstaten Protocol 13 nog niet had ondertekend of geratificeerd werd door de Grote Kamer beschouwd als een mogelijk obstakel om te concluderen dat het opleggen van de doodstraf als onmenselijke behandeling in de zin van artikel 3 moet worden beschouwd. De Grote Kamer meende zich in *Öcalan* niet over deze kwestie te hoeven uitspreken, en hield het erop dat het opleggen van de doodstraf na een niet eerlijk proces niet was toegestaan.

Nu zet het EHRM de volgende stap. De Grote Kamer heeft destijds niet uitgesloten dat de uitzondering in artikel 2 reeds als ingetrokken kon worden beschouwd. De ontwikkelingen sinds het *Öcalan*-arrest in 2005 – Protocol 13 is door alle Lidstaten met uitzondering van Rusland en Azerbeidjaan ondertekend, waarvan alleen Polen, Letland en Armenië nog niet hebben geratificeerd, en het moratorium op de doodstraf wordt nageleefd – zijn sterke indicaties dat de uitzondering van artikel 2 is vervallen en dat deze bepaling thans de doodstraf onder alle omstandigheden verbiedt. Derhalve is de tekst van artikel 2 niet langer een belemmering om de doodstraf als onmenselijke behandeling in de zin van artikel 3 EVRM te beschouwen.

Wat betreft uitzetting of uitlevering door een Lidstaat aan een andere staat geldt dat deze in strijd komt met artikel 3, als verondersteld kan

worden dat de persoon in kwestie een reëel risico loopt te worden onderworpen aan behandeling die in artikel 3 wordt verboden. Hetzelfde geldt voor artikel 2 EVRM en artikel 1 Protocol 13: uitlevering of uitzetting is verboden onder die bepalingen, als er een reëel risico bestaat dat de persoon in kwestie de doodstraf zal moeten ondergaan in de verzoekende staat. De verantwoordelijkheid van de Lidstaat onder artikel 1 EVRM betreft alle gedragingen en omissies van zijn organen, ongeacht of deze voortvloeien uit het nationale recht dan wel worden ingegeven door internationaalrechtelijke verplichtingen.

Voor de onderhavige zaak geldt dan het volgende. De Britse rechters hebben vastgesteld dat er goede redenen waren om een reëel risico op oplegging en executie van de doodstraf aan te nemen. De klagers moesten zich van dat risico bewust zijn geweest en moeten, vanaf het moment dat de Irakese autoriteiten de vervolging in hun zaak ter hand namen, aan angst voor executie en daarmee aan intens psychisch lijden onderhevig zijn geweest. Vanaf 1 februari 2004, de dag waarop Protocol 13 voor het Verenigd Koninkrijk in werking trad, was het voor het VK op grond van artikel 2 EVRM en artikel 1 Protocol 13 verboden om een overeenkomst aan te gaan waarin wordt afgesproken dat personen worden overgedragen aan een andere staat om te worden berecht voor feiten waarop de doodstraf is gesteld, waarmee bovendien, in strijd met artikel 3, angst voor executie in het leven wordt geroepen. Daarmee is de internationaalrechtelijke verplichting tot overdracht, waarop de

Britse regering zich beroept, van tafel. Het Hof gaat daarop nog wel enigszins in, en stelt dat de zaak van klagers zich op belangrijke punten onderscheidt van de situatie van diplomatiek asiel waarop het Britse precedent betrekking had. De klagers hebben niet zelf de Britse bescherming opgezocht, maar Britse troepen hebben de klagers binnen de Britse rechtsmacht gebracht door hen aan te houden en te detineren. Derhalve hadden de Britse autoriteiten een bijzondere verplichting te zorgen dat een en ander niet zou eindigen in een schending van de rechten van klagers onder artikelen 2 en 3 EVRM en artikel 1 Protocol 13. Het Hof is niet overtuigd dat de Britse overheid alles heeft geprobeerd om de twee op haar rustende verplichtingen (het garanderen van de EVRM-rechten aan klagers en het respecteren van de Irakese soevereiniteit) met elkaar te verzoenen; er is niet daadwerkelijk onderhandeld met de Irakese autoriteiten om zelf de berechting van klagers ter hand te kunnen nemen of een on dubbelzinnige garantie te verkrijgen dat de doodstraf niet zou worden opgelegd. Door de strafzaken tegen klagers en de klagers zelf over te dragen aan de Irakese autoriteiten heeft het VK zich onvoldoende rekenschap gegeven van zijn Verdragsverplichtingen.

Door de klagers bloot te stellen aan de angst voor executie is artikel 3 EVRM geschonden. Het Hof acht het niet nodig nog te beoordelen of er ook een schending van artikel 2 en artikel 1 Protocol 13 heeft plaatsgevonden. Artikel 6 EVRM is niet geschonden; er is geen aanleiding te oordelen dat het proces voor het

Irakese Hoge Tribunaal flagrant on-eerlijk zou zijn en is geweest. Wel zijn de artikelen 13 en 34 van het EVRM geschonden. Door in strijd met de voorlopige voorziening klagers alsnog over te dragen aan de Irakese autoriteiten, zijn de klagers blootgesteld aan groot risico op ernstige en onherstelbare schade, terwijl er geen objectieve verhindering was de voorziening na te leven. Het Hof heeft immers al vastgesteld dat de Britse regering niet (bewijsbaar) alles heeft gedaan wat mogelijk was om oplegging van de doodstraf te voorkomen. Artikel 13 is geschonden, aangezien door de overdracht – waarvan reeds is vastgesteld dat daarvoor geen objectieve rechtvaardiging was – de effectiviteit van het beroep van klagers op het *House of Lords* teniet is gedaan.

Commentaar

Net als in *Öcalan* zet het Hof een belangrijke stap in de richting van het standpunt dat de doodstraf in strijd is het met recht op leven zoals verwoord in artikel 2 EVRM, maar nog altijd wordt niet volmondig en definitief een streep gehaald door de in dat artikel vervatte uitzondering voor de doodstraf. Volgens het Hof levert de stand van zaken met betrekking tot Protocol 13 ‘clear indications’ op dat de uitzondering voor de doodstraf is vervallen, en daarom is het niet lange een contradictie om te zeggen dat als een Lidstaat een persoon in de situatie brengt waarin hij het risico loopt te worden geëxecuteerd, deze Lidstaat in strijd handelt met artikel 3 EVRM. Dit is wel de stap die nodig was om het Verenigd Koninkrijk tot schending van een zeer belangrijk voorschrift

te veroordelen. Het Hof acht het niet nodig een uitspraak te doen over de vraag of het VK artikel 2 EVRM en artikel 1 Protocol 13 heeft geschonden. 's Hof's eerdere standpunt (para. 143) dat de Britten hun verantwoordelijkheden onder deze bepalingen hebben miskend door de klagers (zonder garanties) over te dragen, komt daarmee in de lucht te hangen.

Dit arrest gaat inmiddels wel een stuk verder dan *Soering t. het VK* (7 juli 1989, appl.no. 14038/88), waarin nog gold dat uitlevering aan een staat die de doodstraf kent, in beginsel geen probleem onder de artikelen 2 en 3 EVRM oplevert. De overwegingen van het EHRM omtrent de verantwoordelijkheid van de Britten zijn kort en helder. Het is, vanaf het moment van inwerking-treding van Protocol 13, de Lidstaat verboden om personen uit te leveren aan staten waar hun mogelijk de doodstraf kan worden opgelegd. Dit verbod moet worden meegenomen in de internationale verplichtingen die de Lidstaten aangaan, te rekenen vanaf het moment dat het EVRM in werking is. De Britten hadden dus ofwel de klagers zelf moeten berechten, ofwel alles op alles moeten zetten om van de Ira-kezen een garantie te krijgen dat de doodstraf niet zou worden opgelegd. Hoezeer aansprekend, er blijven nog een paar vragen over. Nu deze verplichting in belangrijke mate wordt gestoeld op artikel 1 Protocol 13, wordt de indruk gewekt dat deze niet (gelijkelijk) opgaat voor Lidsta-ten waarvoor Protocol 13 niet in werking is. Maar dat kan niet gelden voor de interpretatie van artikel 3 die het Hof ten beste geeft in het

licht van de (als gewijzigd beschouwde) verhouding tussen artikel 2 en 3 EVRM. Dat zou dan betekenen dat een Lidstaat die Protocol 13 (nog) niet heeft ondertekend of geratificeerd, de vrijheid heeft afspraken te maken met staten die de doodstraf kennen, terwijl dit bij voorgenomen of daadwerkelijke overlevering betekent dat artikel 3 EVRM wordt geschonden. In de praktijk betekent dit dan voor alle Lidstaten dat alleen mag worden overgedragen als er garanties worden verkregen dat de doodstraf niet wordt opgelegd. Dat de Britten niet in de positie waren daarover stevig te onderhandelen met de Irakezen acht het Hof onge-loofwaardig. Zo hoeft het Hof niet te expliciteren dat het onacceptabel zou zijn als een staat, die eerst de soevereiniteit van een andere staat met een militaire invasie heeft ge-schonden, zich vervolgens zou kun-nen beroepen op het soevereiniteits-beginsel om daarmee burgers van de andere staat die zich, door de inva-sie, binnen zijn macht bevinden, be-scherming te ontzeggen.

LvL

Artikel 5

Wettelijke basis voor vrijheidsbeneming van op open zee gearresteerde personen

EHRM 29 maart 2010 (GC), Medvedyev e.a. t. Frankrijk

De uitspraak van de Grote Kamer inzake *Medvedyev e.a. t. Frankrijk* verandert niets aan de eerdere (hier toen overigens niet besproken) uit-

spraak van de gewone kamer (EHRM 10 juli 2007, *NJB* 2008, 1688; *EHRC* 2008, 123 m.nt. Van de Velde; schending artikel 5 lid 1, geen schending artikel 5 lid 3). In het licht van de activiteiten van onder meer de Nederlandse marine voor de kust van Somalië staan we er toch even bij stil. De Franse marine heeft, na daarvoor toestemming te hebben gekregen van de Cambodjaanse autoriteiten, een Cambodjaans schip (de Winner) op open zee (voor de territoriale wateren van Kaapverdië) geënterd. Aan boord zou zich een aanzienlijke hoeveelheid drugs bevinden (wat ook bleek te kloppen). De bemanning is vervolgens aangehouden door de Franse mariniers en opgebracht naar de haven van Brest in Frankrijk. Enkele dagen na aankomst in Brest zijn zij voorgeleid aan de RC. Door Medvedyev e.a. wordt geklaagd over schending van artikel 5 lid 1 en 3 (geen grondslag voor vrijheidsbeneming en geen onverwijlde voorgeleiding aan rechterlijke autoriteit).

EHRM

Het EHRM staat eerst stil bij de vraag of het gedrag van de Franse autoriteiten wel onder bescherming van het EVRM valt, nu een belangrijk deel van de actie zich heeft afgespeeld buiten het territorium van Frankrijk. Desalniettemin ziet het EHRM binnen zijn eigen jurisprudentie en de internationaalrechtelijke gewoonten ruimte om het EVRM van toepassing te laten zijn. De actie werd gecoördineerd door Franse autoriteiten, met gebruikmaking van schepen met Franse bemanning, die onder Franse vlag voeren. De controle over de Winner is

steeds volledig in Franse handen geweest. De klagers zijn dus de facto continu onder Franse jurisdictie geweest.

Vervolgens oordeelt het EHRM dat het vasthouden van de klagers op hun eigen schip (waar ze welbeschouwd de hele tijd al op vastzaten) wel degelijk als vrijheidsbeneming in de zin van artikel 5 EVRM moet worden beschouwd. De koers van het schip werd immers bepaald door de Franse autoriteiten.

Vervolgens onderzoekt het EHRM of er een juridische basis is geweest voor de vrijheidsbeneming van Medvedyev c.s. Het probleem is dat op basis van internationaal recht in beginsel Cambodja rechtsmacht had over het schip en zijn bemanning. Cambodja is echter geen partij bij het Verdrag van de Verenigde Naties inzake het recht van de zee (Verdrag van Montego Bay, 1982) en het Verdrag van de Verenigde Naties tegen de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen (Verdrag van Wenen, 1988). Deze verdragen geven volgens het EHRM in casu geen rechtsmacht aan Frankrijk en dus ook geen basis voor vrijheidsbenemende maatregelen als in het onderhavige geval. Ook het Franse recht biedt verder geen rechtsmacht en *als* die er al was geweest, dan was de kwaliteit van die regelgeving volstrekt onder de maat geweest (niet *foreseeable*).

Het EHRM vraagt zich vervolgens af of de toestemming die door de Cambodjaanse autoriteiten is gegeven voor de actie van de Franse Marine wellicht voldoende wettelijke basis geeft. Zowel binnen de context van relevante internationale verdragen over de bestrijding van drugs-

smokkel (hoewel Cambodja daar dus geen partij bij is) als binnen de context van het 'algemene' internationale recht is er geen bezwaar tegen ad hoc samenwerking tussen staten. De vraag is wel hoever de toestemming die door Cambodja is gegeven reikte: er stond in dat de Fransen de Winner mochten onderscheppen, inspecteren en verdere juridische actie mochten ondernemen. Die omschrijving is onvoldoende duidelijk. Bovendien heeft het EHRM bezwaar tegen dergelijke ad hoc samenwerking omdat de voorzienbaarheid ervan onvoorspelbaar is. Tussen Cambodja en Frankrijk is er op dit vlak geen sprake van een bestendige praktijk. Dit terwijl de kwaliteit van de regelgeving juist bij ingrijpende onderwerpen als vrijheidsbeneming streng moet worden beoordeeld. Schending van artikel 5 lid 1 EVRM dus (10 stemmen tegen 7), waarbij het EHRM nog specifiek aantekent dat het spijtig is dat gebrek aan internationaalrechtelijke afspraken op deze manier de bestrijding van drugshandel kan verhinderen (een notie die voor de 7 'dissenters' zo zwaar weegt dat zij tegen het aannemen van de schending hebben gestemd).

Ten aanzien van de schending van artikel 5 lid 3 EVRM overweegt het Hof dat in redelijkheid niet verwacht kon worden dat het schip met Medvedyev c.s. sneller in Brest zou zijn (het transporteren van de Winner kostte relatief veel tijd). In de uitspraak van de Kamer werd nog aangenomen dat er na aankomst in Brest pas na twee (en ten aanzien van sommige klagers: drie) dagen een voorgeleiding aan een rechterlijke autoriteit had plaatsgevonden.

Dat, na de dagenlange vaartpartij, nog zo lange tijd was verstreken was voor een aantal dissenters niet acceptabel (zie ook de noot van Van de Velde in EHRC). Thans komt de Franse regering met bewijs dat al op de dag van aankomst alle klagers aan een rechter zijn voorgeleid. Dat maakt de beslissing van het EHRM op dit punt een stuk makkelijker. Hoewel er na de aanhouding op zee 13 dagen zijn verstreken totdat ze aan een rechter werden voorgeleid, is er in de omstandigheden van deze zaak geen schending van artikel 5 lid 3 EVRM, waarbij verwezen wordt naar *Rigopoulos t. Spanje* (EHRM 12 januari 1999, waarin in vergelijkbaar geval de reis naar Spanje ruim 15 dagen had geduurd). Desalniettemin wordt dit oordeel met de kleinst mogelijke meerderheid (9 tegen 8) geveld. De dissenters verbazen zich er over dat het EHRM überhaupt nog wilde overgaan tot het beoordelen van de klacht, omdat er al een schending van artikel 5 lid 1 EVRM was aangenomen. Daarnaast zijn ze niet overtuigd van de bijzondere omstandigheden van het geval. Wat was er tegen geweest om een magistraat richting de Winner te sturen? Of om de bemanning op een sneller schip naar Frankrijk te laten varen?

Commentaar

De zaak laat zien dat, als het gaat om vrijheidsbenemende maatregelen, het EHRM ook als er aanzienlijke belangen spelen weinig ruimte laat voor creatieve interpretatie van het (internationale) recht. Het gaat het bestek van deze rubriek volstrekt te buiten om in te gaan op de internationaalrechtelijke kaders

waarbinnen voor de kust van Somalië in een door de EU gecoördineerde actie door onder meer Nederland wordt/is opgetreden tegen de daar actieve piraten. Maar in de media is al herhaaldelijk wat meewarig geoordeeld over het feit dat de piraten doorgaans gewoon weer aan land worden gezet (of, voorzien van een kompas, op een bootje). Het hier behandelde arrest laat zien dat dat wellicht niet slechts uit praktische overwegingen gebeurt; het EHRM kan zich uitstrekken tot die activiteiten en het 'opbrengen' van de verdachten naar de vlagstaat mag niet zonder specifieke juridische basis plaatsvinden. Het zal interessant zijn te bezien hoe één en ander bijvoorbeeld geregeld is in het geval van de Somalische piraten die door Nederlandse mariniers zijn gearresteerd en om wier overlevering door Duitsland gaat worden (of inmiddels is) verzocht ('Opgepakte piraten naar Nederland', *NRC Handelsblad* 15 april 2010, p. 3; zie ook 'Een piraat berechten lukt bijna niet', *Trouw* 16 april 2010).

JL

Artikel 6

Onderzoeksplicht rechter naar veronderstelde gebrekkige rechtsbijstand

EHRM 26 januari 2010, Ebanks t. Verenigd Koninkrijk

Feiten

Dit betreft een zaak die zich afspeelde op de Kaaimaneilanden, Brits overzees gebied in de Caraï-

ben. Op grond van artikel 56 EVRM is het verdrag ook van toepassing verklaard op dit gebied. Ebanks wordt tot levenslang veroordeeld wegens medeplegen van moord. In de bewijsvoering is een verklaring meegenomen die hij bij de politie heeft afgelegd. Volgens het achteraf met betrekking tot verklaring opgemaakte proces-verbaal, wilde Ebanks niet dat de politieagenten tijdens zijn verhoor aantekeningen of opnames maken, aangezien hij zijn verklaring wellicht nog wilde heroverwegen.

Het gebruik van dit proces-verbaal als bewijs is onderwerp van discussie tijdens de 'voir dire' (het preliminaire onderzoek waarin onder meer de toelaatbaarheid van het aan de zittingsrechter voor te leggen bewijs wordt beoordeeld). Namens Ebanks wordt het standpunt ingenomen dat de verklaring is gekregen zonder dat Ebanks de cautie had gekregen en dat de wijze waarop de verklaring is verkregen onrechtmatig was. De betrokken politieagenten worden ter zake ondervraagd, maar Ebanks verklaart zelf niet. Ook bij een tweede 'voir dire', waarin nu ook de stelling wordt betrokken dat de verklaring onder druk zou zijn afgelegd, verklaart Ebanks zelf niets. Uiteindelijk wordt door de rechter besloten dat het verslag van het gesprek als bewijs mag worden gebruikt; een formele *cautio* hoefde namelijk niet gegeven te worden aangezien Ebanks op dat moment nog niet als verdachte werd aangemerkt en er waren verder geen aanwijzingen van ongeoorloofde pressie.

De zaak wordt voor de Grand Court behandeld, zonder jury (op verzoek van Ebanks). Ebanks wordt bijge-

staan door twee advocaten; de 'leading counsel' was een ervaren advocaat die speciaal voor de zaak uit Londen naar de Kaaimaneilanden was gekomen. Tijdens het onderzoek ter terechtzitting wordt door Ebanks zelf geen verklaring afgelegd (in het Angelsaksische systeem kan de verdachte zelf bepalen of hij wel of niet bewijs wil leveren door middel van een verklaring).

Na de veroordeling wordt namens Ebanks hoger beroep aangevraagd. Na negen maanden blijkt dat hij heeft zijn oorspronkelijke advocaten terzijde gesteld en voorzien van nieuwe rechtshulp legt hij een beëdigde verklaring over waarin hij stelt dat zijn eerdere advocaten hem hebben verhinderd om de twee politieagenten te beschuldigen zijn verklaring te hebben vervalst. Daarnaast zouden zijn advocaten hem tegen zijn zin niet zelf hebben laten getuigen tijdens het proces.

De twee 'gewraakte' advocaten leggen ieder ook een schriftelijke beëdigde verklaring af, waarin zij aangeven dat Ebanks van meet af aan heeft gesteld dat hij niet zelf wilde getuigen en dat de consequenties daarvan uitgebreid met hem waren besproken. Voorts geven zij aan dat er voor was gekozen om de toelaatbaarheid van de bekentenis aan te vechten op grond van het gegeven dat deze onder druk was afgelegd. De 'leading counsel' van Ebanks gaat in zijn verklaring echter niet in op de vraag of Ebanks ooit heeft gesuggereerd dat hij wilde aanvoeren dat zijn verklaring vervalst was. De ander advocaat stelt in zijn verklaring echter dat Ebanks vanaf het begin heeft benadrukt dat het proces-verbaal niet klopte, maar dat hij

er uiteindelijk wel mee instemde dat dat niet ter verdediging zou worden aangevoerd.

Het Hof van Beroep oordeelt vervolgens dat het geen reden heeft om te twifelen aan de verklaringen van de advocaten, ofschoon het goed gebruik is dat er door de verdachte een verklaring wordt getekend dat hij afstand doet van het recht om op zitting te getuigen (wat hier niet was gebeurd). Zeker nu er veelvuldig contact is geweest tussen Ebanks en zijn advocaten, twijfelt het Hof van Beroep er niet aan dat het een weloverwogen beslissing van Ebanks moet zijn geweest om niet te getuigen. Het hof van beroep overweegt daarbij dat de wens van Ebanks om niet zelf te getuigen impliceerde dat de vervalsing van de verklaring niet kon worden aangevoerd; om dat standpunt in te nemen was het, aldus het hof, noodzakelijk geweest dat Ebanks zelf in zijn proces zou getuigen. Ebanks mag niet in beroep.

De zaak wordt vervolgens door Ebanks voorgelegd aan de 'Privy Council' (dit is de laatste beroepsinstantie voor de Engelse overzeese gebieden, gevestigd in Londen). Ook dit beroep slaagt niet. De Privy Council oordeelt dat de theorie van het Hof van Beroep dat de politieagenten alleen van het opmaken van een vals proces-verbaal hadden mogen worden beschuldigd als Ebanks zelf zou getuigen, niet juist is. Uit de verklaringen van de advocaten is echter af te leiden dat van die vervalsing nooit een punt is gemaakt omdat ze daartoe nooit instructies hebben gekregen. De advocaten hebben dus in de geest van de instructies van Ebanks gehandeld, waardoor het Hof van Beroep (on-

danks de deels onjuiste maatstaf) niet tot een andere conclusie had kunnen komen. Daartoe had het Hof van Beroep, in tegenstelling tot wat Ebanks aanvoerde, niet nogmaals de betrokken advocaten hoeven horen.

EHRM

Ebanks klaagt bij het EHRM dat artikel 6 lid 1 en lid 3 sub c EVRM zijn geschonden doordat zijn advocaten namens hem geen goede verdediging hebben gevoerd en zijn instructies hebben genegeerd en dat de beroepsinstanties hebben geweigerd dat gebrek te repareren door hem hoger beroep toe te staan.

Het EHRM behandelt de klachten onder het eerste en derde lid gezamenlijk. Het neemt als uitgangspunt dat gedrag van advocaten op zich niet kan worden toegerekend aan een verdragsluitende partij. Dit neemt niet weg dat staten actief zullen moeten ingrijpen als duidelijk wordt dat er problemen zijn ten aanzien van de juridische bijstand waar iemand recht op heeft. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval en in het licht van de gehele procedure zal er uiteindelijk sprake moeten zijn van praktische en effectieve rechtsbijstand.

Met betrekking tot de vraag of er een eerlijk proces is geweest, stelt het EHRM zich (zoals gebruikelijk) terughoudend op: het vaststellen van de feiten en de beoordeling van de noodzaak om bepaalde getuigen te horen is een taak van de nationale rechter; het EHRM beoordeelt de procedure in het geheel, inclusief de wijze waarop het bewijs tot de rechter is gekomen.

Volgens het EHRM gaat het in casus om twee klachtpunten: (1) de wijze waarop Ebanks tot de beslissing is gekomen om niet zelf te getuigen en (2) de weigering van zijn advocaten om op zitting het standpunt in te nemen dat hij geen bekentenis had afgelegd bij de politie en dat het daarover geproduceerde proces-verbaal dus vals was. Ebanks stelt zich daarbij overigens nog op het standpunt dat het Hof van Beroep voor zijn beslissing niet alleen had mogen afgaan op de schriftelijke verklaringen van zijn voormalige advocaten, maar dat de advocaten ook nog door het hof gehoord hadden moeten worden.

Het EHRM oordeelt dat het niet van de appelrechter kan worden verwacht dat hij ten aanzien van elk betwist feit getuigen zou moeten horen; er kan ook geoordeeld worden dat de voorliggende schriftelijke stukken voldoende zijn, waarbij (uiteraard) de ondubbelzinnigheid en betrouwbaarheid van de stukken en de te verwachten opheldering door nader te horen getuigen een rol moeten spelen.

Het EHRM oordeelt voorts dat, hoewel het ongelukkig is dat er geen geschreven verklaring is dat Ebanks afstand deed van zijn recht om te getuigen, uit de door het Hof van Beroep bestudeerde bewijsstukken voldoende aannemelijk is geworden dat Ebanks door zijn advocaten adequaat is voorgelicht over de voor- en nadelen van een dergelijke getuigenis en dat de beslissing om niet te getuigen hem niet is opgedrongen. Deze feitelijke vaststelling, die gedragen wordt door de stukken, kon door het Hof van Beroep worden gedaan zonder nadere getuigen te

horen. Het EHRM acht geen gronden aanwezig om zich op dit punt met de nationale rechtsgang te bemoeien.

Het EHRM is het met de Privy Council eens dat het Hof van Beroep ten onrechte heeft vastgesteld dat Ebanks' wens om niet te getuigen impliceerde dat de valsheid van het proces-verbaal niet kon worden aangevochten. Als Ebanks dat advies daadwerkelijk van zijn advocaten zou hebben gekregen zou hem inderdaad een eerlijk proces zijn onthouden. Het volgt echter niet uit de voorliggende stukken dat de advocaten Ebanks dat advies gegeven hebben. Zij hebben van Ebanks ook niet de opdracht gekregen om de valsheid van het proces-verbaal aan te vechten. Dat blijkt ook niet uit de wijze waarop de klacht van Ebanks is verwoord; hij stelt slechts dat hem is ontraden om de valsheid van het proces-verbaal aan te vechten.

Voorts staat het EHRM nog stil bij de vraag hoe in een strafproces tot de keuze wordt gekomen om voor een bepaalde proces tactiek te kiezen. In casu was de keuze om niet de verondersteld onjuiste (verzonnen) inhoud van het proces-verbaal aan te vechten, maar de totstandkoming ervan. Daar zijn (zoals ook al door de Privy Council was aangegeven) in casu best goede redenen voor te bedenken. Dat het *achteraf* voor Ebanks slecht is afgelopen zal hem misschien hebben doen denken dat een andere opstelling in de verdediging succesvoller zou zijn geweest. Het feit dat Ebanks pas maanden na zijn veroordeling is gaan klagen over zijn advocaten voedt het vermoeden dat de onvrede pas na de veroordeling is opgetreden, waardoor het vol-

doende aannemelijk is, dat de advocaten tijdens het proces in overeenstemming met de instructies van Ebanks hebben opgetreden. De schriftelijke verklaringen van zijn advocaten waren helder genoeg, zodat het nogmaals (op zitting) horen door het hof van beroep ook volgens het EHRM niet nodig was. Het EHRM komt unaniem tot de slotsom dat er geen schending is geweest van artikel 6 EVRM.

Commentaar

Het belang dat gehecht wordt aan controle door de rechter op deskundige rechtsbijstand wordt door deze uitspraak nog eens onderstreept. In het licht van het arrest HR 17 november 2009, *NJ* 2010, 143 (m.nt. Schalken) vonden wij het aardig even bij dit (op zich niet heel bijzondere) arrest van het EHRM stil te staan. In het arrest van de Hoge Raad werd gecasseerd vanwege het feit dat het Hof onvoldoende onderzoek had gedaan naar de vraag of de verdachte de consequenties van het afzien van het recht op deskundige bijstand wel kon overzien. Dit ondanks het feit dat de verdachte bij herhaling door het gerechtshof was gevraagd of hij echt geen bijstand van een advocaat wilde. Hierbij werd mede in ogenschouw genomen dat de verdachte was veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf. Ook in de onderhavige zaak is Ebanks veroordeeld tot een levenslange gevangenisstraf en rijst er discussie over de vraag of hij door zijn advocaten voldoende is voorgelicht over de volgen processtrategie. Ook hier draait het er uiteindelijk om of het Hof van Beroep voldoende onderzoek heeft gedaan (naar de kwa-

liteit van de rechtsbijstand). Het is interessant om te zien dat het EHRM hier genoeg neemt met een niet helemaal waterdichte redenering. De 'leading counsel' gaat in zijn schriftelijke verklaring eigenlijk helemaal niet in op de vraag of met Ebanks de mogelijkheid is besproken om de zaak op een andere wijze te benaderen, terwijl de andere advocaat in zijn verklaring daar wel nadrukkelijk over spreekt. Het verschil in die twee verklaringen is door de Privy Council weggeredeneerd, waarbij wellicht nog interessant is dat het beroep met 3 stemmen tegen 2 werd verworpen. In een felle dissenting opinion geeft een van de rechters van de Privy Council aan dat het Hof van Beroep niet alleen op (pas kort voor de zitting van het hof van beroep tot stand gekomen) schriftelijke verklaringen had mogen afgaan, maar op zijn minst nog een extra verhoor van de twee advocaten had moeten afnemen. Het EHRM gelooft het allemaal wel, waarbij het de zaak zeer formeel benadert. Uit § 79 van het arrest volgt dat door het EHRM van doorslaggevend belang vindt dat niet is komen vast te staan dat Ebanks door zijn advocaten is voorgehouden dat hij de betrouwbaarheid van het proces-verbaal alleen maar kon aanvechten als hij zelf zou getuigen (hetgeen een juridisch onjuist advies zou zijn geweest). Ebanks heeft steeds enkel gezegd dat hij door zijn advocaten is overgehaald om de betrouwbaarheid niet aan te vechten (zonder dat hij daarbij aangeeft dat er specifieke, juridische redenen waren genoemd). Tevens blijkt niet uit de door de advocaten afgelegde verklaringen dat het beschuldigen van

het opmaken van een vals proces-verbaal achterwege is gebleven omdat men meende dit niet te kunnen doen zonder Ebanks ter zitting te laten verklaren.

Uiteraard is het op meerdere punten een scheve vergelijking, maar waar onze Hoge Raad met een levenslange straf in het vooruitzicht geen enkele ruimte voor twijfel wil laten bestaan, lijkt het EHRM in dit specifieke geval de lat dus wat minder hoog te leggen.

Of Ebanks nu een juridisch onjuist gemotiveerd advies of een in het geheel niet gemotiveerd 'advies' (het is hem uit zijn hoofd gepraat) heeft gekregen, maakt dat nou uit voor de vraag of het EVRM is geschonden?

JL

Artikel 6 lid 2 EVRM: onschulds-presumptie

EHRM 30 maart 2010, Poncelet t. België

Feiten en procedures

Deze zaak is begonnen in de jaren '90, toen een onderzoek werd geopend naar malversaties rondom onderhoud aan de elektriciteit rondom de Luikse wegen. Klager was destijds directeur bij de Luikse elektriciteitsdienst, onderdeel van het ministerie van openbare werken, en mede verantwoordelijk voor het toezicht op de rekeningen en betalingen. De 'enquêteur' die het onderzoek verrichtte, heeft in zijn processen-verbaal aangegeven dat klager betrokken was bij begunstiging van bepaalde bedrijven, het betalen

van rekeningen voor werk dat niet gedaan was, en dat hij zich door deze bedrijven heeft laten fêteren op reises en uitjes.

Klager werd pas in 2005 vervolgd ter zake van bedrog, verduistering en corruptie. De raadkamer besliste evenwel dat de vervolging moest worden gestaakt vanwege onder meer overschrijding van redelijke termijn, verjaring en schending van de onschuldpresumptie. Deze schending zou hebben bestaan in de partijdige wijze waarop de opsporingsambtenaar zich had uitgelaten over de door hem geconstateerde fouten en over klagers betrokkenheid daarbij. Na appel door het openbaar ministerie en cassatie door de klager, wordt de zaak in 2007 door de kamer van inbeschuldigingstelling ontvankelijk verklaard en doorgestuurd ter berechting naar het tribunal correctionnel.

Deze rechtbank deed in 2009 de uitspraak dat het strafproces niet eerlijk is geweest vanwege de partijdigheid die sprak uit de processen-verbaal, en die de verdedigingsrechten ernstig heeft geschaad en vanaf het begin een eerlijk en objectief onderzoek onmogelijk heeft gemaakt. Na hoger beroep door het openbaar ministerie verklaarde het gerechtshof het openbaar ministerie ontvankelijk in de vervolging; de klachten van klager, gericht tegen de ontvankelijkheid, waren reeds afgedaan door de kamer van inbeschuldigingstelling die de zaak voor berechting geschikt had geacht en konden niet opnieuw door de feitenrechter worden onderzocht. De vervolging wordt echter door het gerechtshof gestaakt, aangezien de feiten zijn verjaard.

De uitspraak van het EHRM

Het EHRM onderscheidt deze zaak van zaken zoals *Allenet de Ribemont t. Frankrijk* (10 februari 1995, appl.no. 15175/89) en *Y.B. en anderen t. Turkije* (28 oktober 2004, appl.nos. 48173/99; 48319/99). Daarin was sprake van publieke uitlatingen door de autoriteiten over de schuld van de verdachten, die het publiek konden aanzetten de verdachten schuldig te achten en een voorschot namen op de beoordeling door de rechter. Daarom werd in die zaken een schending van de onschuldpresumptie aangenomen. Van dergelijke uitlatingen in het openbaar was in de onderhavige zaak geen sprake. Evenmin waren de processen-verbaal opgesteld door een rechter. Op het moment dat zij werden opgesteld, lag de zaak nog niet ter berechting voor. In zoverre, zo begrijpen wij het Hof, is hier niet duidelijk sprake van het terrein van de onschuldpresumptie.

Het Hof stelt vervolgens dat in de fase van het proces waarover het in deze zaak gaat (het voorbereidend onderzoek dus) de vraag of de onschuldpresumptie is geschonden moet worden beoordeeld in samenhang met de mogelijkheden tot tegenspraak die de klager in rechte heeft gehad en de onpartijdigheid die de rechtspraak aan de dag heeft gelegd bij het beoordelen van het bewijs, in dit geval in het bijzonder de gewraakte processen-verbaal. Het probleem ligt in dit geval in de uitspraak van het gerechtshof. Ofschon dit zich niet heeft uitgelaten over de schuld van de klager, heeft het wel, door eerst de ontvankelijkheid uit te spreken ondanks klagers verzet daartegen met onder meer

een beroep op de onschuldpresumptie, maar vervolgens de vervolging vervallen te verklaren op grond van verjaring, de indruk gewekt dat alleen de verjaring klager van veroordeling heeft gered. De eerdere uitspraken en daarmee het daarin vervatte oordeel dat de onschuldpresumptie was geschonden, zijn daarmee, aldus het EHRM, door het gerechtshof de facto ongeldig verklaard. Een belangrijk verschil met de zaak *Daktaras t. Litouwen* (10 oktober 2000, appl.no. 42095/98), waarin het ook ging op de bewoordingen in een verslag, maar geen schending van artikel 6 lid 2 werd aangenomen, is dat in de onderhavige zaak rechterlijke instanties eerder hebben geoordeeld dat de onschuldpresumptie was geschonden. Artikel 6 lid 2 is geschonden.

Commentaar

Vanwege de uitzonderlijke aard van de feiten zal deze zaak gelukkig niet de aanleiding vormen om van een nieuwe categorie voor de onschuldpresumptie te spreken; het oordeel van het EHRM is moeilijk te volgen en de uitkomst bevredigt (mede daarom) niet. Interessant aan deze zaak is dat het Hof laat zien hoe voor- en eindonderzoek op het punt van de onschuldpresumptie met elkaar verbonden kunnen zijn. Het EHRM herinnert er niet voor niets direct aan dat artikel 6 lid 2 van toepassing is op het gehele strafproces, niet alleen op het eindonderzoek. Hoewel het EHRM niet met zoveel woorden zegt dat de onschuldpresumptie niet van toepassing is op de wijze waarop opsporingsambtenaren hun processen-verbaal verwoorden, ligt dit in zijn beoordeling besloten.

In een situatie als de onderhavige zijn het kennelijk niet de uit artikel 6 lid 1 voortvloeiende eisen van tegenspraak en onpartijdigheid, maar is het de onschuldpresumptie die eist dat eenzijdig opgestelde processen-verbaal door de verdachte effectief kunnen worden aangevochten en door de rechter op onpartijdige wijze worden beoordeeld. Dat is kennelijk wat de rechtbank heeft gedaan met haar uitspraak dat er geen sprake was van een eerlijk proces, onder meer op grond van schending van de onschuldpresumptie. De uitspraak in appel voldeed niet, kennelijk juist omdat het onderwerp van de eerlijkheid van de vervolging en de berechting van klager, dat door de rechtbank zo prominent naar voren was gebracht, door het gerechtshof geheel werd genegeerd. Zo wordt het niet geëxpliceerd en ongemotiveerd verwerpen van het eerdere rechterlijke oordeel over de eerlijkheid en de onschuldpresumptie gelijk gesteld met het onbevoegd uitspreken van een schuldordeel. Het Hof lijkt dan toch wel een beetje de redenering van klager te volgen die stelt dat de processen-verbaal via de openbaarheid van zitting en uitspraak gelijk moeten worden gesteld met publiekelijk gedane uitspraken door politie of justitie over de schuld van verdachten.

LvL

Salduz-gerelateerde zaken: het eerste moment van gelding aan de hand van***EHRM 18 februari 2010, Aleksandr Zaichenko t. Rusland***

Het *Salduz*-recht roept nog verschillende vragen op: wie is een 'suspect', wanneer zijn vragen van de politie een 'eerste politieverhoor' en wat moet de 'toegang tot een advocaat' inhouden? Hoewel men in Nederland vooral lijkt te willen weten of *Salduz* aanzet of zelfs 'dwingt' tot toegang van de raadsman tot het politieverhoor en, zo ja, wat de raadsman dan mag doen (zie onder meer *Aanwijzing Rechtsbijstand politieverhoor 2010A007, inwerkingtreding 1 april 2010*), is ook het eerste moment waarop toegang tot een raadsman moet worden gegund belangrijk. Vóór het reguliere politieverhoor moet toegang tot een advocaat worden verleend als een agent vragen stelt aan de op het politiebureau vastgehouden verdachte (zie rubriek *DD 2009, 10 Dayanan t. Turkije*), maar geldt het *Salduz*-recht al op een (nog) eerder ondervragingsmoment buiten de verhoorkamer?

De feiten

Tijdens een voertuigcontrole langs de openbare weg, die plaatsheeft op verzoek van Aleksandr Zaichenko's bedrijf dat wordt belaagd door dieselsturende werknemers, worden in Zaichenko's auto twee jerrycans aangetroffen. Naar aanleiding van deze vondst vraagt de agent Zaichenko, zonder hem de cautie te verlenen, naar 'de herkomst' van de brandstof in die jerrycans. Zaichenko antwoordt dat hij uit zijn bedrijfsauto diesel heeft overgegoten in zijn eigen jerrycans, omdat hij –

zo stelt hij bij het EHRM – geen tankbonnetje bij zich had en zich geïntimideerd voelde.

Na afgifte van deze 'eerste verklaring' wordt Zaichenko gevraagd in een nabijgelegen politiebureau het proces-verbaal te ondertekenen. De agent neemt deze verklaring op in het proces-verbaal en schrijft daarbij een 'uitleg' waarin hij vermeldt dat Zaichenko is geïnformeerd over het Russische wetsartikel dat handelt over het privilege om zichzelf niet te belasten. Zaichenko ondertekent het proces-verbaal en de 'uitleg', omdat hij bang zou zijn geweest om te worden vastgezet en zou hebben gehoopt op vrijspraak na de zitting – althans dat geeft hij hierover aan bij het EHRM.

Het proces-verbaal en de 'uitleg' worden door de agent opgestuurd aan een onderzoeker, die op zijn beurt aan zijn meerdere adviseert om Zaichenko te vervolgen voor diefstal van diesel van zijn werkgever. Daarop sommeert deze meerdere, ene major K., Zaichenko. Hij verzoekt Zaichenko, het is dan ruim een week na de voertuigcontrole, een formulier te ondertekenen waarop zowel een afstandverklaring staat van zijn recht op rechtsbijstand als de aanklacht tegen hem. Zaichenko ondertekent het formulier en verklaart, ook bij het EHRM, dat hij vrijwillig afstand doet van zijn recht op rechtsbijstand, omdat hij hoopte dat zelfverdediging hem een vrijspraak zou opleveren.

Ter zitting verklaart Zaichenko, op dat moment wel bijgestaan door een advocaat, dat hij één jerrycan zelf heeft gekocht en dat de andere door zijn vrouw is aangeschaft. Hij verzoekt de rechtbank onderzoek te

doen naar het tankstation waarvan hij de naam en locatie opgeeft, maar de rechtbank geeft hieraan geen gevolg. Zaichenko probeert een tankbonnetje te overleggen, maar de rechtbank accepteert dit niet omdat hij geen goede uitleg zou hebben voor de late inbreng ervan. Getuige Kh. bevestigt ter zitting dat hij Zaichenko de ene jerrycan heeft zien tanken en Zaichenko's vrouw getuigt dat zij de andere voor hem heeft getankt. Getuige F. bevestigt dat de voertuigcontrole op instigatie van Zaichenko's bedrijf plaatshad.

Desondanks komt de rechtbank tot de conclusie dat Zaichenko's 'eerste verklaring' 'logisch' en in overeenstemming is met de andere bewijsmiddelen: de drie getuigenverklaringen van de agent en van twee politiegetuigen die aanwezig waren bij de voertuigcontrole en de politiestukken. Zaichenko wordt veroordeeld tot zes maanden voorwaardelijke gevangenisstraf. In hoger beroep maken Zaichenko en zijn advocaat bezwaar tegen het in eerste aanleg gehanteerde bewijs en tegen het gebrek aan informatie over het privilege om zichzelf niet te incrimineren. Het vonnis wordt desalniettemin bekrachtigd.

EHRM

De klacht die door Zaichenko bij het EHRM is ingediend, handelt (i) over het feit dat hij tijdens het vraaggesprek met de agent een misdrijf heeft toegegeven zonder rechtsbijstand en zonder kennis van het privilege om zichzelf niet te belasten en (ii) over het gebrek aan tijd om een raadsman te raadplegen uit een andere stad dan de vestigingsplaats van het politiebureau alwaar wel advo-

caten zouden zijn gevestigd. Maar het EHRM neemt Zaichenko's klacht te baat om Zaichenko's gebrek aan rechtsbijstand in het vooronderzoek en de afgifte van zijn (deels) belastende verklaring zonder rechtsbijstand te onderzoeken.

Het EHRM geeft hierover aan dat het uitblijven van rechtsbijstand kan worden onderzocht, omdat de Russische regering niet heeft bepleit dat de nationale rechtsmiddelen op dit punt niet zijn uitgeput. Het Hof beoordeelt zo echter wel een klacht waarover de klager zich niet eerder bij de appelrechter noch expliciet bij het EHRM heeft beklagd. Dat blijkt vooral omdat het EHRM ten aanzien van de eerste beoordeling, ten aanzien van het gebrek aan rechtsbijstand van Zaichenko in het vooronderzoek, vermeldt dat het niet voorbij kan gaan aan het standpunt dat de klager zelf inneemt: klager deed vrijwillig afstand van zijn recht op rechtsbijstand bij major K.

Ten aanzien van die eerste vraag, of Zaichenko's gebrek aan rechtsbijstand een schending van artikel 6 lid 3 EVRM oplevert, is allereerst van belang *dat* het EHRM oordeelt dat artikel 6 EVRM van toepassing is op het gesprek tussen de agent en Zaichenko. Het EHRM komt tot dit oordeel omdat het meent dat Zaichenko op dat moment 'substantieel is beïnvloed' door de 'charge'.

Voor de meer specifieke vraag over de mogelijkheid van een eventuele schending van artikel 6 (3) (c) EVRM onderscheidt het EHRM de onderhavige zaak van soortgelijke zaken over een gebrek aan rechtsbijstand in het vooronderzoek, omdat Zaichenko niet 'formeel is gearresteerd' noch 'is verhoord in politie-

bewaring'. De voertuigcontrole op straat en Zaichenko's zelfincriminerende opmerkingen vinden publiekelijk en in het bijzijn van twee politiegetuigen plaats. Dat de voltooiing en ondertekening van de 'uitleg' in het politiebureau plaatsvindt, doet aan dit karakter niet af omdat dit plaatsheeft in een 'direct sequence of events'. Daarbij komt dat het Hof concludeert dat op Zaichenko's 'freedom of action' geen 'significante' inbreuk is gepleegd. Hoewel een 'significante' inbreuk in beginsel vereist dat rechtsbijstand in deze fase wordt verleend, zo voegt het EHRM toe, heeft in deze zaak Zaichenko, ondanks het feit dat hij niet vrij was om te gaan, enkel te verduren gehad dat een politieagent stukken opmaakt en Zaichenko's antwoord in ontvangst neemt. Bovendien wordt Zaichenko, nadat hij is gesommeerd door major K., onmiddellijk geïnformeerd over zijn recht op rechtsbijstand. Zaichenko, die in niets is weerhouden van een consult van een raadsman voor de ontvangst van de brief van deze major K., doet, terwijl hij op de hoogte is gebracht van de aanklacht jegens hem, vrijwillig afstand van zijn recht op rechtsbijstand. Daarom is artikel 6 (3) (c) EVRM niet geschonden.

Ten aanzien van het privilege om zichzelf niet te belasten en het zwijgrecht constateert het Hof dat voor afgifte van Zaichenko's eerste verklaring reeds een vermoeden van schuld ter zake van diefstal tegen hem bestaat. Daarom had de politieagent hem *in casu* onmiddellijk de cautie moeten geven. De noodzaak van een cautie is volgens het EHRM ook gevoeld door de agent, die meteen in de 'uitleg' opneemt dat de

klager is gewezen op een wetsartikel waarin het zwijgrecht en het privilege om zichzelf niet te belasten staat. Zaichenko heeft zich, in een tamelijk stressvolle situatie met relatief snel afwisselende gebeurtenissen, uitgesproken zonder dat hij de eventuele gevolgen kan inschatten. Dat doet hij ten minste deels belastend in een vraaggesprek met de agent dat tot zijn vervolging leidt. Bovendien is het EHRM er niet van overtuigd dat Zaichenko, voor of tijdens het ondertekenen van de 'uitleg', vrijwillig afstand heeft gedaan van zijn rechten. Dat Zaichenko later vrijwillig verklaart, doet hieraan niet af, omdat de nationale rechter gewicht toekent aan zijn eerste verklaring. Sterker nog, de schending die het gebruik van die eerste verklaring oplevert, wordt niet hersteld in de nationale rechtsgang. De nationale rechter concludeert immers dat de eerste verklaring van Zaichenko rechtmatig is verkregen en gaat daarmee voorbij aan zijn ter zitting afgelegde, veel gedetailleerdere verklaringen. Volgens het EHRM 'teleurstellend' motiveert de rechtbank niet waarom Zaichenko's bewijsverweren zijn verworpen terwijl het andere bewijs tegen klager 'zwak' is. Dat andere bewijs is het bewijs van de aanklager – die de bewijslast heeft, zo benadrukt het EHRM – dat enkel de conclusie rechtvaardigt *dat* de controle heeft plaatsgevonden en *dat* de jerrycans zijn aangetroffen. De rechtbank verklaart de potentieel ontlastende getuigenverklaringen à décharge onbetrouwbaar en weigert Zaichenko's tankbonnetje. Zo is Zaichenko's eerste verklaring in wezen als het enige bewijs voor zijn veroordeling ge-

bruikt. Daarom is artikel 6 (1) EVRM geschonden.

Commentaar

Het EHRM toont in deze zaak het belang van rechtsbijstand, ook in het geval van een ‘significante’ beperking van de ‘freedom of action’ van een verdachte – zoals het Hof ten overvloede stelt – maar dit arrest levert ook een vraag op. Een redelijk vermoeden van schuld dwingt wel tot de cautie, maar *niet* zonder meer tot ‘toegang tot een advocaat’. Die toegang moet worden gegund als de ‘freedom of action’ van een verdachte ‘significant’ wordt beperkt. Een procedurekenmerk lijkt daarbij te worden benadrukt: zolang de verdachte nog niet officieel wordt vervolgd, hetgeen pas gebeurde nadat major K. de klager sommeerde, is rechtsbijstand nog niet vereist. Maar is dit onderscheid op deze grond wel gerechtvaardigd?

De beantwoording van deze vraag wordt bemoeilijkt door het feit dat in dit arrest onvermeld blijft op grond van welke bevoegdheid (een algemene controlebevoegdheid?) de Russische politie welke vraag (of vragen?) stelt en wat Zaichenko precies antwoordt. Een rechtvaardiging voor de situatie van het vraaggesprek met Zaichenko zou kunnen zijn dat van de politie tijdens een reguliere controle niet kan worden verwacht dat zij altijd voorziet dat een verdachte (deels) belastend zal verklaren. In dat geval kan de politie niet verantwoordelijk worden gehouden voor een verdachte die ‘spontaan’ bekent. Maar als een gericht opsporingsmiddel wordt ingezet en/of de politie vragen stelt die

antwoorden over betrokkenheid bij een strafbaar feit ontlokken, dan gaat deze redenering niet zonder meer op (zie bijvoorbeeld *Plastic Boodschappentasje HR 29 september 1981 DD 82.005 en NJ 1982/258*). In deze zaak valt niet meteen in te zien hoe de vondst van jerrycans in een auto op zichzelf blijk zou kunnen geven van een strafbaar feit. Dat ziet het EHRM ook zo. De ‘context van de voertuigcontrole’ en de onmogelijkheid om een tankbonnetje te overleggen, legt het Hof ten grondslag aan zijn oordeel dat sprake is geweest van een redelijk vermoeden van schuld aan diefstal van diesel. Niet duidelijk is welke context het Hof bedoelt, maar het EHRM is bekend met de omstandigheid dat Zaichenko’s werkgever had verzocht om voertuigcontroles in verband met dieselstelende werknemers. Bovendien vermeldt het EHRM in zijn arrest zelf dat de agent aan werknemer Zaichenko vroeg naar de herkomst van de brandstof in de jerrycans in zijn auto. Tot slot was het Hof ook geïnformeerd over de wettelijke basis voor de voertuigcontrole: een onderzoek naar een plaatsdelict. Deze omstandigheden nopen onafhankelijk van elkaar en in samenhang bezien tot de vraag of het EHRM niet had moeten uitzoeken of de agent misschien een belastend antwoord op vragen die direct toezagen op betrokkenheid bij het strafbare feit van diefstal van diesel heeft uitgelokt. Dit is een feitelijk oordeel dat op zich bezwaarlijk zou kunnen zijn. Maar had het EHRM hiertoe niet moeten overgaan nu het ook zozeer op zaaksfeiten ingaat door een redelijk vermoeden van schuld aan dief-

stal van diesel vast te stellen en te oordelen dat het bewijs tegen klager 'zwak' was. Wordt het Hof zogenoemde 'fourth instance court'?

Zo bezien, is in het licht van het nemo tenetur-beginsel verbazingwekkend dat *wel* de cautie moet worden gegeven, maar *niet* 'toegang tot een advocaat'. Het EHRM zou hiermee kunnen aangeven dat er twee gronden zijn om toegang tot een advocaat te vereisen: *of* als een politieverhoor in een verhoorkamer plaatsvindt (*Salduz t. Turkije*), *of* als de verdachte van zijn vrijheid is beroofd (*Dayanan t. Turkije*). Nu *in casu* van beide situaties geen sprake is, hoeft rechtsbijstand niet te worden gegund. Maar waarom dan wel de cautie, dat is toch een waarschuwing in het kader van een verhoor? Of wat rechtvaardigt het verschil tussen een verhoor dat wel en dat niet in een verhoorkamer wordt afgenomen? En waarom zou vrijheidsbeneming een aparte grond zijn voor toegang tot een raadsman onder artikel 6 EVRM, terwijl vrijheidsbeneming is geregeld in artikel 5 EVRM en dit recht, in ieder geval vooralsnog, in de context van politievragen aan een gehechte verdachte wordt uitgelegd (*Dayanan t. Turkije*)?

Dit leidt tot de vraag of niet eerder de doorslag heeft gegeven dat kon worden volstaan met de cautie terwijl (informatie over) het recht op rechtsbijstand onnodig was omdat (i) een verdachte eerder in vrijheid zal verklaren – en dus waarheidsgetrouw – in de openheid van een vraaggesprek op straat dan in de beslotenheid van een verhoorkamer

en/of (ii) dat de opsporing te zeer wordt bemoeilijkt als voor iedere politievraag de verdachte naar een verhoorkamer moet worden geleid. Nog afgezien van de vraag of empirisch kan worden onderbouwd dat een verklaring op straat eerder waarheidsgetrouw zal zijn dan een verklaring die een (gehechte) verdachte in de verhoorkamer aflegt, hetgeen mij moeilijk lijkt, dienen beide alternatieven eerder een opsporingsbelang dan rechtsbescherming van de verdachte. Beide alternatieven – die overigens niet gelijkwaardig worden voorgesteld omdat het EHRM niet *of* waarheidsvinding *of* een opsporingsbelang in gedachte zal hebben gehad – lijken vooral dienend aan de opsporing. Ze voeren eerder terug op een meer normatieve vraag: *kan* de verdachte voldoende worden geïnformeerd van het privilege om zichzelf niet te belasten en het zwijgrecht middels een cautie door de autoriteiten of is hiervoor een raadsman nodig? Een raadsman kan op dit eerste, vaak doorslaggevende moment van het onderzoek de benodigde informatie geven over (de werking van) het privilege om zichzelf niet te incrimineren en het zwijgrecht en, indien nodig, over de verdere procedure, terwijl de cautie daarin niet voorziet. Zou daarom niet eerder rechtsbijstand de gevolgtrekking rechtvaardigen dat een verdachte 'op de hoogte is van de mogelijke gevolgen van zijn verklaring' dan een cautie door de autoriteiten? Deels kan de verdachte mogelijk zelf bepalen wat die gevolgen zijn, maar is daarvoor niet juist ook een rol van de raadsman weggelegd?

Vooraf dat laatste is de aanleiding om de vraag te stellen welke rol van de raadsman het EHRM voor ogen staat. Deze vraag over de geëigende rol van de raadsman, waarmee de rechten van de verdachte daadwerkelijk in deze fase kunnen worden gewaarborgd, is altijd al van belang geweest, maar lijkt steeds relevanter te worden. Deze vraag – die overigens losstaat van de vraag of de strafrechtadvocaat ook in alle gevallen kan worden voorondersteld kwalitatief goede rechtsbijstand te hebben verleend – wordt belangrijker nu verschillende EVRM-lidstaten op principiële gronden het *Salduz*-arrest verschillend lijken te interpreteren. Bovendien heeft de vraag aan belang gewonnen omdat de EHRM-jurisprudentie niet langer consistent en coherent lijkt op dit punt. Zo kan met een beroep op de rubriek 2009-3 toch worden afgevraagd of het gerechtvaardigd is om in *Aleksandr Zaichenko t. Rusland* een officiële opening van het strafrechtelijk onderzoek tegen klager te eisen voordat rechtsbijstand moet worden gegund, terwijl in *Dayanan t. Turkije* rechtsbijstand is vereist voor een in bewaringgestelde verdachte die zwijgt op politievragen. Dat geldt ook voor recente uitspraken zoals *Pavlenko t. Rusland* waarin unaniem een schending is geconcludeerd, omdat de gehechte *Pavlenko* onder meer geen effectieve rechtsbijstand van zijn toegevoegde raadsman D. kreeg. Deze verdachte die zijn toegevoegde raadsman D. kennelijk niet vertrouwde en zweeg op politievragen in raadsman D.'s bijzijn, legde bekentenissen af in 'politiegesprekken' (met niet nader bepaalde in-

houd) in afwezigheid van raadsman D. Raadsman D. ondertekende zijn verklaringen mede. Deze schending in het vooronderzoek werd niet hersteld geacht, hoewel klager ter zitting de mogelijkheid had om het bewijs aan te vechten in een *adversaire* procedure. In *Adamkiewicz t. Polen* wordt unaniem een schending geconcludeerd omdat een minderjarige verdachte onder meer, pas na zes weken nadat het proces tegen hem was aangevangen en hij al die tijd al in jeugd-detentie zat, door zijn raadsman wordt geïnformeerd over zijn zwijgrecht. Zijn raadsman had toen al aanhoudend, acht keer wel te verstaan, om een bezoek aan zijn cliënt verzocht en de minderjarige had reeds tijdens een van die verhoren in afwezigheid van zijn raadsman bekend. Niettemin wordt in *Yoldaş t. Turkije* (in een beslissing van vier tegen drie) geen schending aangenomen, omdat de in detentie verblijvende verdachte *Yoldaş* vrijwillig afstand zou hebben gedaan van zijn recht op rechtsbijstand. Maar de drie dissenters redeneren op basis van eerdere jurisprudentie dat niet kan worden geconcludeerd dat een verdachte altijd onder alle omstandigheden afstand kan doen van alle garanties van artikel 6 EVRM en dat verdachte *Yoldaş* zowel in de 'garde à vue' als in de 'détention provisoire' rechtsbijstand had moeten krijgen. Zij citeren uit bovengenoemd arrest *Dayanan t. Turkije* dat de raadsman nodig is voor: '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, le contrôle des conditions

de détention, etcetera.' Nieuwe jurisprudentie zal moeten uitwijzen welke rol van de raadsman het EHRM voorstaat. *Aleksandr Zai-chenko t. Rusland* geeft hier in ieder

geval alle redenen toe.

JCV

Jill Coster van Voorhout, Leonie van Lent en Joep Lindeman