

Legitieme horizontale strafvordering en het verhoor als dwangcommunicatie. Over het strafprocesrechtelijke vrijheidsbegrip en participatie in het licht van de Salduzrechtspraak

Colette, Maarten

Published in:
Nullum Crimen

Publication date:
2019

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Colette, M. (2019). Legitieme horizontale strafvordering en het verhoor als dwangcommunicatie. Over het strafprocesrechtelijke vrijheidsbegrip en participatie in het licht van de Salduzrechtspraak. *Nullum Crimen*, 14(3), 211-233.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Legitieme horizontale strafvordering en het verhoor als dwangcommunicatie.

Over het strafprocesrechtelijke vrijheidsbegrip en participatie in het licht van de Salduzrechtspraak

Maarten Colette

Assistent vakgroep Interdisciplinaire Studies van het Recht van de VUB

Dit artikel vertrekt van de vaststelling dat de internrechtelijke regeling rond het verhoor geen passende uitdrukking lijkt te vinden voor de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over het begrip 'verhoor' en over het aandeel van de verdachte in datzelfde verhoor. Vastgesteld wordt dat deze regeling geen raad weet met de twee rechtsgrondslagen van de Salduzrechtspraak, te weten het nemo tenetur-beginsel enerzijds en de participatieve inbreng van de verdachte in het verhoor anderzijds. Met name de instrumentele functie van het verhoor – de waarheidsvinding – lijkt geen plaats te bieden voor deze twee rechtsgrondslagen. In deze bijdrage verdedigen we de stelling dat we deze instrumentele functie niet moeten opgeven, op voorwaarde dat we het verhoor begrijpen als een rechtsbetrekking die de communicatieve rede van de verdachte oproept. Het verhoor als een vorm van dwangcommunicatie is dan niet langer acceptabel.

I. Inzet van het debat

1. Al sinds het prille begin van de jaren zeventig van de voorbije eeuw houden belangrijke auteurs voor dat we een strafprocedure met diverse waarden *kunnen* (en daarom *moeten*) omgorden en met verscheiden kwalificaties toedelen.¹ Door onze blik te verbreden tot het verscheiden karakter van *civil law* en *common law*-systemen² worden belangrijke aspecten daarvan beter zichtbaar. Immers, op deze manier treden klassieke typologieën voor het voetlicht die gebaseerd zijn op de tegenstelling tussen *inquisitoire* en *accusatoire* strafprocedures.

Zulke verruiming van het blikveld houdt eveneens in dat wanneer de wetgever *accusatoire* elementen in een *inquisitoire* strafprocedure inbrengt, de discussie over de innerlijke

samenhang van het strafprocesrecht weer in alle hevigheid oplaat: juristen laten dan hun spieren rollen en drijven de academische productie op. De rechtswetenschap zal in zulke woelige tijden, waarin de betekenis en de legitimiteit van een rechtscultuur aan allerlei singuliere ingrediënten overgeleverd lijken, stenen in de vijver werpen, ongewis over de koers van de kringen.

Het euvel waaraan een dergelijke vorm van gegeneraliseerd wantrouwen ten prooi valt, is dat zij in bredere zin duidt op de overtuiging dat een strafprocedure er niet (langer) in slaagt om zich aan haar doeleinden te binden: smokkelt men méér participatie in de strafprocedure binnen, dan verandert daarmee ook onze interpretatie van waarheid en waarheidsvinding.³ Mede om die reden kunnen verschillende auteurs, zoals we zullen zien, evenmin recht doen aan de agenda van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna:

¹ Men leze M. DAMASKA, "Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure. A comparative study", *University of Pennsylvania Law Review* 1972-73, 506-589. Zie verder *infra*, randnummers 26-27.

² T. VANDER BEKEN, "De ziel en het doel van de Belgische strafrechtsbedeling. Reflecties naar aanleiding van *Salduz* en de verruimde minnelijke schikking" in P. PONSAAERS e.a. (eds.), *Vernieuwing in de opsporing in Cahiers Politiestudies*, Antwerpen, Maklu, 2013, 251-261.

³ Paradigmatisch in dit verband is de paneldiscussie op 25-26 februari 1988 in Nederland, over de bijstand door een advocaat bij het politieverhoor: "Volgens de bedoelde meerderheid zou toelating van de advocaat tot het politieke verdachtenverhoor aan het belang van de waarheidsvinding te veel afbreuk doen". Men leze "De discussies in de werkgroepen" in C. FIJNAUT en G. BLONK, *De advocaat bij het politieverhoor*, Arnhem, Gouda Quint, 1988, 127.



EHRM) over het recht op bijstand door een advocaat bij het verhoor, aan de omschrijving van het begrip ‘verhoor’ in dit verband en aan het corresponderende (participatieve) aandeel van de verdachte in datzelfde verhoor.

Zoals welbekend, leeft de internrechtelijke belangstelling voor het begrip ‘verhoor’ en voor de participatie van de verdachte in dat verhoor sinds het arrest *Salduz tegen Turkije* van het EHRM van 27 november 2008 weer op.⁴ De met gebruikmaking van dit arrest in België in het leven geroepen strafprocesvorm is volgens sommigen nog slechts in schijn inquisitoir, en de vertrouwde voorwaarden voor deelname van de partijen aan het verhoor hebben in grote lijnen aan legitimiteit en betekenis ingeboet.⁵ Immers, hebben we eenmaal aangenomen dat de hoofdlijn van de participatieve inbreng van de verdachte na *Salduz* van de terechtzitting op het onderzoek overgeheveld werd, dan moeten we ook aannemen dat het tijdens deze fase is dat het debat moet worden gevoerd en de legitimiteit van het strafprocesrecht moet worden gezocht.⁶

Omdat *Salduz* deze participatie in het verhoor als rechtsgrondslag van legitimiteit van het strafprocesrecht zo voor het voetlicht brengt, stelde het Hof van Cassatie zich de voorbije jaren bij voortdurend tot doel om het ‘verhoor’ te omschrijven. Deze verandering van “ambachtelijke bezigheid” en van zaak van persoonlijke kunde of onkunde⁷, op een begrip dat in ‘formele’ zin zou moeten worden aange-merkt, beantwoordt aan een latente verwachting en aan wat aangevoeld wordt als een eis die het EHRM aan de lidstaten bij het Verdrag stelt.⁸ Toch leveren de prestaties van het Hof van Cassatie onder rechtsgeleerden een verdeeld beeld op.⁹

De Salduzrechtspraak houdt het beeld van het verhoor als “spil van het strafproces”¹⁰ en als “ruggengraat van het

gerechtelijk dossier”¹¹ immers gaande, terwijl de nationale rechter ons op dit punt vaak in verwarring brengt. Evenmin kunnen we te buiten gaan aan het feit dat noch de Salduzwet van 13 augustus 2011 noch de Salduzpluswet van 21 november 2016 een lans breekt voor een heldere omschrijving van het begrip ‘verhoor’¹², een betekenisstrijd die zich aldus wel onder de pen van de juridische doctrine moet voltrekken.

Deze betekenisstrijd verraadt echter vooral een veelheid aan concurrerende betekenissen. De verschillende auteurs die het begrip gebruiken, koesteren onderling uiteenlopende opvattingen over de juiste inzet van het begrip, over de met een verhoor beoogde uitkomsten en over de waarden die het verhoor om die reden verondersteld wordt te beschermen. De meest dominante omschrijving, die we ook in de parlementaire stukken bij de Salduzwet aantreffen, is die van GOOSSENS: het verhoor is, schrijft hij, “een vorm van *dwangcommunicatie*, waarbij het initiatief en de leiding ligt bij een ter zake bevoegde ondervrager”. Het verhoor is voorts “zaakgericht” en de ondervrager stelt zich tot doel “bewijselementen te verzamelen”.¹³

2. Het is de aanvaardbaarheid van deze omschrijving waar het ons om te doen is en die we in dit artikel ter discussie willen stellen. Met gebruikmaking van de Salduzrechtspraak willen wij een ander verhaal vertellen aangaande de plaats van de verdachte in het verhoor, en daarom omtrent de corresponderende omschrijving van het begrip ‘verhoor’. Uitgangspunt in dit verband is de vaststelling dat het Hof met *Salduz* de communicatieve rede van de verdachte tijdens het verhoor oproept. De verdachte wordt door het EHRM begrepen als een moreel subject dat justitie op de handhaving van zijn rechten, daarin begrepen zijn participatieve inbreng tijdens het verhoor, *kan aanspreken*. Tegelijk wordt de verdachte ook op zijn verantwoordelijkheid als burger *aangesproken*.

In dit artikel omschrijven we het verhoor daarom allereerst als een vorm van (a) *geweldloze communicatie*. Met deze term ‘geweldloze communicatie’ geven we te denken dat de

DUKER en L. STEVENS (eds.), *Politie in beeld. Liber amicorum Jan Naeyé*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2009, 77-103.

¹¹ Men leze J. VERMASSEN, “Verhoren: de ruggengraat van het gerechtsdossier” in S. VAN ELCHINGEN (ed.), *Het politieverhoor*, Kessel-Lo, Centrum voor Politiestudies, 1999, 87-101.

¹² Tijdens de parlementaire voorbereidingen op de Salduzwet kwam het begrip “verhoor” wel degelijk ter sprake. Hoewel de Kamer van Volksvertegenwoordigers het kwestieuze amendement verwierp, zal men er de suggestie aantreffen om de toelichting bij het amendement als leidraad bij de interpretatie van de wet te gebruiken, wat een opmerkelijk zwakke bod mag heten met dubieuze democratische legitimiteit. Men leze hierover P. DE HERT, T. DECAIGNY en M. COLETTE, *De wet consultatie- en bijstandsrecht (Salduz-wet)* in *Nieuwe Wetgeving Parlementaire Voorbereidingen*, Mechelen, Kluwer, 2011, 743-753 en T. DECAIGNY, M. COLETTE en P. DE HERT, “Wet consultatie- en bijstandsrecht. Wet van 13 augustus 2011 als antwoord op Salduz-rechtspraak”, *NjW* 2011, 523.

¹³ F. GOOSSENS, *Politiebevoegdheden en mensenrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 415-416 (onze cursivering), met inbegrip van de andere elementen die deze auteur ook tot het “verhoor” rekent, te weten het proces-verbaal en de ondertekening ervan.

⁴ K. VAN CAUWENBERGHE, “Waarheen met een fair trial in België?”, *T.Strafr.* 2009, 197-201.

⁵ Y. LIÉGEOIS, “De onvermijdelijke evolutie van het strafprocesrecht” in F. DERUYCK e.a. (eds.), *De wet voorbij. Liber amicorum Luc Huybrechts*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 221-257.

⁶ T. VANDER BEKEN, “De ziel en het doel van de Belgische strafrechtsbedeling. Reflecties naar aanleiding van *Salduz* en de verruimde minnelijke schikking” in P. PONSAAERS e.a. (eds.), *Vernieuwing in de opsporing in Cahiers Politiestudies*, Antwerpen, Maklu, 2013, 258.

⁷ Men leze hierover F. HUTSEBAUT, “Het politionele verhoor (her)ontdekt...”, *Vigiles* 2000, nr. 3, 73-75.

⁸ J. MEESE en P. TERSAGO, “Het recht voor elkeen die wordt verhoord op consultatie van en bijstand door een advocaat na de “Salduz-wet” van 13 augustus 2011”, *RW* 2011-12, 936.

⁹ Men leze M. COLETTE, “Het begrip ‘verhoor’ en het zwijgen” (noot onder Cass. 14 maart 2017), *NC* 2017, 555-562 enerzijds, en E. WAUTERS en F. GOOSSENS, “Het Hof van Cassatie als definiëerder van het begrip ‘verhoor’: een korte beschouwing” (noot onder Cass. 18 september 2018), *P&R* 2018, afl. 4, 178-179 anderzijds. Zie ook M. COLETTE, “Grenzen aan de aanspreekbaarheid van een verdachte? Drie bezwaren tegen vragenlijsten, in het licht van de twee rechtsgrondslagen van de Salduzrechtspraak”, *P&R* 2019, te verschijnen.

¹⁰ M.J.A. DUKER en L. STEVENS, “Het politieel verdachtenverhoor: meer aandacht gewenst voor de totstandkoming van een betrouwbare verdachtenverklaring” in M.J. BORGERS, M.J.A.



verticale, asymmetrische structuur van het verhoor ingevolge *Salduz* sterk gerelativeerd dient te worden: het verhoor *behoort* een horizontale rechtsbetrekking te zijn waarin de communicatieve rede van de verdachte opgeroepen wordt. Ten tweede stellen we vast dat met het verhoor naar Belgisch recht een inquisitoir doel wordt beoogd, te weten de waarheidsvinding. Deze doelstelling is ingevolge de *Salduz* rechtspraak *niet* aan herinterpretatie toe. Integendeel, we houden vol dat het oproepen van voornoemde communicatieve rede van de verdachte geen achteruitgang op dit vlak inhoudt. Wel menen wij dat we de *Salduz* rechtspraak, en daarom het verhoor naar Belgisch recht, slechts ten volle kunnen begrijpen als we (geweldloze) communicatie zien als (b) een *in het verhoor besloten strafrechtelijk doel*. Oftewel: benevens het instrumentele doel van het verhoor wordt communicatie als een tweede, in het verhoor begrepen doel voortgehouden.

Om deze stelling rechtsgrondslagentheoretisch te onderbouwen, wordt het strafrecht te buiten getreden en worden in een eerste fase van dit artikel twee vindplaatsen van de vrijheid en twee corresponderende versies van staatsmacht beschreven (§ 2). Op de eerste plaats gaat het hierbij om het *liberalisme*. De vrijheid die dit wereldbeeld oproept, is de negatieve vrijheid, de vrijheid om zich (slechts) van het eigen handelen rekenschap te geven. Hiermee correspondeert het beeld van de moderne rechtsstaat waarin het geweldmonopolie een belangrijke plaats inneemt. Deze rechtsstaat moet dan, op haar beurt, het individu in bescherming nemen tegen die staatsmacht. Op de tweede plaats gaat het om het *communitarisme*.¹⁴ Onder deze denkstroming worden burgers begrepen als handelende individuen met een participatieve inbreng in de macht. Het (rechts)statelijke geweldmonopolie wordt van die participatie in mindering gebracht.¹⁵

In een tweede fase (§ 3) passen we deze twee vindplaatsen over de *Salduz* rechtspraak toe. We stellen met name vast dat deze rechtspraak tot twee rechtsgrondslagen kan worden herleid, te weten het *nemo tenetur*-beginsel enerzijds en de participatieve inbreng van de verdachte anderzijds. De concrete toepassing van deze twee rechtsgrondslagen roept evenwel spanningen en redenen tot bezorgdheid op, een toepassing die om deze reden node aanvulling behoeft om de verdachte als participant in het verhoor, begiftigd met een communicatieve rede, te kunnen begrijpen.

Onder de navolgende sectie (§ 4) komen we tot de kern van ons verhaal. Hier trachten we aannemelijk te maken dat we de instrumentele functie van het verhoor (de waarheids-

vinding) niet moeten opgeven als we de verdachte als burger, met een werkelijk participatieve inbreng in het verhoor, willen begrijpen. Om dit te doen, wordt kort het door de Duitse socioloog HABERMAS opgeworpen onderscheid tussen ‘communicatief’ en ‘strategisch’ handelen onder de aandacht gebracht. Vervolgens wordt dit onderscheid getoetst aan het door FOUQUÉ en ’T HART in dit verband aan de orde gestelde probleem van instrumentalisme. Deze hoofdlijnen passen we vervolgens toe over de omschrijving van het begrip ‘verhoor’ naar Belgisch recht.

Deze gedachtegang sluiten we af met een conclusie (§ 5), waarin een werkdefinitie van het ‘verhoor’ wordt voorgesteld die in het teken staat van een relationele rechtsopvatting die – in de geest van de *Salduz* rechtspraak – de verdachte tracht te begrijpen als handelend individu met een participatieve inbreng in het verhoor.

De tweede paragraaf wordt voorafgegaan door een voorafgaandelijke opmerking over de reden(en) waarom strafrechtjuristen er goed aan doen om het kwestieuze onderdeel van dit artikel te lezen. Voorafgaandelijk aan de navolgende paragrafen wordt de Belgische regeling in kaart gebracht alsmede de theoretische en normatieve stellingnames waaruit deze regeling voortspuit.

II. Twee denkstromen en vrijheid als betwist concept

3. In onderhavige paragraaf brengen we twee denkstromen onder de aandacht die, naar later zal blijken, een herbezinning op het begrip ‘verhoor’ verantwoorden. Achtereenvolgens komen we te spreken over (b) de vrijheid als een betwist concept, (c) het liberalisme en het daarin begrepen aandeel van individuele rechtsbescherming en het verticaal organiseren van staatsmacht, en (d) het communitarisme, dat deze eerste denkstroming voorstelt als onmondig ten overstaan van het democratische gehalte van de (straf)procedure. Deze rechtstheoretische denkstromingen worden onder een derde paragraaf tot een synthese gebracht en toegepast over de *Salduz* rechtspraak.

1. Waarom strafrechtjuristen deze paragraaf moeten lezen

4. In de *Salduz* rechtspraak van de voorbije tien jaar treffen we twee opvattingen van de vrijheid aan om uitdrukking te geven aan de normatieve onderbouw van het recht op bijstand door een advocaat. Letterlijk verkent het EHRM twee wegen om tot dit bijstandsrecht te komen: het *nemo tenetur*-beginsel enerzijds en de participatieve inbreng van de verdachte in het verhoor anderzijds. Het is goed om te beseffen dat deze twee rechtsgrondslagen geplaatst kunnen en moeten worden in een breder begrip van de vrijheid. Immers, het begrip ‘vrijheid’ roept vragen op over de wijze waarop overheden hun burgers (met gebruikmaking van het strafrecht) tot deze vrijheid kunnen brengen en of zij dat überhaupt wel moeten doen. Met de twee rechtsgrondslagen van de *Salduz* rechtspraak correspon-

¹⁴ In de ideeëngeschiedenis van het recht wordt “republicanisme” soms als synoniem voor het communitarisme gebruikt. Voor de doeleinden die het begrip in het kader van dit artikel dient, is dit onderscheid van alle belang ontbloeit. Men leze hierover onder andere M.J. SANDEL, “De procedurele republiek en het ongebonden zelf” in B. VAN DEN BRINK en W. VAN REIJEN (eds.), *Het recht van de moraal. Liberalisme en communitarisme in de politieke filosofie*, Bussum, Coutinho, 1994, 24-39.

¹⁵ T. KANSIL, “Macht ingetoomd. Over democratische politie en staatsmacht” in M. DE WAELE, B. VAN STOKKOM, T. KANSIL en H. BERKMOES (eds.), *Democratische politie in Cahiers Politie studies*, Antwerpen, Maklu, 2014, 21-32.



deren daarom twee varianten van de vrijheid: de ‘negatieve’ vrijheid enerzijds en de ‘positieve’ vrijheid anderzijds. Later zullen we nog zien dat de toepassing van die twee varianten over de twee rechtsgrondslagen van de Salduzrechtspraak spanningen oproept in de rechtspraak van het EHRM¹⁶ en dat de wetgever naar Belgisch recht een duidelijke voorkeur voor de eerste variant van vrijheid koestert. Ook zullen we aannemelijk maken dat de op heden dominante omschrijving – naar Belgisch recht – van het begrip ‘verhoor’ mede gestuurd wordt door deze eerste variant, en plaatsen we onze eigen interpretatie van de Salduzrechtspraak – die onzes inziens recht doet aan de twee opvattingen van vrijheid en de twee rechtsgrondslagen van deze Salduzrechtspraak – hier tegenover. Door onder deze paragraaf een stap terug te zetten en onze blik te verbreden tot de rechtstheoretische onderbouw van het bijstandsrecht kunnen we volhouden dat het begrip van de vrijheid in het straf(proces)recht subtiel *verengd* kan worden met gebruikmaking van slechts één van beide varianten van de vrijheid, maar andersom ook *verruimd* kan worden wanneer de belofte van een dubbele legitimatie van de vrijheid wordt ingelost.

2. De vrijheid als betwist concept

5. Onze tijd wordt gekenmerkt door een “geeuwhonger naar vrijheid”.¹⁷ Daarmee geven diverse schrijvers te denken dat achter datgene wat heden ten dage als evident gepropageerd wordt en als een begrip dat nauwelijks nog nadere uitleg behoeft, steeds een waardenhiërarchie schuilgaat die van aard is om het recht – met inbegrip van de strafprocedure – met legitimeringsgrondslagen te bedenken die burgers, in het beste geval, acceptabel vinden.¹⁸ Onduidelijk is wat psychoanalytici bedoelen, bijvoorbeeld, waar ze voorhouden dat fundamentalisten als “een vrije mens” tegenover de wereld staan.¹⁹ Ook in de Salduzrechtspraak treffen we deze behoefte aan het overwinnen van het heterogene karakter van dit begrip aan, als het Hof in een zaak van fundamentalisme de al aangehaalde participatieve inbreng van de verdachte in het verhoor loochent maar wel voluit de kaart van het *nemo tenetur*-beginsel en van het zwijgrecht trekt.²⁰

¹⁶ In de *joint concurring opinion* van rechters Yudkivska, Vucinic, Turkovic en Hüseyinov bij EHRM 9 november 2018, *Beuze/België*, wordt deze binding van het bijstandsrecht aan het begrip “vrijheid” voorbeeldig tot uiting gebracht, met gebruikmaking van de twee aan deze opinie voorafgaande – en door deze rechters gekozen – openingscitaten.

¹⁷ T. BAKKER en R. BROUWER, “Vrijheid als nieuwe religie” in T. BAKKER en R. BROUWER (eds.), *Vrijheid. Maar voor wie?*, Utrecht, IJzer, 2012, 13.

¹⁸ Men leze M. VAN HOECKE, “De legitimatie van het recht in een democratische samenleving” in M. ADAMS en P. POPELIER (eds.), *Recht en democratie. De democratische verbeelding in het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 65-66.

¹⁹ Men leze dienaangaande “Vrijheid is niet datgene wat je doet in de Albert Heijn” (interview met Marc De Kesel), *De Tijd* 20 juli 2018, 40.

²⁰ EHRM 13 september 2016, *Ibrahim en anderen/Verenigd Koninkrijk*, Appl. Nrs. 50541/08, 50571/08 en 40351/09, *T.Strafr.*

Op die wijze wordt de sturende vruchtbaarheid van de controversie die we tot het begrip ‘vrijheid’ rekenen, tot één betekenis verengd. Het past aldus beter om het begrip tot de categorie van noodzakelijk open en onbepaalde begrippen te rekenen. Een concept als ‘vrijheid’ hangt af van het wereldbeeld dat men koestert, en wereldbeelden hebben vaak een zelfstandige, moeilijk te controleren of te sturen dynamiek. Het ligt, met andere woorden, niet in de lijn van de rede om precies te willen aanduiden wat de aanhang van een wereldbeeld bindt. Immers, men gebruikt vaak dezelfde concepten als aanhangers van andere wereldbeelden. Op de koop toe is men het onder de aanhangers van eenzelfde wereldbeeld dikwijls onderling oneens over de precieze invulling van zulke eigenstandige concepten.²¹

In *Two Concepts of Liberty*, een stilistische parel die de Engelse filosoof Isaiah BERLIN in 1958 schreef, beginnen we de gespannen verhouding te ontwaren tussen twee opvattingen van vrijheid die denkers van alle tijden gaande hield. Het gaat om twee denkstromen, die elk weer gedachten voortbrengen en maatstaven oproepen over wat het (straf) recht behoort te zijn.²² Een eerste vorm waaronder die vrijheid verschijnt, is de *negatieve vrijheid*. Sinds de moderniteit houden denkers vol dat samenlevingen nooit een uitsluitend op gemeenschappelijkheid georiënteerde vrijheid hebben gekend. De negatieve vrijheid, schrijft BERLIN daarom, “*is de mate waarin geen mens of instantie van mensen zich met mijn handelen bemoeit*”.²³ Onvrijheid correspondeert dan met die mate waarin burgers door derden (daarin begrepen de Staat) in deze individuele vrijheid worden gehinderd. Zakt deze onvrijheid onder een zeker peil, dan “*kan ik worden beschreven als iemand die aan dwang blootstaat*”.²⁴

De tegenhanger van deze individuele vrijheid is de *positieve vrijheid*. Een persoon heet pas werkelijk ‘vrij’ te zijn wanneer hij heer en meester is over zichzelf, wanneer hij zichzelf begrijpt als een handelend individu met een participatieve inbreng: “*Ik wil het instrument zijn van mijn eigen, niet van andermans wilshandelingen. Ik wil een subject zijn, geen object; ik wil worden bewogen door redenen, door bewuste bedoelingen die van mij zijn en niet door oorzaken die mij als het ware van buitenaf overvallen*”.²⁵

Problemen overvallen ons als we deze twee vrijheidsopvattingen doordenken in het recht. De negatieve vrijheid is

2016, 423-424 (weergave I. GALLALA, K. KEYAERTS en W. MICHELIS), *RW* 2017-2018, 837-839 (weergave J. MEESE). Zie ook *infra*, randnummer 14.

²¹ Hierover P. STOUTHUYSEN, “Op de tweesprong van liberale tradities. Benjamin Constant over vrijheid en zelfontplooiing” in P. DE HERT, A. KINNEGING en M. COLETTE (eds.), *Benjamin Constant. Ontdekker van de moderne vrijheid*, Antwerpen, Pelckmans, 2015, 44-45.

²² Men leze hierover, toegepast over het strafrecht, onder andere A. VERBRUGGE, “‘Zinloos’ geweld. Misdaad en straf in een tijd van cultuurverlies” in *Ibid.*, *Tijd van onbehagen. Filosofische essays over een cultuur op drift*, Amsterdam, Sun, 2004, 11-41.

²³ I. BERLIN, *Twee opvattingen van vrijheid*, Amsterdam, Boom, 2010, 12.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*, 25.



een ontwikkeling die wijst op een uitbreiding van vrijheden die kan leiden tot onaanspreekbaarheid, tot kinderlijke zorgeloosheid, het uit de weg gaan van binding met onze omgeving en het weigeren rekenschap af te leggen.²⁶ Ook wordt vaak vergeten dat het het recht is dat ons deze vrijheden toedeelt. Daarom zal eenieder moeten erkennen, schrijft BERLIN, dat “*mensen op grote schaal wederzijds afhankelijk zijn van elkaar en niemand handelen zo volstrekt persoonlijk is, dat het geen enkele invloed zal hebben op het leven van anderen*”.²⁷

Uiteindelijk komen we dus te weten dat deze binding van vrijheid aan het recht onder de twee varianten van vrijheid een genuanceerd beeld oplevert. Toch moet dit beeld niet afleiden. In de decennia na het verschijnen van *Two Concepts of Liberty* zouden de concepten van negatieve en positieve vrijheid steeds verder van elkaar afdrijven. Ook de verhouding van burgers tot het recht zou met dat afdrijven mee evolueren. De stromen die deze evolutie stuurden, zijn het liberalisme enerzijds en het communitarisme anderzijds.

3. Liberalisme en het verticaal organiseren van staatsmacht

6. De hoofdlijn van het liberalisme is de vrijheid.²⁸ Daarmee is evenwel, zoals we hebben gezien, het debat slechts in grote lijnen bereflecteerd, want in *Two Concepts of Liberty* legt BERLIN de vinger op de zere wonde: het begrip ‘vrijheid’ valt zelf aan innerlijke tegenstrijdigheden ten prooi, en we komen er niet uit als we geen helder overzicht proberen te verkrijgen over datgene waarover we het hebben als we het over ‘vrijheid’ hebben.

Van belang is daarom allereerst te beseffen dat het liberale regime van de vrijheid ertoe neigt burgers te beschouwen als geïsoleerde entiteiten die ‘atomistisch’²⁹ opgevat worden, zich in een betrekkelijk los verband tot enige vorm van gemeenschap verhouden, en voor wie de vrijheid vooral een weefsel van individuele rechten representeert. Deze vrijheidsrechten, die teruggaan op het *mens zijn zelf* en die (in principe) niet toegedeeld worden, kunnen dan de binding van burgers aan de rechtsorde verklaren.³⁰ De uitwerking van deze vorm van burgerschap als *individuele vrijheid* wordt door vele auteurs aan de ‘Verlichting’ toegerekend. Zij vormt een breuk met de

Oudheid, waarin de burger als participatief gemeenschapswezen centraal staat³¹, ook in het strafrecht.³²

Omdat de opvatting van burgerschap onder impuls van het liberalisme een nieuw gelaat verkrijgt en die toedeling van individuele rechten in de tijd herhaald kan worden, worden nieuwe antwoorden gezocht op de aloude vraag hoe het individu zich verhoudt tot de samenleving waar hij deel aan heeft. Een veelgebruikt model om dat te doen is het ‘sociaal contract’. Onder het contract staan burgers in een verticale oriëntatie tot de Staat, die hen rechten toedeelt en die op de handhaving van zulke rechten toeziet door middel van het geweldmonopolie. KANSIL schrijft hierover dat, onder het liberalisme, “*geweld het wezenlijke kenmerk is van de macht*”.³³

In de juridische sfeer leidt deze toedeling van individuele vrijheid daarom tot de toedeling van *individuele rechten*, en later van *universele mensenrechten*.³⁴ Deze sfeervorming houdt op zijn beurt verband met de ontduubeling van recht en moraal: de legitimiteit van het recht wordt gezocht in rechtsprocedures en in de rechtsgelijkheid van de adressanten.³⁵ Deze ‘waarborgfunctie’ van het recht komt bovenal tot uitdrukking in het feit dat de Staat fundamentele rechten en vrijheden in acht neemt, waaronder die besloten in het mensenrechtenrecht.³⁶ De sturende hoeksteen van het moderne (liberale) rechtsbestel, daarin begrepen de strafprocedure, is de rechtsstaat.³⁷

²⁶ M. TERPSTRA, *Onenigheid en gemeenschap. Basisboek politieke filosofie*, Amsterdam, Boom, 2012, 179.

²⁷ I. BERLIN, *Twee opvattingen van vrijheid*, Amsterdam, Boom, 2010, 15. Zie hierover eveneens S. GUTWIRTH, “Gelukkig zijn de commons terug!” in P. DE HERT en F. DHONDT (eds.), *Liber amicorum Jef Van Bellingen. Bewogen door maatschappelijke ontwikkelingen*, Brussel, ASP, 2017, 79-90.

²⁸ P. STOUTHUYSEN, *Vrijheid voorop. Een kennismaking met het liberalisme*, Gent, Liberaal Archief, 2016.

²⁹ Men leze C. TAYLOR, “Atomism” in *ibid.*, *Philosophy and the human sciences. Philosophical Papers 2*, Cambridge, CUP, 1985, 187-210.

³⁰ M. VAN HOECKE, “De legitimatie van het recht in een democratische samenleving” in M. ADAMS en P. POPELIER (eds.), *Recht en democratie. De democratische verbeelding in het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 77-82.

³¹ A. KINNEGING, “Montesquieu en de Verlichting: van tweeën één” in A. KINNEGING, P. DE HERT en M. COLETTE (eds.), *Montesquieu. Enigmatisch observateur*, Antwerpen, Vrijdag, 2016, 13-39.

³² Men leze A.W.M. MOOIJ, “Postmodernisme en gemeenschapsdenken in het strafrecht” in M. MOERINGS, C.M. PELSER en C.H. BRANTS (eds.), *Morele kwesties in het strafrecht*, Deventer, Gouda Quint, 1999, 3-10.

³³ T. KANSIL, “Macht ingetoomd. Over democratische politiek en staatsmacht” in M. DE WAELE, B. VAN STOKKOM, T. KANSIL en H. BERKMOES (eds.), *Democratische politiek in Cahiers Politie studies*, Antwerpen, Maklu, 2014, 22.

³⁴ B. RAYMAEKERS, “Het sociale contractmodel” in E. BRUGMANS (ed.), *Filosofie van de mensenrechten*, Nijmegen, WLP, 2009, 17-23.

³⁵ Hierover J.-P. WILS, “Politiek en moraal” in M. TERPSTRA (ed.), *Onenigheid en gemeenschap. Basisboek politieke filosofie*, Amsterdam, Boom, 2012, 336-339.

³⁶ A. KINNEGING, *Geografie van goed en kwaad*, Houten, Het Spectrum, 2005, 260-261. Ook Q. SKINNER, “The State” in T. BALL, J. FARR en R. HANSON (eds.), *Political innovation and conceptual change*, Cambridge, CUP, 1995, 90-131.

³⁷ Over het begrip “rechtsstaat”, dat vaak in schimmigheid gehuld wordt, leze men B. COPPIETERS, *Artikelsgewijs. Over beginselen en paradoxen van de rechtsstaat*, Antwerpen, Intersentia, 2016. Op strafvorderlijk vlak laat deze roep om legitimering van het recht door rechtsstatelijkheid zich vertalen naar het schadebeginsel. De democratische legitimering van het (strafproces) recht verliest men dan uit het oog. Zie hierover in deze zin: T.M. SCHALKEN, *Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen. Een ontwikkeling naar evenwicht?* (Oratie Amsterdam), Arnhem, Gouda Quint, 1987, 7-8.



4. Communitarisme en horizontale rechtsbetrekkingen met (en tussen) burgers

7. Het liberalisme van de voorbije twee eeuwen heeft volgens sommige auteurs geleid tot het gaandeweg omarmen van een simplistisch antwoord op wat 'vrijheid' behoort te zijn, en daarom tot de onbereflecteerde toedeling van individuele rechten en vrijheden. Dit levert volgens hen een somber en weinig overdacht beeld op. Immers, op grond daarvan geven burgers hun individuele belangen eigenstandig vorm, door middel van strategische (inter)acties die zij daartoe aangewezenen achten.³⁸ Kennelijk overbodig is dan de vraag hoe burgers op hun verantwoordelijkheid (kunnen) worden aangesproken. Zoals vrijheid volgens het liberalisme geformuleerd is, moet het wel leiden tot de vervaging van traditionele steunberen van een samenleving, zodat communicatie (ook met misdadigers)³⁹ in de vergetelheid raakt.

De meeste auteurs houden daarom vol dat het rechtsstatelijke (liberale) kader steeds weer *in concreto* vormgegeven moet worden in een democratisch rechtsbestel. Het rechtsstatelijke ideaal van individuele vrijheid zal dan slechts als aantrekkelijk voorkomen als het aansluiting vindt bij het democratische ideaal van de burger als een mondige participant (in het strafrecht). In dit verband worden de rechtsstaat en de democratie als elkaars correlaat aangezien, voor de optimale verwezenlijking van elk onder hen tot elkaar veroordeeld.⁴⁰

Precies om deze reden verzet het communitarisme oftewel 'gemeenschapsdenken' zich ten stelligste tegen de

verenging van het recht tot een individuele aangelegenheid.⁴¹ De impliciete vrees is dat met deze gemeenschap ook de vrijheid opgegeven wordt. Het liberalisme wordt dan een feilloos recept voor onvrijheid: *"De idee van de gemeenschap als inzet van maatschappelijke hervorming en als waarborg voor vrijheid (en democratie), wordt gaandeweg losgelaten. (...) De wederkerigheid, kenmerkend voor het liberale denken dat vrijheid in de gemeenschap (staat, democratie) verankerd ziet, wordt losgelaten. Anderen, de staat, overheid en gemeenschap worden beschouwd als een belemmering om tot vrijheid te komen"*.⁴²

Het communitaristische persoons- en gemeenschapsbegrip zijn daarom een ontologisch geheel: de gemeenschap waartoe men behoort of waarvoor men kiest, geeft gestalte aan de vrijheid van het individu. Omgekeerd wordt individuele vrijheid ervaren, begrepen en opgevat in termen van de gemeenschap waar men deel aan heeft.⁴³ Zulks impliceert evenwel dat de verticale oriëntatie van het recht losgelaten wordt en (normatief) vervangen wordt door horizontale handelings- en machtsstructuren, dat de nadruk komt te liggen op verbinding met burgers in de plaats van op het geweldmonopolie, en dat macht tot stand komt op basis van de steun onder de leden van diezelfde gemeenschap.⁴⁴ Het normatieve ideaal dat het communitarisme richting schenkt, is om die reden de democratie.⁴⁵

³⁸ M. VAN HOECKE, "De legitimatie van het recht in een democratische samenleving" in M. ADAMS en P. POPELIER (eds.), *Recht en democratie. De democratische verbeelding in het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 87.

³⁹ Zie M.A.P. BOVENS, "Individuele autonomie en sturing" in M.A.P. BOVENS en W.J. WITTEVEEN (eds.), *Het schip van staat. Beschouwingen over recht, staat en sturing*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1985, 87-110. Sociologen zoals Zygmunt BAUMAN wijzen erop dat zulke ruimere veranderingsprocessen (zoals de consumptie maatschappij en de erosie van de verzorgingsstaat) die in dit verband opduiken, precies het feit onder de aandacht brengen dat verwijdering en afbraak onlosmakelijk verbonden zijn met de moderne creatie, en dat daarom altijd de vraag overeind blijft wat de kunstenaar (de liberale samenleving) met zijn overvloedige "afval" (de misdadiger) moet aanvangen. Men leze hierover T. DAEMS, "Zygmunt Bauman en de criminologische verbeelding", *Panopticon* 2006, afl. 6, 51-54.

⁴⁰ C.P.M. CLEIREN, "De strafrechtswetenschapper mag nooit op zijn lauweren rusten. Over de taak van de strafrechtswetenschap in verleden, heden en toekomst" in J.H. CRIJNS, P.P.J. VAN DER MEIJ en G.K. SCHOEP (eds.), *De taak van de strafrechtswetenschap*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2005, 27-28. CLEIREN tekent meteen aan dat "voor het democratische ideaal slechts weinig plaats is ingeruimd in ons strafrechtelijk stelsel" en dat het feit dat "het laatstgenoemde aspect in de strafrechtelijke ideeëngeschiedenis en de neerslag daarvan in het geldend stelsel minder sporen heeft nagelaten dan de rechtsstatelijke idealen", in het huidige tijdsgewricht onze bijzondere aandacht verdient. In dezelfde zin C.P.M. CLEIREN en T. DE ROOS, "Democratisering van de strafrechtspiegeling" in K. BOONEN, C.P.M. CLEIREN, R. FOUQUÉ en T. DE ROOS (eds.), *De weging van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, Deventer, Kluwer, 2002, 171-188.

⁴¹ A.W.M. MOOIJ, "Postmodernisme en gemeenschapsdenken in het strafrecht" in M. MOERINGS, C.M. PELSER en C.H. BRANTS (eds.), *Morele kwesties in het strafrecht*, Deventer, Gouda Quint, 1999, 8.

⁴² T. BAKKER en R. BROUWER, "Vrijheid als nieuwe religie", o.c., 16. Deze kritiek op de verenging van liberalisme tot neoliberalisme levert ook P. VERHAEGHE, *De neoliberale waanzin. Flexibel, efficiënt en gestoord*, Brussel, VUB Press, 2012.

⁴³ P. VAN SETERS, "Het liberale misverstand", *S&D* 1996, 563-569. Men leze ook P. VERHAEGHE, *Identiteit*, Amsterdam, De Bezige Bij, 2013, 213-244. Betrekkingen tussen mensen worden dan *rechtsbetrekkingen* tussen burgers. Op deze relationele rechtsopvatting, die denkers als 't HART toepassen over het strafrecht, komen we later in dit artikel terug. Men leze erover tevens K. BOONEN, "'t Hart en zijn kritische waardering van het strafrecht" in K. BOONEN, C.P.M. CLEIREN, R. FOUQUÉ en T. DE ROOS (eds.), *De weging van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, Deventer, Kluwer, 2002, 5 *passim*: "Het beeld van de mens die uit deze opvatting van rechtssubjectiviteit en burgerschap oprijst is niet dat van geïsoleerde atoom. De mens blijkt méér te zijn. Hij is niet alleen de maker van structuren maar staat daarmee in een wisselwerking en wordt dus zelf ook door de structuren gemaakt. Mens en cultuur, rechtssubject en regelstructuur, creëren elkaar in wederkerigheid."

⁴⁴ Men leze ook T. KANSIL, "Macht ingetoomd. Over democratische politie en staatsmacht" in M. DE WAELE, B. VAN STOKKOM, T. KANSIL en H. BERKMOES (eds.), *Democratische politie in Cahiers Politiestudies*, Antwerpen, Maklu, 2014, 26-28.

⁴⁵ Een gebald, doch tot op heden onovertroffen overzicht van de aangenomen en verlaten verschijningsvormen van de democratie geeft M. ADAMS, "De verbeelding van de politieke democratie door het recht. Inleidende beschouwingen" in M. ADAMS en P. POPELIER (eds.), *Recht en democratie. De democratische verbeelding in het recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 3-37.



III. De twee denkstromen, toegepast over het strafprocesrecht

8. In deze paragraaf wordt de betekenis van de begrippen liberalisme en communitarisme met de Salduzrechtspraak verbonden en toegepast over het strafprocesrecht. De ene betekenis voert ons grotendeels terug naar het *nemo tenetur*-beginsel en het zwijgrecht (c), terwijl de andere constitutief is voor de verdachte als actieve procespartij (d). Deze paragraaf sluit af met een bezinning over de spanningen en redenen tot bezorgdheid die de verhouding tussen deze denkstromen oproept (e). Beginnen doen we evenwel met een inleidende situering van de relevantie en implementatie van de Salduzrechtspraak in de Belgische interne rechtsorde (a) en met een voorafgaande bespiegeling over het begrip ‘democratische rechtsstaat’ (b).

1. Relevantie van het EVRM en implementatie van de Salduzrechtspraak naar Belgisch recht

9. In het verleden hebben wij er met DECAIGNY en DE HERT op gewezen dat de Belgische wetgever niet uit eigen beweging overging tot het verbeteren van de rechtspositie van de verdachte bij het verhoor naar Belgisch recht, en dat het daarom goed is om te blijven beseffen dat het EVRM en het EHRM geen externe factoren zijn ten aanzien van de Belgische rechtsorde.⁴⁶ Wordt interne wetgeving tot stand gebracht, dan moet zij in staat blijken de toets van het EHRM te doorstaan en zal zij – wanneer zulks niet het geval is – hevige kritiek uitlokken. Zo hebben diverse auteurs er in het verleden op gewezen dat de Salduzwet van 13 augustus 2011 de tand des tijds niet zou doorstaan wat de sanctieregeling betrof⁴⁷ en dat er – in het licht van de Salduzrechtspraak van het Hof – geen gerechtvaardigd onderscheid kon aangehouden worden tussen de verdachte die van zijn vrijheid is beroofd en de verdachte die niet gearresteerd werd.⁴⁸

⁴⁶ Men leze hieromtrent T. DECAIGNY, P. DE HERT en M. COLETTE, “De EHRM-dimensie van de Wet consultatie- en bijstandsrecht: aanleiding en vigerend recht” in M. BOCKSTAEL, E. DEVROE en P. PONSAAERS (eds.), *Salduz. Bijstand van advocaten bij verhoren*, Antwerpen, Maklu, 2011, 27-36.

⁴⁷ J. MEESE, “De advocaat in de hoek. Enkele korte bedenkingen over de rol van de advocaat bij het verhoor en bij de sanctieregeling van de Salduz-wet” in E. MICHAUX, P. TERSAGO, M. VANDERHALLEN en G. VERVAEKE (eds.), *Het Salduz-arrest. Tussen uniform en toga*, Brussel, Politeia, 2011, 89-99; C. VAN DEUREN, “De Salduz-wet: enkele kritische bedenkingen”, *NC* 2011, 310-319; H. BERKMOES, F. GOOSSENS, A. DUCHATELET en F. HUTSEBAUT, “Enkele voorlopige besluiten” in F. GOOSSENS, H. BERKMOES, A. DUCHATELET en F. HUTSEBAUT (eds.), *De Salduz-regeling. Theorie en praktijk, vandaag en morgen*, Brussel, ASP, 2012, 353. Met de Salduzpluswet van 21 november 2016 werd dit euvel dan ook verholpen: art. 47bis, § 6, 9) Sv. bepaalt dat er geen veroordeling kan uitgesproken worden op grond van verklaringen afgelegd zonder bijstand.

⁴⁸ Zie in dit verband aangaande de uitspraak hieromtrent door het Grondwettelijk Hof: T. DECAIGNY en P. DE HERT, “Grondwettelijk Hof schaaft aan Salduz-wet”, *De juristenkrant* 27 februari 2013, nr. 264, 1-2 en H. BERKMOES, “De Salduzwet struikelend

Een ander heikel punt naar Belgisch recht betreft de inbreng van de verdachte tijdens het verhoor en de daaraan verbonden rechtsbescherming door toedeling van een advocaat, bedoeld om zulke inbreng naar een hoger niveau te brengen dan voorheen. Hier zien we een concrete omzetting van de twee voornoemde opvattingen van vrijheid (negatief en positief) en staatsmacht (verticaal en horizontaal) naar de rechtspraak aangaande het recht op bijstand door een advocaat. We stellen hieronder vast dat de Salduzrechtspraak twee competenties in het verhoor heeft willen slepen, te weten het toezicht (door de advocaat) over de naleving van het *nemo tenetur*-beginsel en het zwijgrecht enerzijds en de participatieve inbreng van de verdachte in het verhoor anderzijds. In het verleden zijn wij al op het punt gaan staan dat een vereenzelviging van de internrechtelijke regeling met deze twee rechtsgrondslagen belangrijk en noodzakelijk is.⁴⁹

In dit verband wijzen de parlementaire stukken bij de Salduzwet van 13 augustus 2011 op de angst, onder parlementsleden, dat een participatief aandeel van de verdachte (en zijn advocaat) in het verhoor doordeesemd zou zijn van wanordelijkheden en het verhoor zou verwijderen van zijn doel, te weten de waarheidsvinding. De wettekst voorziet er dan ook in dat de essentie van het bijstandsrecht beperkt moet blijven tot het toezicht over de vrijheid van de verdachte in het kader van het *nemo tenetur*-beginsel en het zwijgrecht. Diverse observatoren meenden dan ook dat de rol van de advocaat tijdens het verhoor als die van een ‘tandenloze tijger’ of ‘bloempot’ zou moeten worden begrepen.⁵⁰ Met de Salduzpluswet van 21 november 2016 bleef deze zogeheten ‘controleopdracht’⁵¹ tijdens het verhoor grotendeels overeind, met dien verstande dat het de advocaat toegestaan werd om verduidelijking te vragen en dat hij opmerkingen kan maken bij het verloop van het onderzoek en het verhoor.

In onderhavige paragraaf bekijken we hoe het EHRM met deze twee rechtsgrondslagen van de Salduzrechtspraak omgaat, of we op dit vlak bepaalde schreden kunnen onderkennen en welke de redenen tot bezorgdheid zijn die we hier mogelijk tegenover kunnen laten vallen. Onder § 4 worden deze twee rechtsgrondslagen dan verbonden met het begrip ‘verhoor’. Op die plaats wordt duidelijk dat de verengde omzetting van deze twee rechtsgrondslagen naar Belgisch recht tot een bepaalde interpretatie van het begrip ‘verhoor’ moest leiden, een interpretatie die niet in het teken van inter-

over de tweede horde: het Valentijnsarrest van het Grondwettelijk Hof”, *Vigiles* 2013, 18-33.

⁴⁹ C. VAN DEUREN en M. COLETTE, “Trymbach of het probleem van de fictieve rechtsbescherming” (noot onder EHRM 12 januari 2012), *T.Strafr.* 2012, 139-146.

⁵⁰ J. STEVENS, “Nieuwjaarsrede. De zachte revolutie van de mensenrechten”, *Ad Rem* 2010, afl. 1, 21; Cass. 24 januari 2012, *T.Strafr.* 2012, 170, noot J.V.G. en RW 2012-13, 740, noot P. TERSAGO. Over actieve tegenspraak in het verhoor EHRM 18 november 2014, *Aras/Turkije*, § 40; EHRM 9 april 2015, *A.T./Luxemburg*, § 87; EHRM 27 november 2018, *Soytemiz/Turkije*, §§ 44-47.

⁵¹ Y. LIÉGEOIS, “De ‘Salduz+’ wet van 21 november 2016: een nieuw hoogtepunt in het recht op toegang tot een advocaat onder dictaat van Europa”, *NC* 2017, 111.



subjectiviteit en communicatie staat en daarom met *Salduz* onverenigbaar is.

2. Voorafgaande bespiegeling over de democratische rechtsstaat

10. In een tweede paragraaf hebben we gezien dat een categoriek scheiden van het liberalisme en het communitarisme leidt tot bewustzijnsvernuwing en geen vruchtbare resultaten oplevert. We hebben in dit verband vastgesteld dat er goede redenen zijn om aan te nemen dat liberalen het vaak oneens zijn over hoe communitaristisch zij zijn, en communitaristen evenzo over de liberale weerklank van hun denken en doen.⁵²

Strafrechtjuristen benadrukken dat de strafprocedure zowel in de rechtsstaat (liberalisme) als in de democratie (communitarisme) belang moet stellen.⁵³ In zijn boek *De meerwaarde van het strafrecht* heeft 't HART daarom geschreven dat we moeten aannemen dat hoewel de wortels van de rechtsstaat en van de democratie teruggaan op verscheiden historische perioden, deze sinds de Verlichting zijn samengevloeid en met elkaar vervlochten zijn in de *democratische rechtsstaat*.⁵⁴ Hoewel sommige auteurs beklemtonen dat er achter de noemer 'Verlichting' een schier eindeloze reeks zinbeelden schuilgaat, kunnen wij dit verschijnsel niet verkeerd interpreteren als we aannemen dat alle deelhebbers herinneren aan een gezamenlijk project, te weten het belang van (het gebruik van) de rede.⁵⁵

Deze rede roept vragen op over de manier waarop burgers zich tot het recht verhouden en geeft in de eerste plaats uitdrukking aan het wantrouwen van burgers tegenover de machten in de Staat. Zij zijn gemachtigd om zich te weer te stellen tegen willekeurig overheidsoptreden en de geschiedenis van het verzet tegen het absolutisme is hier een schoolvoorbeeld van. Veel minder belicht is dat in het voetspoor hiervan ook een intersubjectiviteitseis wordt gesteld: burgers zijn in staat om het recht zelf vorm te geven en om er naar eigen inzicht over te beschikken; zij zijn bekwaam om zelfstandig te denken, te spreken en te handelen.⁵⁶ Nu

het recht burgers met deze 'rechtssubjectiviteit' bedenkt, ligt in de democratische rechtsstaat de erkenning besloten dat het individu bevoegd is om zijn rechtspositie zelf te bepalen. Zulke machtskritische functie, die het bereik van de overheid begrenst, houdt de belangstelling voor het aandeel van de mondig burger in het strafprocesrecht gaande.⁵⁷

Dat burgers als mondig worden gezien en gerechtigd om in de procedure te participeren wijst volgens sommigen op een rijping van de strafprocedure.⁵⁸ In *De straf voorbij* (2001) heeft de Nederlandse humanist KUNNEMAN beschreven hoe participatie aan belang wint naarmate *verticale en strategische* vormen van interactie, die dwingend kunnen worden gehandhaafd, het veld ruimen voor morele leerprocessen waarin *horizontale en communicatieve* verhoudingen het voortouw nemen. Deze 'postmoderne individualisering' kan zich dan in twee richtingen ontwikkelen. Aan de ene kant kan het gaan om rechtssubjecten die als 'atomaire' individuen aan niemand verantwoording verschuldigd zijn en die, bezijden de van 'buiten' opgelegde begrenzingen, naar willekeur gestalte geven aan de omgang met derden in wisselende en snel veranderende omstandigheden. Langs de andere kant zijn burgers ook in staat en gemachtigd om, zo goed en zo kwaad als dat gaat, samen met anderen invulling te geven aan zulke morele referentiekaders.⁵⁹ We komen hierop terug in § 4.

3. *Nemo tenetur* (eerste rechtsgrondslag)

11. Van meet af aan heeft het Hof het recht op rechtsbijstand onder de vlag van het *nemo tenetur*-beginsel gebracht. Dit beginsel houdt in dat niemand verplicht kan worden om een verklaring af te leggen tegen zichzelf of om schuld te bekennen. De beperkte reikwijdte van het beginsel is dat de verdachte *het recht heeft om te zwijgen* terwijl het onder de meer ruimhartige aanname van het *nemo tenetur*-beginsel als een paal boven water staat dat hij evenmin *verplicht* kan worden om te spreken⁶⁰, en zulks onder geen enkel beding: het zwijgrecht is een procesrecht en geen 'schurkenrecht'.⁶¹

⁵² Men leze respectievelijk M.C. NUSSBAUM, *Grensgebieden van het recht. Over sociale rechtvaardigheid*, Amsterdam, Ambo, 2006, 58-70 en R. DAGGER, *Civic Virtues. Rights, Citizenship, and Republican Liberalism*, Oxford, OUP, 1997, 11-24.

⁵³ Zie *supra*, onder de voetnoten 37, 40 en 43.

⁵⁴ A.C. 't HART, *De meerwaarde van het strafrecht. Essays en annotaties*, Den Haag, Sdu, 1997, 28-29.

⁵⁵ M.S. GROENHUIJSSEN, "Enkele centrale denkbeelden van Montesquieu en van Beccaria in relatie tot het legaliteitsbeginsel in strafzaken" in K. BOONEN, C.P.M. CLEIREN, R. FOUQUÉ en T. DE ROOS (eds.), *De weging van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, Deventer, Kluwer, 2002, 22-23 en P. GAY, *The Party of Humanity. Essays in the French Enlightenment*, New York, W.W. Norton & Company, 1959, 114-132.

⁵⁶ R. FOUQUÉ en A.C. 't HART, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, 67-83. Over de binding van burgerschap aan intersubjectiviteit leze men ook M. COLETTE, "Rousseau en de leugen" in T. BAUWENS, J. CHRISTIAENS, K. DE

KOSTER en M. DE KOSTER (eds.), *Criminologie in beweging. Liber amico/arum Els Enhus*, Brussel, VUB Press, 2018, 183-198.

⁵⁷ Men leze R. FOUQUÉ, "Vertrouwen in de rechtsstaat. Democratische participatie en rechtsstatelijkheid als ethische ervaring", *Ethische perspectieven* 1996, afl. 3, 120-121.

⁵⁸ Met name door E. PRAKKEN en T. SPRONKEN, "Grondslagen van het recht op verdediging" in C.H. BRANTS, P.A.M. MEVIS en E. PRAKKEN (eds.), *Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 57.

⁵⁹ H. KUNNEMAN, "Moraliteit en strafrecht in een postmoderne cultuur" in H. BOUTELLIER, H. KUNNEMAN en J. LEEST (eds.), *De straf voorbij. Morele praktijken rondom het strafrecht*, Amsterdam, SWP, 2001, 12-18.

⁶⁰ Men leze J. MEESE, "The sound of silence. Het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel in strafzaken. Een historisch en rechtsvergelijkend overzicht" in J. ROZIE, S. RUTTEN en A. VAN OEVELEN (eds.), *Zwijgrecht versus spreekplicht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 37.

⁶¹ P. DE HERT, "Het zwijgrecht van verdachten en getuigen", *Vigiles* 1999, 21.



In het Verdrag wordt het *nemo tenetur*-beginsel niet bij naam genoemd, maar door diverse auteurs wordt het wel beschouwd als een onmisbaar onderdeel van het vermoeden van onschuld (art. 6, § 2 EVRM) en van de generieke *fair trial*-hoofding van artikel 6, § 1 EVRM. Het recht om zich niet te *moeten* bezighouden met het onderzoek dat tegen hem wordt gevoerd (maar om slechts te zwijgen), houdt aldus *a contrario* de brede erkenning in van het feit dat de verdachte zijn proceshouding (gebruikmakend van zijn negatieve vrijheid) zelfstandig kan vormgeven.⁶²

Deze toedeling door het EHRM in *Salduz* van rechtssubjectiviteit aan de verdachte is van groot belang: de verdachte moet het door justitie (tegen hem) gevoerde onderzoek niet slechts 'verdragen' en wordt in ruil met een zwijgrecht toegedeeld; integendeel, de verdachte wordt als een actieve participant aan dit onderzoek begrepen en in dit verband wordt hem, gelet op zijn zwijgrecht in deze context, een advocaat toegedeeld (die, het weze herinnerd, niet enkel *tijdens het verhoor* toeziet over de naleving van het beginsel, maar de verdachte ook *voor aanvang van het verhoor* kan bijlichten over de aan te houden strategie).⁶³

Het Hof laat er aldus geen misverstand over bestaan dat het verhoor als een kwalitatieve rechtsbetrekking moet worden beschouwd: justitie kan het verhoor toesnijden op scenario's die het gewenste resultaat opleveren en er zelf over beschikken, maar "*early access to a lawyer is part of the procedural safeguards to which the Court will have particular regard when examining whether a procedure has extinguished the very essence of the privilege against self-incrimination*", zo stelt het Hof in § 54 van *Salduz*.

Het Hof laat er daarom geen twijfel over dat het recht op rechtsbijstand een schakel is in de omgang van justitie met het zwijgrecht. Steeds weer zal bedacht moeten worden dat bijstand door een advocaat tijdens het verhoor een aandachtspunt vormt dat erop gericht is om flagrante machtsongelijkheid tussen de partijen in de strafprocedure te ondervangen.⁶⁴ Vrij vertaald staat daar, met andere woorden, dat justitie zich zelf tegen zulke machtsongelijkheid moet verzetten.

12. *De lege lata* wordt de verdachte naar Belgisch recht te verstaan gegeven dat hij het recht heeft om te zwijgen. De rechtsgrondslag voor de toepassing van deze cautie over het verhoor is artikel 47bis, § 2, 2) Sv. Het corresponderende bijstandsrecht door een advocaat heeft, zoals we reeds hoger hebben gezien, (hoofdzakelijk, maar geenszins uitsluitend) tot doel om toe te zien op het feit dat deze wetsbepaling op algemene instemming kan rekenen. De toepasselijke wetsbepaling is artikel 47bis, § 6, 7) Sv.

⁶² Hierover P. DE HERT, "Art. 6 § 2 EVRM" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 561-562.

⁶³ Over deze tweeledige strekking van de *Salduz* rechtspraak leze men L. VAN PUYENBROECK en G. VERMEULEN, "Het recht op bijstand van een advocaat bij het politieverhoor na de arresten *Salduz* en *Panovits* van het EHRM", *NC* 2009, 87-97.

⁶⁴ T. DE MEESTER, *Meester sta me bij. Een pleidooi voor rechtsbijstand bij het verhoor*, Gent, Larcier, 2010, 13-17.

Uit de kwalitatieve evaluatie 2017-2018 van de Dienst voor het Strafrechtelijk Beleid blijkt dat politiemensen deze mededeling van rechten met gevoel voor empathie en voor de vermogens van verdachten brengen, en dat het inhoudelijke relaas ervan vaak naar beneden bijgesteld wordt om er zeker van te zijn dat de te bevragen verdachte alles welbegrepen heeft. Zij onderlijnen dat "*de aanwezigheid van de advocaat en zijn actievare rol meestal nuttig is voor de onderzoeker en het verhoor omdat de 'medewerking' van de verhoorde persoon wordt aangemoedigd* (door de advocaat, MC)".⁶⁵

Over deze laatste vaststelling, waarop ook de verdedigers van het bijstandsrecht al lange tijd hun pijlen richten⁶⁶, moeten we ons in het kader van de toepassing van het *nemo tenetur*-beginsel over het verhoor niet vrolijk maken. De taakopvatting van de advocaat komt immers in zwaar weer terecht wanneer hij ingrijpt in de zin of onzin van het zwijgen en de vrije keuze van de verdachte hieromtrent. Dat kan alleen gebeuren als dat ingrijpen begrepen wordt als steun aan deze vrije wil en keuze van de verdachte.

4. Participatie (tweede rechtsgrondslag)

13. De meeste auteurs die in het verleden over *Salduz* schreven, hangen een beeld van zichzelf op als auteurs die dicht bij de essentie van de *Salduz* rechtspraak blijven, maar toch raken ze het vaak niet eens over de normatieve grondstroom van het bijstandsrecht en brengen zij ons in de war over de steun die het Hof over de participatieve inbreng van de verdachte uitspreekt.⁶⁷ Dit komt doordat het bijstandsrecht door het Hof ook gesitueerd wordt rond een tweede rechtsgrondslag, te weten de gelijke armslag van de partijen. Deze gelijke armslag houdt in dat de lidstaten bij het Verdrag de procedure zo moeten sturen dat de verdediging soortgelijke kansen krijgt als justitie om bewijsmateriaal aan te voeren, elementen in het onderzoek in te brengen en rechtsmiddelen te gebruiken. De verdachte moet de strafprocedure kunnen beïnvloeden.⁶⁸

DE MEESTER duidt deze bedoeling van het EHRM in *Salduz* aan als "het verbeteren van de wapengelijkheid".⁶⁹ In een *Concurring opinion* bij *Salduz* stellen drie rechters voor om niet slechts bij het *nemo tenetur*-beginsel en het zwijgrecht te blijven als rechtsgrondslag van het recht op bijstand door een advocaat. Zij geven er de voorkeur aan om dit recht in verband te brengen met het idee van de verdachte als een (actieve) procespartij, die in de procedure participeert, en zij

⁶⁵ C. PIRON, A. DELADRIÈRE en E. DEVEUX, *Wet Salduz+. Kwalitatieve evaluatie 2017-2018*, 32-33 respectievelijk 67, beschikbaar online.

⁶⁶ Men leze T. DECAIGNY, "De bijstand van een advocaat bij het verhoor: erkenning of inperking door het Hof van Cassatie?", *RW* 2011-12, 301.

⁶⁷ Zo bv. T. DECAIGNY en J. VAN GAEVER, "Salduz: *Nemo tenetur* en meer...", *T.Strafr.* 2009, 201-212.

⁶⁸ B. DE SMET, J. LATHOUWERS en K. RIMANQUE, "Artikel 6 § 1 EVRM" in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 464-468.

⁶⁹ T. DE MEESTER, *Meester sta me bij. Een pleidooi voor rechtsbijstand bij het verhoor*, Gent, Larcier, 2010, 20.



menen dat die participatie voortkomt uit de legitimering van de strafprocedure met gebruikmaking van de erkenning van het bijstandsrecht als een schakel die alle stadia van het vooronderzoek verbindt. Het recht op bijstand door een advocaat heeft immers tot doel “to obtain (and that defence council be able to provide) the whole range of services specifically associated with legal assistance, including discussion of the case, organisation of the defence, collection of evidence favourable to the accused, preparation for questioning, support to an accused in distress, checking his conditions of detention and so on”.

In latere arresten levert het Hof ongebruikelijk lonende inspanningen om aannemelijk te maken dat deze participatieve inbreng door de verdachte in het verhoor wenselijk en haalbaar is.⁷⁰ Toch is die participatieve inbreng in de literatuur het verwaarloosde broertje van *nemo tenetur*. In de doctrine wordt de oorzaak van deze verwaarlozing gezocht in het feit dat zulke participatieve inbreng voor de toetsing van het eerlijk proces een *onvoorwaardelijke voorwaarde* is. Dat wil zeggen: niet-naleving van participatie kan niet door bewijsuitsluiting rechtgezet worden, terwijl dit voor een (afgedwongen) verklaring gemakkelijker ligt.⁷¹ Onder het hiernavolgende onderdeel wordt dit spanningsveld aan de orde gesteld met gebruikmaking van het arrest *Ibrahim*, en worden tevens enkele redenen tot bezorgdheid ingebracht.

5. Spanningsvelden en redenen tot bezorgdheid

14. Van Nederlandse zijde stelt WITTEVEEN dat er een diepe kloof is tussen de wezensconfiguratie van het strafprocesrecht en de maatschappelijke opvattingen over de strijd tegen (al dan niet waargenomen) onveiligheid. Steeds weer worden strafrechtjuristen verzocht om uit te leggen waarom het in een rechtsstaat zo behoort te zijn dat de verdachte een zwijgrecht toekomt. Met de participatieve inbreng van de verdachte is het volgens WITTEVEEN zo mogelijk nog slechter gesteld: “Dat er tussen openbaar ministerie en strafpleiter een ‘equality of arms’ moet bestaan, kan vaak op weinig begrip rekenen”. WITTEVEEN noemt het “de dialoog van doven”: strafrechtjuristen blijken er helemaal niet in te slagen duidelijk te maken waarom het van belang is de verdachte als burger onder burgers te blijven begrijpen, tijdens de strafprocedure en ook daarna.⁷²

De participatieve inbreng van de verdachte wordt naar Belgisch recht, zoals we al eerder zagen, verbonden met de kans (voor de advocaat) om opmerkingen te maken bij het onderzoek en bij het verloop van het verhoor. Deze advocaat

is daarnaast ook bij de reconstructie van de feiten en bij de (meervoudige) confrontatie betrokken. De richtlijnen van het OM voorzien erin dat hij naast de verdachte gaat zitten en veldonderzoek van de DSB laat uitschijnen dat er tussen alle betrokkenen een wederzijds respect leeft.⁷³

Toch moeten we ervoor opletten om deze participatie als natuurlijk te gaan ervaren, want de rechtspraak van het EHRM vertoont sinds kort weer barstjes in dit verband. In *Ibrahim tegen Verenigd Koninkrijk*, een zaak die teruggaat op de Londense aanslagen in 2005, beslist het Hof dat het de lidstaten bij het Verdrag toegestaan is om het recht op rechtsbijstand in de schaal te leggen met de eerlijke procesvoering *in globo*. Eerder dan dit bijstandsrecht als ‘absoluut’ voor ogen te houden, zoals het dat in *Salduz* deed, geeft het Hof er (opnieuw) de voorkeur aan om zicht te krijgen op de concrete omstandigheden die een afwijking op het bijstandsrecht kunnen wettigen.⁷⁴

Op subtiele wijze geeft het Hof in *Ibrahim* te kennen dat verdachten de rechtsbescherming tijdens het verhoor kunnen inschakelen om de instrumentele functie van het verhoor, te weten de waarheidsvinding, te dwarsbomen. Dit is volgens het Hof niet vruchtbaar. Van het bijstandsrecht en de participatieve inbreng van de verdachte kan daarom afgeweken worden. Desalniettemin tilt het Hof zwaar aan het gebrek aan consistentie over de cauties in verband met het zwijgrecht.

Met dit arrest stelt de Straatsburgse rechter ons aldus voor twee ingewikkelde vragen, die een verdeeld antwoord opleveren. *Primo*, als een afwijking van het bijstandsrecht onder bepaalde omstandigheden toegestaan is maar onverantwoordelijkheid over de cautie uit den boze, wil dit dan zeggen dat het zwijgrecht tot de essentie van *Salduz* moet worden gerekend? *Secundo*, als de beoordeling van het eerlijke proces *in globo* het blikveld moet verruimen, en dus de binding van de niet-naleving van het bijstandsrecht aan de bewijsuitsluiting niet langer zonder meer toegepast kan worden, moet deze binding van het bijstandsrecht aan het eerlijke proces dan misschien toch in de participatieve inbreng van de verdachte gezocht worden?⁷⁵

Deze twee vragen, die in gespannen verhouding tot elkaar staan, wijzen erop dat het Hof zich de verhouding van het *nemo tenetur*-beginsel tot participatie thans nog niet geheel eigen heeft gemaakt. Het pleit lijkt op heden beslecht ten voordele van het zwijgrecht. Maar dan wordt de dubbele legitimatie van het bijstandsrecht in *Salduz* (rechtstatelijkheid enerzijds, het democratische gehalte van de strafprocedure anderzijds) aan het oog onttrokken. Het verhoor valt dan niet meer te legitimeren in een democratische rechtsstaat.

⁷⁰ EHRM 13 oktober 2009, *Dayanan/Turkije*, §§ 31-32; EHRM 8 december 2009, *Yesilkaya/Turkije*, §§ 31-32; EHRM 2 maart 2010, *Adamkiewicz/Polen*, § 84; EHRM 27 juli 2011, *Huseyn en anderen/Azerbeidzjan*, §§ 171-173.

⁷¹ J. MEESE, “Het probleem Dayanan” in F. DERUYCK en M. ROZIE (eds.), *Het strafrecht bedreven. Liber amicorum Alain De Nauw*, Brugge, die Keure, 2011, 641-649.

⁷² Men leze W.J. WITTEVEEN, “Anatomie van de strafwetgever” in J.H. CRIJNS, P.P.J. VAN DER MEIJ en G.K. SCHOEP (eds.), *De taak van de strafrechtswetenschap*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2005, 53-54.

⁷³ C. PIRON, A. DELADRIÈRE en E. DEVEUX, *Wet Salduz+. Kwalitatieve evaluatie 2017-2018*, 69.

⁷⁴ F. GOOSSENS en M. COLETTE, “Er was eens... Hoe absoluut is het recht op bijstand door een advocaat bij het verhoor nog na het Straatsburgse *Ibrahim*-arrest?” (noot onder EHRM 13 september 2016), *P&R* 2018, 170-172.

⁷⁵ Zie eveneens M. COLETTE, “Tien jaar na de Copernicaanse wending”, *P&R* 2018, afl. 4, 143-154.



15. Omdat we er op basis van de Salduzrechtspraak zelf niet uit geraken, is het zinvol om een stap terug te zetten, om ons actief te gaan bezighouden met de manier waarop auteurs in het verleden omgingen met de verhouding van *nemo tenetur* tot participatie, rechtsstatelijkheid tot democratie, liberalisme tot communitarisme. Doen we zulks, dan neemt ons verhaal misschien een bruikbare wending. We stellen dan vast dat een eenzijdige inzet op het *nemo tenetur*-beginsel geen vruchtbare resultaten oplevert. Maar evenzo gaat het ons dan aan rekenschap te geven van het feit dat een ongenueanceerd doordenken van participatie in hetzelfde onvruchtbare tegendeel verkeert.

Eerder hebben we geschreven dat we de twee vormen van vrijheid, die we vervolgens aan de twee rechtsgrondslagen van de Salduzrechtspraak toerekenden, door het perspectief van de ‘democratische rechtsstaat’ gewijzigd zagen. Hieruit volgt dat wat de Salduzrechtspraak betreft, een synthese moet worden betracht tussen het *nemo tenetur*-beginsel en de participatieve inbreng van de verdachte in het verhoor.

Allereerst mag niet uit het oog verloren worden dat deze twee rechtsgrondslagen niet in aanmerking komen voor een *tit for tat*. Wordt al te veel gewicht in de schaal van het *nemo tenetur*-beginsel gelegd, dan zou het kunnen dat de participatieve inbreng daaronder heeft te lijden (deze voorstelling van de Salduzrechtspraak is, zoals we zagen, op heden gaande naar Belgisch recht). In dit verband is het interessant om na te gaan of een substantiële verbetering van de participatie van de verdachte in het verhoor misschien ook redenen tot bezorgdheid oplevert.

Opvallend in dit verband is dat een soortgelijk debat in Nederland reeds aan het begin van de twintigste eeuw gevoerd werd en het loont de moeite om tot de kern ervan terug te keren. In 1934 hield de Nederlandse jurist HOOYKAAS voor dat “*de misdadiger in het centrum van het Wetboek van Strafvordering staat*”. Deze aandacht voor individuele vrijheid beschouwt hij als een uitvloeisel van een overrijp cultuurstadium.⁷⁶ De verdachte wordt tegenover de ‘eerlijke staatsburger’ geplaatst en evenzo is, op grond van het gemeenschapsbeginsel, “*het strafproces bestemd tot handhaving van het Recht en de verdachte heeft de plicht tot die handhaving mede te werken*”.⁷⁷

Als we deze absurd extreme en middelmatige voedingsbron voor de afbraak van het recht toepassen op de Salduz-

rechtspraak en afzien van de verontwaardiging die zij thans oproept, dan levert dit het volgende resultaat op. Enerzijds kan het *nemo tenetur*-beginsel geen recht doen aan de beleving van de Salduzrechtspraak, want wie de gelijke armslag van de partijen en de participatie van de verdachte in het verhoor wil aanpakken, kan niet tevreden zijn met een interpretatie van *Salduz* die in het zwijgrecht blijft hangen.⁷⁸ Langs de andere kant kan een eenzijdige oriëntatie op participatie, naar blijkt, zeer wel ontaarden in een roep om het opgeven van het zwijgrecht, te weten de eerste en voornaamste grond waarop deze Salduzrechtspraak de voorwaarden voor een eerlijke procesvoering schiept.

Het recht op een eerlijk proces zit ogenschijnlijk gevangen in de kwetsbaarheid van een tegenspraak die aan de Salduzrechtspraak zelf ten grondslag ligt. Rechtsgeleerden hebben zich in het verleden dan ook het hoofd gebroken over de vraag of men de verdachte een (volwaardige) procespartij kan noemen en of men hem een publieke taak kan toedichten. Met andere woorden: kan de participatieve inbreng van de verdachte in het verhoor zo nadrukkelijk op de voorgrond gesteld worden dat van deze laatste verwacht kan worden dat hij het zwijgrecht opgeeft?

Stellig houdt CLEIREN voor dat het reilen en zeilen van de verdediging niet door zulk een (publieke) taak begrensd kan worden. De relatie van justitie tot de verdachte noemt zij namelijk ‘functioneel’ en ‘eenzijdig gericht’. De wederkerigheid, die in het privaatrecht geldt, moet het strafrecht goeddeels ontberen: de aan een verdachte toevallende rechten zijn ‘onzelfstandig’; zij kunnen alleen aangevoerd worden als justitie deze verdachte in het strafproces betreft. Nochtans blijkt, stelt CLEIREN verderop, “*het stellen van eisen aan de verdachte niet ‘wezensvreemd’ te zijn aan het huidige strafrecht. Op diverse terreinen in de strafrechtelijke rechtspraak wordt door de feitenrechter waarde gehecht of worden consequenties verbonden aan de houding van de verdachte*”.⁷⁹

Zo aanvaardt het EHRM bijvoorbeeld dat de rechter gevolgen verbindt aan een beroep op het zwijgrecht als het verzamelde bewijs er eensgezind om schreeuwt uit een ander vaatje te tappen.⁸⁰ In het voetspoor van vaststellingen als deze heerst bij auteurs als KNIGGE een principiële bereidheid om de doelstelling van het (inquisitoire) strafproces – te weten de waarheidsvinding – toe te passen op de houding van een verdachte: het algemene belang van het strafproces “*valt*

⁷⁶ T. SPRONKEN, *Verdediging. Een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken*, Deventer, Gouda Quint, 2001, 42-44. Zie ook J. ORTEGA Y GASSET, *De opstand van de massamens*, Rotterdam, Lemniscaat, 2015, 133-140, en over deze laatste: M. COLETTE, “Oogklepdenken” in P. DE HERT en F. DHONDT (eds.), *Liber amicorum Jef Van Bellingen. Bewogen door maatschappelijke ontwikkelingen*, Brussel, ASP, 2017, 67-77.

⁷⁷ Men leze I.P. HOOYKAAS, “Komt bij de bescherming van de individuele vrijheid in ons huidige strafrecht en strafprocesrecht de gemeenschap te kort? Zoo ja, welke wijzigingen dienen dan in onze wetgeving te worden aangebracht?” in *Preadvies voor de Nederlandse juristenvereniging*, 's-Gravenhage, 1934. Zie ook I.P. HOOYKAAS, “De toekomst van het strafrecht” in Y. BURUMA (ed.), *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 1999, 241-251.

⁷⁸ P. VAN KEMPEN, “Het zwijgrecht, het recht op toegang tot een raadsman en de cautieplicht – beperking daarvan bij reële acute ernstige dreigingen voor het leven, de fysieke integriteit of de vrijheid?”, *DD* 2016, 803-813.

⁷⁹ C.P.M. CLEIREN, “Een grensoverschrijdende verdachte?” in J.L.M. BOEK, Y. BURUMA en C.P.M. CLEIREN (eds.), *Grensoverschrijdend strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, 141-164.

⁸⁰ E.J. KOOPS en L. STEVENS, “J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond *nemo tenetur*”, *DD* 2003, afl. 3, 281-294 en L. STEVENS, “Het *nemo-tenetur*beginsel als containerbegrip? Een beschouwing van de koers van het EHRM naar aanleiding van het Jalloh-arrest”, *DD* 2007, afl. 7, 682-697.



immers lang niet altijd samen met het particuliere belang van de verdachte om de dans te ontspringen.⁸¹

Zulke bereidheid krijgt met *Salduz* opnieuw diepgang en een hernieuwde betekenis, nu de verdachte zich met recht op een advocaat en op zijn participatieve inbreng in het verhoor mag laten voorstaan, en zich thans in een (althans min of meer) gelijkwaardige rechtsbetrekking tot justitie verhoudt.⁸² Het debat over de advocaat die zand in de machine strooit, barst dan weer in alle hevigheid los.⁸³ In de kwalitatieve evaluatie van de DSB wordt vastgesteld dat politiemensen vrezen dat “*onderzoeken langer zullen duren aangezien verdachten en advocaten de agenda van de verhoren bepalen*” en dat “*de vorm van het verhoor steeds meer primeert op de kwaliteit*”. Zij stellen voorts vast dat “*sommige advocaten een werkelijk pleidooi voeren*”, dat hij “*zijn cliënt ertoe aanzet om zijn zwijgrecht ontijdig in te roepen*” en dat zijn enkele “*aanwezigheid de spontaneïteit van de cliënt afremt*”.⁸⁴

Deze roep om een participatieve inbreng op het vlak van de instrumentele functie van het verhoor is een slecht signaal en moeten wij niet toejuichen.⁸⁵ Als justitie zijn verhaallijn laat sturen door de eisen die waarheidsvinding met rechtsbescherming omringen, dan kan het zich niet laten leiden door advocaten die van de instrumentele functie van het verhoor een ‘rommeltje’ maken (de verdachte zwijgt of liegt). Langs de andere kant grijpen de posities van de verdediging en van justitie te zeer op elkaar in om nog als volstrekt aan elkaar tegengesteld te worden aangemerkt.⁸⁶ Als we dat doen, raken we niet van de tegenspraak af, want zoals we hebben gezien, drukt het verhoor na *Salduz* enerzijds de verknoctheid van justitie en verdediging aan elkaar uit, en lichten anderzijds diverse vragen over de verhouding van *nemo tenetur* tot participatieve inbreng op.

De voorstelling van *Salduz* in deze zin is dan ook het punt waarop we de boodschap wel eens een tikkeltje te goed zouden kunnen gaan begrijpen. Zonder archimedisch punt kunnen we ons een idee van wat *het verhoor behoort te zijn* in dit verband moeilijk voorstellen.⁸⁷ We stappen dan niet over-

tuigend over de drempel van de tegenspraak waarin *Salduz* wortel schiet. Deze stap ligt echter kennelijk wel binnen ons bereik. Terecht laat GROENHUIJSEN vallen dat de verdediging door een werkelijk participatieve inbreng het onderzoek kan sturen: “*De verdediging kan steeds aangeven op welke punten er verschil van inzicht bestaat met de officier van justitie, hetgeen sterk bepalend zou moeten zijn voor de aard en de omvang van de onderzoeksplicht van de zittingsrechter. De regeling van het onderzoek ter zitting moet daarom geheel in het teken staan van de bevordering van interactie en communicatie*”.⁸⁸

Nemen we dit aan, en nemen we voorts aan dat na *Salduz* de onderzoeksfase aan belang wint, dan moeten we ook aannemen dat het tijdens deze fase is dat het debat moet worden georganiseerd en gevoerd en de legitimiteit van de strafprocedure moet worden gezocht.⁸⁹ De conclusie is dan onontkoombaar: de voorstelling van het verhoor als een vorm van interactie die uitsluitend in het teken staat van *dwangcommunicatie*, is thans niet langer acceptabel.

IV. Geweldloze communicatie als strafrechtelijk doel

16. Onder § 1 stelden we vast dat het verhoor volgens de dominante stroming in de doctrine (1) een vorm van dwangcommunicatie is met (2) als doel de waarheid te vinden. Onder deze vierde paragraaf gaan we uit (b) van een strikte scheiding tussen communicatief en strategisch handelen. Aansluitend hierop wordt de betekenis van dit onderscheid getoetst aan het door FOUÉ en 'T HART aangehouden onderscheid tussen instrumentalisme en instrumentaiteit (c) en aan een door FIJNAUT in verband met de *Salduz*rechtspraak opgeworpen probleem (d). Deze aangehouden oriëntatie moet ons in staat stellen om, in het licht van *Salduz*, met een andere bril te kijken naar (e) de vorm waaronder het verhoor plaatsvindt, (f) het verloop van dit verhoor en (g) onze vrije beschikking over het doel van het verhoor. Als we dat doen, kunnen we de voorstelling van het verhoor als een vorm van dwangcommunicatie achterwege laten. Beginnen doen we evenwel met een voorafgaandelijke situering van de ontloe-

participatieve inbreng van verdachten (en slachtoffers) kan gaan staan. De postmoderne samenleving wordt immers gekenmerkt door sterk verticale relaties tussen burger en overheid. Zonder een helder overzicht over hoe die participatie normatief vormgegeven moet worden in zulke samenlevingen verwatert zij, zoals we hebben gezien, tot *reductio ad absurdum*. In R.S.B. KOOL, “Op zoek naar de grens. Een verkenning van de positie van het slachtoffer in het strafproces” in C.H. BRANTS, P.A.M. MEVIS en E. PRAKKEN (eds.), *Legitieme strafvordering. Rechten van de mens als inspiratie in de 21ste eeuw*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 157-172.

⁸⁸ M.S. GROENHUIJSEN, “Het Wetboek van Strafvordering vóór 2001 en daarna”, *DD* 2003, afl. 7, 686.

⁸⁹ T. VANDER BEKEN, “De ziel en het doel van de Belgische strafrechtsbedeling. Reflecties naar aanleiding van *Salduz* en de verruimde minnelijke schikking” in P. PONSAERS e.a. (eds.), *Vernieuwing in de opsporing in Cahiers Politiestudies*, Antwerpen, Maklu, 2013, 258.

⁸¹ Men leze dienaangaande G. KNIGGE, “Een wetboek van elasticiteit”, *DD* 2000, afl. 3, 231.

⁸² M. COLETTE, “Tien jaar *Salduz*: drie bouwstenen, drie werven”, *De juristenkrant* 10 oktober 2018, nr. 375, 12.

⁸³ Men leze K. WEIS, “Discussie”, *T.Strafr.* 2009, 243. Ook L. STEVENS en W.J. VERHOEVEN, *Raadsman bij politieverhoor. Invloed van voorafgaande consultatie en aanwezigheid van raadslieden op organisatie en wijze van verhoren en proceshouding van verdachten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2010, 39-43.

⁸⁴ C. PIRON, A. DELADRIÈRE en E. DEVEUX, *Wet Salduz+. Kwalitatieve evaluatie 2017-2018*, 27, 68 en 70.

⁸⁵ In dezelfde zin ook P.P.J. VAN DER MEIJ, “De raadsman bij het politieverhoor en de audiovisuele registratie. De verdedigingsrol bij de materiële waarheidsvinding in het strafrechtelijk vooronderzoek” in J.H. CRIJNS, P.P.J. VAN DER MEIJ en J.M. TEN VORDE (eds.), *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2008, 68-75.

⁸⁶ E. PRAKKEN, “Over strafvordering 2001, een voorlopige balans”, *DD* 2003, afl. 7, 726-727.

⁸⁷ De ontstentenis van zulk een archimedisch punt is de reden waarom KOOL niet volmondig achter een opkrikken van de



reikende omschrijving van het begrip ‘verhoor’ naar Belgisch recht, in het licht van de twee rechtsgrondslagen van de Salduzrechtspraak (a).

1. *Waarom het internrechtelijke (wetgevende) kader niet voldoet*

17. Onder paragraaf 2 hebben we twee versies van (strafrechtelijke) staatsmacht beschreven (met name de verticale en horizontale verbinding met burgers), die we vervolgens onder paragraaf 3 met de twee rechtsgrondslagen van de Salduzrechtspraak (met name het *nemo tenetur*-beginsel en de participatieve inbreng van de verdachte in het verhoor) verbonden. In een voorafgaande kanttekening op paragraaf 3 stelden we in dit verband al vast dat de Belgische wetgever vooral de eerste rechtsgrondslag van deze Salduzrechtspraak in rekening bracht en weinig recht doet aan de participatieve insteek van bedoelde rechtspraak van het EHRM.

Tegelijkertijd moet deze interpretatie door de wetgever van de Salduzrechtspraak leiden tot een welbepaalde omschrijving van het begrip ‘verhoor’: nu enkel deze eerste rechtsgrondslag van bedoelde rechtspraak wordt aangepakt, kan immers volgehouden worden dat het verhoor niet in het teken van participatie moet gaan staan. Het is op grond van deze sombere vaststelling dat we in wat volgt nadenken over de voorwaarden waaronder aan de twee rechtsgrondslagen van deze Salduzrechtspraak in zulke internrechtelijke omschrijving recht kan worden gedaan.

Wat de internrechtelijke regeling aangaande het verhoor betreft, gaat het er op de eerste plaats om vast te stellen dat de wetgever het begrip ‘verhoor’ niet nadrukkelijk in een wettelijke regeling onderbracht en niet verder kwam dan een omschrijving ervan in de parlementaire stukken bij de wet van 13 augustus 2011. Deze stukken omschrijven het verhoor als “een geleide ondervraging door een daartoe bevoegde persoon, geacteerd in een proces-verbaal, aangaande misdrijven die ten laste kunnen worden gelegd, in het kader van een opsporingsonderzoek of gerechtelijk onderzoek, met als doel de waarheid te vinden”.⁹⁰ Het sturende karakter van deze interactie (een ‘geleide ondervraging’) maakt dat de wetgever onder andere niet tot het begrip ‘verhoor’ rekent “spontane of terloopse mededelingen, gezegdes, uitlatingen, aanwijzingen of verklaringen”. De wetgever van 21 november 2016 (de Salduzpluswet) lichtte evenmin de optie van het opnemen van een wettelijke omschrijving, maar de belangrijke richtlijnen van het Openbaar Ministerie omschrijven het verhoor wel als “een stelselmatige ondervraging van een verdachte door een onderzoeksrechter of een agent of officier van gerechtelijke politie met algemene of bijzondere bevoegdheid, met het oog op het verzamelen van bewijselementen en de waarheidsvinding”.

⁹⁰ Amendement nr. 2 van de heer Verherstraeten *c.s.*, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1279/3. Ook DE HERT, DECAIGNY en COLETTE, *De wet consultatie- en bijstandsrecht (Salduz-wet)*, o.c., 743-755.

Ook door voornoemde COL 8/2011 worden ‘spontane verklaringen’ niet tot het begrip ‘verhoor’ gerekend.⁹¹

In het verleden namen we in dit tijdschrift de rechtspraak van het Hof van Cassatie⁹² over zulke ‘spontane verklaringen’ op de korrel en stelden we in dit verband reeds vast dat de meeste auteurs achter een onmiddellijke cautie van de verdachte aangaande het *nemo tenetur*-beginsel en het zwijgrecht kunnen gaan staan.⁹³ Het gaat in dezen om de deconstructie van het door andere auteurs voorgehouden onderscheid tussen ‘formeel’ en ‘informeel’ verhoren: bij het ‘formeel’ verhoren treedt de politiemann actief op de voorgrond en wordt sturend bevraagd, terwijl het ‘informeel’ verhoren geheel in het teken van passiviteit staat: de politiemann blijft op de vlakte om zodoende de verklaring “te ontvangen of informeel te leiden” (zie *infra*).

Uiteraard moeten we, als we de eergenoemde wettelijke omschrijving in de parlementaire stukken in ogenschouwen nemen (de vereiste van een ‘geleide ondervraging’), de eerste vorm van verhoren wel onder de rechtsbescherming van artikel 47bis Sv. rekenen, terwijl de tweede vorm van verhoren daar niet toe gerekend kan worden. Van het verhoor als een vorm van ‘dwangcommunicatie’ kan in het laatste geval dan immers geen sprake zijn. Het is de aanvaardbaarheid van deze omschrijving van het begrip ‘verhoor’ die we – in het licht van de tweede rechtsgrondslag van de Salduzrechtspraak (de participatieve inbreng van de verdachte in het verhoor) – in wat volgt voor debat open willen verklaren. Om zulk een debat te bewerkstelligen, knopen we vooreerst aan bij het door de Duitse socioloog HABERMAS ontworpen onderscheid tussen ‘communicatief’ en ‘strategisch’ handelen.

2. *Communicatief en strategisch handelen*

18. Onder een tweede paragraaf stelden we vast dat het liberalisme en het communitarisme eigen maatstaven aanhouden over wat het recht behoort te zijn, en welke de voorwaarden zijn waaronder het recht door burgers als acceptabel wordt ervaren. Het liberalisme zet vooral in op de toedeling van individuele rechten, terwijl het communitarisme geïgied is

⁹¹ Omz. COL 8/2011 inzake het recht op toegang tot een advocaat, herziene versie van het college van procureurs-generaal, 60-61.

⁹² M. COLETTE, “Het begrip ‘verhoor’ en het zwijgen” (noot onder Cass. 14 maart 2017), *NC* 2017, 555-562.

⁹³ Met name L. HUYBRECHTS, “Wat is een verhoor, vraagt U?” in M. BOCKSTAELE, E. DEVROE en P. PONSARS (eds.), *Salduz. Bijstand van advocaten bij verhoren*, Antwerpen, Maklu, 2011, 53-66; M. MINNAERT, “Politieverhoren in het post-Salduz-tijdperk”, *Vigiles* 2012, 203; J. HUYSMANS en H. BERKMOES, “Salduz-actualia: Europees en Internrechtelijk perspectief”, *Vigiles* 2015, 49-52; Y. LIÉGEOIS, “België op weg naar een Europees Wetboek van Strafprocesrecht met dank aan een terrorist, of de groeiende impact van de toegang tot een advocaat” in M. BOCKSTAELE en P. PONSARS (eds.), *Salduz Plus. Aandachtspunten bij de implementatie van de EU-richtlijn 2013/48*, Antwerpen, Maklu, 2015, 68 en 83; A. JACOBS, “Het verhoor en de noodzaak aan onmiddellijke cautie van de verdachte” in M. BOCKSTAELE en P. PONSARS (eds.), *Salduz Plus. Aandachtspunten bij de implementatie van de EU-richtlijn 2013/48*, Antwerpen, Maklu, 2015, 99-110.



om deze toedeling los te laten en het individu ondergeschikt te maken aan communicatie. Op het verhoor toegepast, levert dit – zo houden wij hier vol – het beeld op van de *strategisch* en de *communicatief* handelende verdachte.

In dit verband is het interessant om op te merken dat tijdens een symposium te Brussel in 2009 verscheidene deelnemers het gespannen verband tussen de prille Salduzrechtspraak en de waarheidsvinding voor het voetlicht brachten. Waarheidsvinding en participatieve inbreng door de verdachte in het verhoor verhielden zich, aldus sommigen onder hen, omzeggens tot elkaar als water en vuur: “Sommige advocaten zien in hun aanwezigheid bij het verhoor een strategische noodzaak, aldus een aantal personen uit het publiek. Op basis van een door hen vastgestelde strategie bepalen zij op welke punten er al dan niet ‘meegewerkt’ wordt tijdens het verhoor”.⁹⁴

Wat bedoelen zij met deze “strategische noodzaak”, die onze gereede belangstelling gaande houdt? Onder paragraaf 3 stelden we al vast hoe KUNNEMAN de ‘postmoderne individualisering’ beschrijft als een overgang van *verticale en strategische* vormen van omgang met criminaliteit naar *horizontale en communicatieve* rechtsbetrekkingen dienaangaande. KUNNEMAN brengt daartegen in dat normoverschrijdingen vanuit communicatieve vormen van moraliteit tegemoet getreden kunnen worden en dat zulke communicatieve omgangsvorm met criminaliteit de confrontatie niet uitsluit maar *insluit*.⁹⁵

Bij het doordenken van onze twee rechtsgrondslagen van Salduz, te weten het *nemo tenetur*-beginsel enerzijds en de participatieve inbreng van de verdachte anderzijds, ontdekken we dat de in § 3 gewezen spanningsvelden en redenen tot bezorgdheid nagenoeg geheel aan het onderscheid tussen ‘strategisch’ en ‘communicatief’ handelen moeten worden toegeschreven. “Communicatief en strategisch handelen”, schrijft HABERMAS over dit onderscheid, “beschouw ik als twee typen van sociaal handelen, die vanuit het perspectief van de handelende persoon zelf een alternatief zijn. De interactie-deelnemers moeten, hoe intuïtief ook, kiezen tussen de op verstandhouding en profijt georiënteerde instelling”.⁹⁶

Van *strategisch handelen* is er sprake wanneer interactiepartners in een voorgegeven situatie middelen (Y¹) en doelen (Z¹) kiezen, en de handhaving van hun gezichtspunt ten koste van de middelen (Y²) en doelen (Z²) van de andere betrokkenen verwerkelijk willen zien, vermits deze eenzijdig georiënteerde doeleinden geen communicatie verdragen.⁹⁷ Zulke

strategische orde moet dan als een *instrumentele orde* gezien worden. Instrumenteel, nu de participanten elkaar tot *instrument* maken van het eigen welslagen.⁹⁸ Als een verdachte zich tot een coöperatieve instelling leent (Y¹) als middel om de behoefte aan iets banaals als een kop koffie of sigaret te ledigen (Z¹)⁹⁹, en als justitie overschakelt op misleiding of manipulatie (Y²) om van deze verdachte een bekentenis (Z²) los te wrikken, dan hebben de partijen in dit verband strategisch gehandeld.¹⁰⁰

Onder *communicatief handelen* verstaat HABERMAS de vrijheid en het vermogen om in zulke situaties gemeenschappelijke, vrijwillig geaccepteerde situatiedefinities tot stand te brengen met het oog op een ongedwongen onderlinge coördinatie van de individuele handelingsplannen van alle participanten.¹⁰¹ Het accent verschuift van instrumentalisme naar *intersubjectiviteit*, oftewel van het in zichzelf besloten rechtssubject naar het participatieve individu dat zelf richting schenkt aan communicatie en dat er tezelfdertijd door wordt bepaald.¹⁰²

Onder paragraaf 2 stelden we met CLEIREN vast dat de inquisitoire procedure als de onze in hoofdzaak een rechtstellijke aangelegenheid blijft, terwijl democratische kleurtoetsen, waaronder participatie en intersubjectiviteit, nagenoeg volledig uit beeld blijven. Zij wijst op het eenzijdig publiekrechtelijke karakter van deze procedure, te weten de verticale verhouding van overheid tot burger. In zulke procedure past weliswaar de erkenning van de burger als rechtssubject, maar niet als een belanghebbend rechtssubject bij de strafprocedure. Die verdachte wordt als rechtssubject erkend, maar steevast onder beperkingen ten behoeve van de waarheidsvinding.¹⁰³

⁹⁸ J. HABERMAS, “Het begrip ‘communicatief handelen’: een toelichting” in M. KORTHALS (ed.), *De nieuwe onoverzichtelijkheid en andere opstellen*, Amsterdam, Boom, 1989, 116-117.

⁹⁹ Naar het voorbeeld door B. STAPERT, “Salduz een jaar later: op zoek naar grondslagen voor de exacte rol van een advocaat bij het politieverhoor”, *NJCM-Bulletin* 2009, 889-890.

¹⁰⁰ Of, zoals DUKER en STEVENS het iets zachter formuleren, onder verwijzing naar Nederlandse beleidsdocumenten: “De standaard verhoorstrategie is een tactische verhoorstrategie, die als doel heeft de verdachte in te sluiten met bewijs, zodat hij als hij het delict heeft gepleegd, gaat inzien dat verder ontkennen zinloos is”. Men leze M.J.A. DUKER en L. STEVENS, “Het politieke verdachtenverhoor: meer aandacht gewenst voor de totstandkoming van een betrouwbare verdachtenverklaring” in M.J. BORGERS, M.J.A. DUKER en L. STEVENS (eds.), *Politie in beeld. Liber amicorum Jan Naeyé*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2009, 89.

¹⁰¹ H. KUNNEMAN, *Van theemutscultuur naar walkman-ego. Contouren van postmoderne individualiteit*, Amsterdam, Boom, 1996, 50.

¹⁰² M. HILDEBRANDT, “Een flexibele matrix voor het algemeen belang. Variaties op Habermas’ communicatieve macht” in R. FOQUÉ en M. WEYEMBERGH (eds.), *Filosofische aspecten van het privé-publiek debat*, Brussel, VUB Press, 1997, 93.

¹⁰³ C.P.M. CLEIREN, “De strafrechtswetenschapper mag nooit op zijn lauweren rusten. Over de taak van de strafrechtswetenschap in verleden, heden en toekomst” in J.H. CRIJNS, P.P.J. VAN DER MEIJ en G.K. SCHOEP (eds.), *De taak van de strafrechtswetenschap*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2005, 27.

⁹⁴ K. WEIS, “Discussie”, *T.Strafr.* 2009, 243.

⁹⁵ H. KUNNEMAN, “Moraliteit en strafrecht in een postmoderne cultuur” in H. BOUTELLIER, H. KUNNEMAN en J. LEEST (eds.), *De straf voorbij. Morele praktijken rondom het strafrecht*, Amsterdam, SWP, 2001, 15.

⁹⁶ J. HABERMAS, “Het begrip ‘communicatief handelen’: een toelichting” in M. KORTHALS (ed.), *De nieuwe onoverzichtelijkheid en andere opstellen*, Amsterdam, Boom, 1989, 141.

⁹⁷ J. HABERMAS, “Het begrip ‘communicatief handelen’: een toelichting” in M. KORTHALS (ed.), *De nieuwe onoverzichtelijkheid en andere opstellen*, Amsterdam, Boom, 1989, 116 en H. KUNNEMAN, *Van theemutscultuur naar walkman-ego. Contouren van postmoderne individualiteit*, Amsterdam, Boom, 1996, 50.



Uit de aanname dat het verhoor een vorm van dwangcommunicatie is, zou dan wel eens te gemakkelijk kunnen worden geconcludeerd dat we het een moeten opgeven voor het ander: het verhoor kan niet én 'intact' blijven én rechtsbeschermend zijn. Dit tegenover elkaar stellen van doelrationaliteit en rechtsbescherming is volgens HABERMAS echter misleidend. De vraag *hoe is sociaal handelen mogelijk?* is namelijk de keerzijde van de vraag *hoe is sociale orde mogelijk?* We moeten vermijden dat we deze sociale orde zo begrijpen dat het communicatief handelen verschrompelt, maar evenzo dat de sociale orde geheel en al "in gesprekken ondergaat".¹⁰⁴ Het is overheden wel degelijk toegestaan om de rechtsorde in een welbepaalde richting te sturen, door sociale orde aan te brengen, want zonder zulke ordening krimpt ook de individuele rechtsbescherming ineen.

Echter, de problemen ontstaan wanneer deze rechtsorde niet langer begrepen wordt als *leefwereld*, waartoe HABERMAS de communicatieve rede van rechtssubjecten rekent. Die rede roept justitie op om zich actief de bescherming van deze leefwereld aan te trekken, met name door zich in deze leefwereld als communicatief handelende overheid op te stellen.¹⁰⁵ Doet men dat niet, dan verwatert die leefwereld tot een *systeem* dat zich ten overstaan van deze leefwereld verzelfstandigt en deze laatste 'koloniseert': individuele rechtsbescherming wordt dan geofferd aan sociale orde, participatieve vrijheid aan de eisen van doelmatigheid.

3. Instrumentalisme en instrumentaliteit

19. Wat betekent deze analyse nu voor de communicatie in het verhoor? Wat draagt HABERMAS bij aan een rechtstheoretische correctie op de toewijzing – naar Belgisch recht – van 'sturende' kwalificaties aan de politieman die, zoals we gezien hebben, geen recht doet aan de participatieve inbreng van de verdachte in het verhoor, zoals we die uit de Salduz-rechtspraak afleiden? Uit een abstract omschreven principe als 'communicatief handelen' lijkt immers niet meer afgeleid te kunnen worden dan dat de verdachte een participatieve inbreng moet kunnen leveren, tenzij er redenen zijn om aan te nemen dat de gekozen processtrategie zulke communicatie niet verdraagt.

In 1988 heeft SCHALKEN in verband met het bijstandsrecht door advocaten beschreven hoe het strategische handelen de verdachte niet ten kwade kan worden geduid. Geheel anders is het met justitie gesteld: hen is het strategische handelen juist niet toegestaan. Wat justitie aangaat, gaat het immers niet om de afweging tussen een 'algemeen' belang (maatschappij) en een 'individueel' belang (verdachte), maar om de afweging van twee algemene belangen, te weten de

rechtsbescherming *door* normhandhaving en de rechtsbescherming *tegen* normhandhaving.¹⁰⁶

Deze complementariteit van normhandhaving en behoorlijke procesvoering, van sociale orde en rechtsbescherming, of – naar de woorden van HABERMAS – van systeem en leefwereld, hebben FOUQUÉ en 'T HART aangeduid met de term *instrumentaliteit*. Daar bedoelen deze auteurs mee dat overheden te allen tijde sociale ordening aanbrengen. Deze overheid dwaalt evenwel wanneer in dit verband niet steevast de eisen van individuele rechtsbescherming hogelijk in het vaandel gedragen worden. Wordt instrumentaliteit dominant ten overstaan van rechtsbescherming, dan verwatert rechts-handhaving tot *instrumentalisme*.

FOUQUÉ redeneert dat aan instrumentalisme niet langer een intrinsieke morele betekenis kan worden toegeschreven.¹⁰⁷ Het strafrecht wordt onder die omstandigheden slechts beoordeeld op zijn doelmatigheid, en rechtsbescherming beschouwd als vervelend obstakel.¹⁰⁸ Zo ontstaat "een puur beheersingsdenken, een instrumentalistisch strafrechtelijk denkpatroon dat niet meer in een spanningsverhouding staat tot het emancipatoire, beschermende dat aan het recht zelf inherent is".¹⁰⁹ In navolging van FOUQUÉ en 'T HART hebben ook derden er dwingend op gewezen dat de ethische kern van het strafrecht, waarin de persoon van de verdachte centraal staat, dan sterk op de achtergrond raakt: de "overheersende

¹⁰⁴ J. HABERMAS, "Het begrip 'communicatief handelen': een toelichting" in M. KORTHALS (ed.), *De nieuwe onoverzichtelijkheid en andere opstellen*, Amsterdam, Boom, 1989, 123.

¹⁰⁵ M. HILDEBRANDT, "Een flexibele matrix voor het algemeen belang. Variaties op Habermas' *communicatieve macht*" in R. FOUQUÉ en M. WEYEMBERGH (eds.), *Filosofische aspecten van het privé-publiek debat*, Brussel, VUB Press, 1997, 94-95.

¹⁰⁶ T.M. SCHALKEN, "De raadsman bij het politieverhoor: middel of doel? Een alternatief voor een afgeleid probleem" in C. FIJNAUT en G. BLONK (eds.), *De advocaat bij het politieverhoor*, Lochem, Van den Brink, 1988, 160-168. H. WIERSINGA, *Nuance in benadering. Culturele factoren in het strafproces*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2002, 109, schrijft in dit verband over de keuze door de verdachte voor een "gevechtstactiek of processtrategie" en verbindt dit met het principiële recht op rechtsbijstand.

¹⁰⁷ Zie met name R. FOUQUÉ, "Kwetsbaarheid aan het woord brengen. Tegen strafrechtelijk instrumentalisme" in F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE en B. SPRIET (eds.), *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, 1130: "Niet de grillige en vaak onvoorspelbare gang der dingen, niet de innoverende werking van het individuele handelen van mensen vormen dan de werkelijkheid van het recht. In hun plaats komt het werkelijkheidsbeeld dat in de taal van het recht wordt geconstrueerd en opgeroepen. Het recht creëert zijn eigen werkelijkheid en dreigt zich af te sluiten van de concrete ervaringswereld en van feitelijke maatschappelijke processen."

¹⁰⁸ C. MARIS, "Wat is instrumentaliteit?" in M.-C. FOBLETS, M. HILDEBRANDT en J. STEENBERGEN (eds.), *Liber amicorum René Foqué*, Brussel, Larcier, 2012, 86-87. Zo meent bv. BOCKSTAELE dat de politieman geen belang moet stellen in de rechtsbescherming van de verdachte. Men leze M. BOCKSTAELE, "Verandering in verhoor- en onderzoekstechnieken ingevolge de 'Salduzwet'" in P. PONSAERS e.a. (eds.), *Vernieuwing in de opsporing in Cahiers Politiestudies*, Antwerpen, Maklu, 2013, 179: "De advocaat verdedigt de belangen van zijn cliënt, terwijl de politie in het verhoorlokaal de maatschappij vertegenwoordigt en aan waarheidsvinding doet."

¹⁰⁹ R. FOUQUÉ en A.C. 'T HART, "Strafrecht en beleid: de instrumentaliteit van rechtsbescherming" in C. FIJNAUT en P. SPIERENBURG (eds.), *Scherp toezicht. Van 'boeventucht' tot 'Samenleving en Criminaliteit'*, Arnhem, Gouda Quint, 1990, 203.



geest is die van een efficiënte repressie, waarin op papier voor rechtsbescherming plaats is, zolang deze niet om een effectuering vraagt welke als ‘zand in de machine’ wordt ervaren”.¹¹⁰

20. Het recht verliest zijn rechtsbeschermende functie als het met gebruikmaking van politionele middelen een volstrekt doelmatig beleid rond criminaliteitsbestrijding aanhoudt.¹¹¹ Het wordt dan instrumentalistisch gedacht en men slaagt er niet in om burgers bij deze rechtsorde te betrekken. De legitimiteit van zulk een rechtsorde boet dan aanzienlijk aan geloofwaardigheid in.¹¹²

Wat het thema dat ons bezighoudt betreft, is het bovenal van groot belang om eraan te memoreren dat het verhoor door vele auteurs de “spil van het strafproces” en de “rug-gengraat van het gerechtelijk dossier” genoemd wordt.¹¹³ Daarnaast ontstond gaandeweg de schijnbaar onwankelbare waarheid dat een bekentenis de “koningin van het bewijs” is.¹¹⁴ Na een bekentenis “is de kat uit de zak en is die kat er moeilijk weer in te krijgen”, schrijft BURUMA.¹¹⁵ Om die reden doen auteurs pogingen om het verhoor te doorgronden en om verhoorcompetenties in beeld te brengen.¹¹⁶

Wat echter buiten beeld blijft, is de vraag waarom het verhoor de spil van het strafproces is of behoort te zijn. DUKER en STEVENS geven ruiterlijk toe dat “de verdachte het meest zou moeten kunnen vertellen over het strafbare feit en over de betrokkenheid van hemzelf en anderen”. Echter, deze aandring om te verhoren wordt door deze auteurs louter instrumenteel opgevat: “Het verhoor biedt de mogelijkheid zoveel

mogelijk relevante informatie te verzamelen. Die informatie stelt met alle andere informatie uit een dossier de rechter in staat om een afgewogen oordeel te vellen over met name de schuldvraag”.¹¹⁷

Wat hier volstrekt voor het oog wordt versluierd, is de *intrinsiek betekenisvolle* inbreng van de verdachte in het verhoor als strafrechtelijk doel. Dit is kwalijk, zo menen wij, want het betreft hier de rechtsbeschermende functie van het verhoor in het licht van de onder paragraaf 3 veronderstelde participatieve inbreng van de te bevragen verdachte. En het is deze inbreng die met Salduz naar een beduidend hoger niveau getild wordt. We komen hier zo dadelijk op terug, wanneer wij (in het licht van deze Salduzrechtspraak) onze correcties op vorm, verloop en doel van het verhoor voorstellen. Thans brengen we het feit onder de aandacht dat de aanvaarding van deze (tweede rechtsgrondslag van de) Salduzrechtspraak niet noodzakelijk hoeft te wijzen op aanvaarding van de eruit voortkomende gevolgen. Dit is het door FIJNAUT opgeworpen vervelende probleem.

4. Het door Fijnaut opgeworpen vervelende probleem

21. De strafrechtelijke rechtshandhaving omvat, zoals we hebben gezien, twee kernopdrachten: aan de ene kant gaat het de overheid aan om juridische normen te handhaven, anderzijds dient zij zich ter verwerkelijking van die opdracht ook de hygiëne van de strafrechtspleging aan te trekken of, daarvan afgeleid, de zorg voor de kwaliteit van de rechtsbescherming. SCHALKEN noemt dit de ‘beïnvloedingsbehoefte’ en de ‘beschermingsbehoefte’.¹¹⁸ Toch lijken, zo stelden we eerder vast, de woorden van juristen die deze rechtsbeschermingsfunctie voor het voetlicht brengen, aan dovemansoren gericht; de slagkracht in de strijd tegen criminaliteit spreekt kennelijk meer aan.¹¹⁹

In dit verband stelde FIJNAUT op basis van de praktijk van rechtsbijstand bij het verhoor in Engeland in het verleden al vast dat de bijstand door advocaten tot grote controverses en euvels zou leiden. Met de opbloei van de binding van het verhoor aan participatie komt, zo stelde hij, de instrumentele functie van het verhoor misschien wel daadwerkelijk tot een eind: “Om niet langer zo afhankelijk te zijn van verklaringen/ bekentenissen van verdachten om zaken op te lossen, is zij er in de voorbije jaren toe overgegaan om op grote schaal ‘bijzondere’ opsporingsmethodes toe te passen zodat een bekentenis er

¹¹⁰ C. KELK, “Het strafrecht in de tang van het instrumentalisme” in G.C.G.J. VAN ROERMUND, M.S. GROENHUIJSEN en W.J. WITTEVEEN (eds.), *Symposium strafrecht. Vervolg van een grondslagende debat*, Arnhem, Gouda Quint, 1993, 50. Over deze analogie met de machine ook C.J.M. SCHUYT, “Sturing en het recht” in M.A.P. BOVENS en W.J. WITTEVEEN (eds.), *Het schip van staat. Beschouwingen over recht, staat en sturing*, Zwolle, Tjeenk Wil-link, 1985, 113-124.

¹¹¹ Men leze hierover R. FOUQUÉ, “Samenhang en tegenhang in twee decennia strafrechtstheorie”, *Panopticon* 2001, afl. 2, 123-140. Deze gedachte wordt beeldend verwoord in S. GUTWIRTH, “De polyfonie van de democratische rechtsstaat” in M. ELCHARDUS (ed.), *Wantrouwen en onbehagen. Over de vertrouwens- en legitimiteitscrisis*, Brussel, VUB Press, 1998, 137-193. Volgens GUTWIRTH is het recht slechts dan samenhangend als het erin slaagt zichzelf te legitimeren als melodische veelheid: zonder vrijheid geen orde (homofonie) en zonder orde geen vrijheid (kakofonie).

¹¹² R. FOUQUÉ, “Vertrouwen in de rechtsstaat. Democratische participatie en rechtsstatelijkheid als ethische ervaring”, *Ethische perspectieven* 1996, afl. 3, 120.

¹¹³ L. MERGAERTS, D. VAN DAELE en G. VERVAEKE, “Rechtsbijstand voorafgaand aan en tijdens het verhoor van kwetsbare verdachten: een complexe opdracht voor de advocaat”, *RW* 2014-15, 1403; M. BOCKSTAELE, “Voorlopige richtlijnen van het College van procureurs-generaal inzake de bijstand van een advocaat bij het eerste politionele verhoor van een verdachte”, *Panopticon* 2011, afl. 4, 76.

¹¹⁴ M. BOCKSTAELE, “Over ‘het gezag’ van (rechts)psychologen in verband met verhoren”, *T.Strafr.* 2015, 7.

¹¹⁵ Y. BURUMA, “Betrouwbaar bewijs”, *DD* 2009, afl. 4, 311.

¹¹⁶ F. DE FRUYT, M. BOCKSTAELE en K. DE GREEF, “Competenties in het politieverhoor. Structuur, meting en het verband met persoonlijkheid”, *Panopticon* 2006, afl. 1, 12-30.

¹¹⁷ M.J.A. DUKER en L. STEVENS, “Het politieke verdachtenverhoor: meer aandacht gewenst voor de totstandkoming van een betrouwbare verdachtenverklaring” in M.J. BORGERS, M.J.A. DUKER en L. STEVENS (eds.), *Politie in beeld. Liber amicorum Jan Naeyé*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2009, 79.

¹¹⁸ T.M. SCHALKEN, *Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen. Een ontwikkeling naar evenwicht?* (Oratie Amsterdam), Arnhem, Gouda Quint, 1987, 6-7 en 12.

¹¹⁹ W.J. WITTEVEEN, “Anatomie van de strafwetgever” in J.H. CRIJNS, P.P.J. VAN DER MEIJ en G.K. SCHOEP (eds.), *De taak van de strafrechtswetenschap*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2005, 53.



voor een veroordeling eigenlijk niet meer toe doet: er is reeds bij de aanhouding voldoende ander bewijs verzameld”.¹²⁰

Deze proactivering van de opsporing ondermijnt volgens FIJNAUT de voornaamste functie van het verhoor, te weten “het op een oirbare en controleerbare manier verkrijgen van betrouwbare verklaringen van de verdachte als weerwoord op de vermoedens van schuld die de politie aan zijn adres koestert”.¹²¹ Deze verplaatsing van het zwaartepunt van de opsporing van het verhoor naar de fase vóór dat verhoor kunnen we thans constateren onder de richtlijnen waarmee het College van procureurs-generaal het bijstandsrecht naar Belgisch recht bedenkt. Uit deze richtlijnen blijkt dat in het kader van het ‘recherche management’ meer geïnvesteerd moet worden in het forensisch onderzoek, het sporenonderzoek en de materiële bewijzen. Immers, na *Salduz* heeft het verhoor – zo krijgen we van PG LIÉGEOIS onomwonden te horen – “zijn edele plaats verloren in de bewijsverzekering en er moet dus verstandig en schaars gebruik van gemaakt worden, liefst wanneer alle andere bewijselementen al op een rijtje kunnen gezet worden”.¹²²

De praktische vertaling van deze richtlijnen van het Openbaar Ministerie levert hetzelfde beeld op. De DSB laat in zijn kwalitatieve evaluatie 2017-2018 verstaan dat respondenten onder de politie de implementatie van de *Salduz* pluswet ervaren als een struikelblok dat de opheldering van zaken onder druk zet, dat zij zich daarom meer gaan toeleggen op het vergaren van materiële bewijzen, en dat tot het verhoor van de verdachte nog slechts zal worden besloten wanneer dat werkelijk noodzakelijk is.¹²³

¹²⁰ C. FIJNAUT, “De toelating van de raadsman tot het politieke verdachtenverhoor. Een status questionis op de drempel van de eenentwintigste eeuw” in M.S. GROENHUIJSEN en G. KNIGGE (eds.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject strafvordering 2001*, Deventer, Gouda Quint, 2001, 741.

¹²¹ C. FIJNAUT, “De advocaat bij het politieke verdachtenverhoor. Een riskante fundamentele keuze” in M.-C. FOLETS, M. HILDEBRANDT en J. STEENBERGEN (eds.), *Liber amicorum René Foqué*, Brussel, Larcier, 2012, 225-226. Over deze sluipende proactivering van de strafvordering ook P. VAN KEMPEN, “Het zwijgrecht, het recht op toegang tot een raadsman en de cautieplicht – beperking daarvan bij reële acute ernstige dreigingen voor het leven, de fysieke integriteit of de vrijheid?”, *DD* 2016, 803-813. Zie verder, met een binding ervan aan het eerder aangehaalde Straatsburgse *Ibrahim*-arrest: M. COLETTE en F. GOOSSENS, “Mensenrechten en terrorisme in het post-*Salduz*-tijdperk: geen wiskunde” (noot onder EHRM 13 september 2016, *Ibrahim/VK*), NC 2019, te verschijnen.

¹²² Men leze in dit verband Y. LIÉGEOIS, “België op weg naar een Europees Wetboek van Strafrecht met dank aan een terrorist, of de groeiende impact van de toegang tot een advocaat” in M. BOCKSTAELE en P. PONSERS (eds.), *Salduz Plus. Aandachtspunten bij de implementatie van de EU-richtlijn 2013/48*, Antwerpen, Maklu, 2015, 96. Ook, schijnbaar achteloos, over deze “strategische opbouw” naar het verhoor toe: R. SCHELLINGEN, “De plaats van het verdachtenverhoor binnen het (opsporings-) onderzoek: verschuiving in tijd?” in R. SCHELLINGEN en N. SCHOLTEN (eds.), *Het verdachtenverhoor. Meer dan het stellen van vragen*, Mechelen, Kluwer, 2014, 37-39.

¹²³ C. PIRON, A. DELADRIÈRE en E. DEVEUX, *Wet Salduz+. Kwalitatieve evaluatie 2017-2018*, 21-22.

Dat alles moet ons niet bekoren. Dat justitie zich uitdrukkelijk ten doel stelt om zowel de instrumentele als de rechtsbeschermende functie van het verhoor uit te hollen, moeten wij wel als bijzonder stuitend ervaren. Toch heeft FIJNAUT een duizelingwekkende vraag voor het voetlicht gebracht: hoe zorgen we ervoor dat de instrumentele functie van het verhoor overeind blijft zonder dat de participatie en de rechtsbescherming van de verdachte daaronder kreunen? En *vice versa*.

5. De vorm van het verhoor

22. In *Politiebevoegdheden en mensenrechten* schrijft GOOSSENS over twee politiefuncties bij ontstentenis waarvan een strafvorderlijke onderneming tot mislukken gedoemd is: “*Rechtshandhaving is slechts één aspect van de inzet van politionele bevoegdheden. Dit wordt wel eens vergeten als men een puur instrumentele visie op het strafrecht heeft, die erop neerkomt dat deze rechtstak, waarbinnen de politie een centrale rol speelt, louter dient ter bescherming van de maatschappij: die invalshoek vertaalt zich in door de Staat opgelegde regels, waarvan de naleving afgedwongen moet worden*”. Het is essentieel op te merken dat die functie de buitenrand van de concentrische cirkel van het strafrecht omvat; de ethische kern binnenin wordt gevormd rond een tweede functie, waarbij “*niet alleen rekening gehouden moet worden met de uitermate behartenswaardige belangen van de maatschappij, maar ook met deze van de individuele betrokkenen*”.¹²⁴

Het strafrecht slaagt er volgens GOOSSENS niet in om deze rechtsbescherming op de been te brengen door een *ex post*-controle door de rechter. Immers: “*ondertussen is (...) het leed – fysiek dan wel moreel – geleden*”.¹²⁵ GOOSSENS noemt deze controle daarom ‘tweedegraadsrechtsbescherming’. Echter, een smal maar begaanbaar alternatief schijnt geen problemen op te roepen, te weten de “*eerstegraadsrechtsbescherming die zich uitstrekt tot de fase vóór en tijdens het overheidsop treden*”.¹²⁶ Door de wijze waarop deze rechtsbescherming georganiseerd wordt *in concreto* uit te strekken tot het precieze ogenblik waarop de *rechtshandhaving* van normen plaatsvindt, komt GOOSSENS vervolgens tot een situering van de in de doctrine en de rechtspraak verworven en verlaten definities van het begrip ‘verhoor’, waaraan onder de inleiding reeds gerefereerd werd.¹²⁷

¹²⁴ F. GOOSSENS, *Politiebevoegdheden en mensenrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 9-10.

¹²⁵ Ook M.J.A. DUKER en L. STEVENS, “Het politieke verdachtenverhoor: meer aandacht gewenst voor de totstandkoming van een betrouwbare verdachtenverklaring” in M.J. BORGERS, M.J.A. DUKER en L. STEVENS (eds.), *Politie in beeld. Liber amicorum Jan Naeyé*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2009, 79: “*Wat de verdachte bij de politie verklaart, heeft dus een definitief karakter in de zin dat de verdachte daaraan gehouden kan worden*”.

¹²⁶ F. GOOSSENS, *Politiebevoegdheden en mensenrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 12-13.

¹²⁷ *Ibid.*, 411-418.



Deze omschrijving van dit begrip krijgt met *Salduz* een nieuw elan, en er is geen reden om daardoor verrast te zijn, nu ook het verhoor stellig nieuwe rechten prijsgeeft, waaronder het recht op rechtsbijstand door een advocaat. Over wat het ‘verhoor’ is en welke de dragende elementen ervan zijn, houden schrijvers sinds *Salduz* daarom diverse denkstromen aan, en ook de wetgever hield zich in aanloop naar de *Salduzwet* uit 2011 met deze kwestie bezig. Slaapverwekkend is die algehele onoverzichtelijkheid niet, en in feite weerleggen deze auteurs elkaar op diverse vlakken in hun publicaties en wijzigen sommigen hun opvattingen onder impuls van nieuwe ontwikkelingen.

Toch is zowel de wetgever (zoals we zagen) als het leeuwendeel van deze auteurs het over één aspect van deze omschrijving van het verhoor eens. Dit is, op minstens één vlak wijzen alle neuzen gezamenlijk in één welbepaalde richting: deze situering van het begrip ‘verhoor’ wordt gevoed door de wetenschap dat het verhoor niet in het teken van intersubjectiviteit staat. Het verhoor wordt door de politiemans ‘geleid’ en door de verdachte ‘ondergaan’.¹²⁸ Deze asymmetrie wijst volgens BOCKSTAELE op het verschil tussen ‘verklaren’ en ‘verhoren’: in het eerste geval treedt de politiemans niet sturend op de voorgrond, en de verdachte ondergaat niet.¹²⁹

Tijdens een verhoor is het omgekeerd gesteld. Het verhoor, schrijft BOCKSTAELE, is “een asymmetrisch gesprek, waaraan de verdachte meestal niet vrijwillig deelneemt en waarbij wel sprake kan zijn van een belangenconflict. De bedoelingen van de actoren zijn verschillend: de verhoorder wil als vertegenwoordiger van de maatschappij de waarheid weten, de verdachte wil ze meestal verzwijgen”.¹³⁰ Ook de wetgever komt niet los van deze omschrijving van het verhoor als een asymmetrische bezigheid. In de parlementaire werkzaamheden bij de *Salduzwet* luidt het dat het verhoor “een geleide ondervraging is door een daartoe bevoegde persoon, geacteerd in een proces-verbaal, aangaande misdrijven die ten laste kunnen worden gelegd, in het kader van een opsporingsonderzoek of gerechtelijk onderzoek, met als doel de waarheid te vinden” (zie *supra*).¹³¹

Hier zijn we aangeland bij de kern van ons verhaal, want een dergelijke situering van het verhoor is, menen wij, niet houdbaar in het licht van de met *Salduz* veronderstelde participatieve inbreng van de verdachte in het verhoor, en blijft zij wijdverbreid, dan kan zulks de normatieve onderbouw van de twee rechtsgrondslagen van het bijstandsrecht ernstige schade toebrengen.

¹²⁸ M. MINNAERT, “Rechtsbijstand voor de (aangehouden) verdachte” in F. DERUYCK e.a. (eds.), *De wet voorbij. Liber amicorum Luc Huybrechts*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 286.

¹²⁹ M. BOCKSTAELE, “Verhoren, verklaringen afnemen en ondervragen. Voorstellen tot definitie”, *Vigiles* 2002, 110.

¹³⁰ M. BOCKSTAELE, “Een correcte verhoormoraal als garantie voor een ‘democratisch’ politieverhoor” in M. DE WAELE, B. VAN STOKKOM, T. KANSIL en H. BERKMOES (eds.), *Democratische politie in Cahiers Politiestudies*, Antwerpen, Maklu, 2014, 142.

¹³¹ Amendement nr. 2 van de heer Verherstraeten c.s., *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1279/3.

6. Het verloop van het verhoor

23. Een manier om de genoemde asymmetrie te verklaren is de vaststelling dat karakteristiek voor de interactie tijdens het verhoor is, dat het een vorm van *institutionele communicatie* betreft. Het is met name de verhoorder die het gespreksonderwerp afbakt en beperkingen stelt aan de inhoud en de duur van de interactie. Omdat hij dagelijks verhoren afneemt, beschikt hij over de juridische expertise waarmee hij het verhoor omringt, en die de verdachte moet missen. Die vorm van juridisch onderbouwde betekenisverlening door de politiemans in een institutionele context kan door een verdachte als overstelpend ervaren worden.¹³²

Zoals we reeds zagen, wordt door een brede coalitie van strafjuristen voorgegeven dat het verhoor daarom geen intersubjectief verloop kent: het verhoor wordt door de politiemans geleid en door de bevrageerde persoon ondergaan. ‘Verklaringen’, ‘contacten’ en ‘gesprekken’ zijn daarom geen verhoren.¹³³ De consequentie hiervan is de wat smalende constatering, door diverse auteurs, dat geredekavel over “koetjes en kalfjes”, “losse babbels” en “spontane of terloopse mededelingen, gezegdes, uitlatingen, aanwijzingen of verklaringen” zich in een betrekkelijk los verband tot het begrip ‘verhoor’ verhouden.¹³⁴ Ook het Hof van Cassatie verkeert sinds *Salduz* in dit kluwen van schijnbaar onontwarbare begrippen en intuïties (zie *supra*, randnummer 17).

Wat we hier zien, is een vermenging van *werkelijkheid* met *wenselijkheid*. Uit het feit dat het verhoor een asymmetrische bezigheid is, volgt immers niet dat het zulke bezigheid behoort te zijn. In dit verband heeft de Nederlandse hoogleraar GRIBNAU al benadrukt dat moderne rechtsstelsels in de regel gedachten over symmetrische rechtsbetrekkingen tussen overheid en burger ontberen. Toch is een vergaande subjectivering van deze verticale rechtsbetrekking, waarbij wederkerigheid een domeinspecifieke invulling kan krijgen, volgens hem wenselijk en mogelijk.¹³⁵ Waar men in het kader van *Salduz* dan vaak aan voorbijgaat, is dat de Straatsburgse rechter het asymmetrische karakter van de rechtsbetrekking tussen politiemans en verdachte tijdens het verhoor, evenals

¹³² M.J. DUBELAAR, *Betrouwbaar getuigenbewijs. Totstandkoming en waardering van strafrechtelijke getuigenverklaringen in perspectief*, Deventer, Kluwer, 2014, 144-147. Over deze problematiek van betekenisverlening leze men ook A.C. ’T HART, “Strafrecht: De macht van een verhaalstructuur” in *Bij deze stand van zaken. Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem, Gouda Quint, 1983, 181-218.

¹³³ M. BOCKSTAELE en A. JACOBS, “Het arrest Titarenko geanalyseerd vanuit de verhoorpraktijk”, *Vigiles* 2013, 109-116.

¹³⁴ M. BOCKSTAELE, “Verhoren, verklaringen afnemen en ondervragen. Voorstellen tot definitie”, *Vigiles* 2002, 113; P. PONSAERS, J. MULKERS en R. STOOP, *De ondervraging. Analyse van een politietechniek*, Antwerpen, Maklu, 2001, 31-32; J. HUYSMANS en H. BERKMOES, “Salduz-actualia. Europees en Internationaal perspectief”, *Vigiles* 2015, 51. Ook P. PONSAERS en J. MULKERS, *Politieonderzoekstechnieken. Een praktijkoverzicht*, Antwerpen, Maklu, 2001, 80-82.

¹³⁵ H. GRIBNAU, “Wederkerigheid, samenleving en rechtsorde” in M.-C. FOBLETS, M. HILDEBRANDT en J. STEENBERGEN (eds.), *Liber amicorum René Foqué*, Brussel, Larcier, 2012, 49-69.



het corresponderende criterium van dwangcommunicatie, al geruime tijd achter zich liet.

Zo stelt het Hof in *Titarenko* dat elk gesprek (*any conversation*) van een verdachte met de politie te situeren is als een formeel contact (*formal contact*); dit gesprek kan men niet terugbrengen tot een informeel verhoor (*informal questioning*).¹³⁶ Wat evenwel tot op heden onopgemerkt bleef, is dat het EHRM in die zaak *a contrario* stelt dat er sprake is van een verhoor, ook als er *niet* sturend wordt bevraagd. Als we het verhoor gaande houden met gebruikmaking van het begrip dat we er vóór *Salduz* van hadden, dan doen we geen recht aan de participatieve inbreng van de verdachte. Evenzo is dan niet aannemelijk dat we erin slagen om de samenhang tussen het instrumentele en rechtsbeschermende karakter van het verhoor te bestendigen.

24. In navolging van de joodse filosofe Hannah ARENDT willen wij in dit verband het onderscheid tussen 'macht' en 'geweld' in het debat brengen. Geweld heeft volgens haar een instrumentele inzet, terwijl "macht overeen komt met het menselijke vermogen niet slechts te handelen, maar in eensgezindheid te handelen".¹³⁷ De Amerikaanse klinisch psycholoog ROSENBERG omschrijft "geweldloze communicatie" daarom als het vermogen om zich "eerlijk en helder uit te drukken en om tegelijkertijd anderen met respect en empathie tegemoet te treden".¹³⁸ Door de toegenomen invloed van de al geschetste participatieve inbreng van de verdachte in het verhoor ingevolge de *Salduz*rechtspraak zijn deze inzichten ook van direct belang voor het strafrecht. Zoals GUTWIRTH en DE HERT in het verleden hebben betoogd, schenkt de democratische rechtsstaat slechts een overtuigend antwoord op de samenhang tussen rechtshandhaving en rechtsbescherming als zij erin slaagt "om machtsverhoudingen in rechte (en in principe zonder geweld) af te wegen".¹³⁹

¹³⁶ M. COLETTE, "Het onvoltooid verhoor voltooid verleden tijd? Het arrest *Titarenko* besproken, genuanceerd en getoetst aan de *Salduz*rechtspraak", *Vigiles* 2013, 99-106. Zie ook EHRM 15 november 2012, *Zamferesko/Oekraïne*, §§ 60-65; EHRM 15 november 2012, *Sergey Afanasyev/Oekraïne*, §§ 57-62; EHRM 30 mei 2013, *Martin/Estland*, §§ 90-93; EHRM 19 december 2013, *Yuriy Volkov/Oekraïne*, §§ 66-68; EHRM 13 maart 2014, *Aleksandr Vladimirovich Smirnov/Oekraïne*, §§ 70-71; EHRM 15 januari 2012, *Chopenko/Oekraïne*, §§ 46-54; EHRM 30 april 2015, *Shamardakov/Rusland*, §§ 162-163; EHRM 17 december 2015, *Sobko/Oekraïne*, § 55; EHRM 24 mei 2016, *Sirghi/Roemenië*, § 44.

¹³⁷ H. ARENDT, *Over geweld*, Amsterdam, Atlas Contact, 2009, 67-69.

¹³⁸ M.B. ROSENBERG, *Geweldloze communicatie. Ontwapenend, doeltreffend en verbindend*, Rotterdam, Lemniscaat, 2017, 17. Men leze eveneens K. ARMSTRONG, *Compassie*, Amsterdam, De Bezige Bij, 2018, 144-155.

¹³⁹ S. GUTWIRTH en P. DE HERT, "Grondslagentheoretische variaties op de grens tussen het strafrecht en het burgerlijk recht. Perspectieven op schuld-, risico- en strafrechtelijke aansprakelijkheid, slachtofferclaims, buitengerechtelijke afdoening en *restorative justice*" in K. BOONEN, C.P.M. CLEIREN, R. FOQUÉ en T. DE ROOS (eds.), *De weging van 't Hart. Idealen, waarden en taken van het strafrecht*, Deventer, Kluwer, 2002, 126.

Het valt op dat geen van de auteurs die in het verleden over *Salduz* schreven, enig belang stelde in het op een redelijke wijze extrapoleren van deze horizontale machtsverhoudingen naar het verhoor. Wel hielden zij beslist voor dat justitie de communicatie tussen een verdachte en zijn advocaat moet bestendigen, een toepassing van *Salduz* waar niet minder stringent op toegezien moet worden.¹⁴⁰ Niettemin rijst de vraag of de vanzelfsprekendheid waarmee communicatie op dit niveau tot de algemene gegevens van *Salduz* werd gerekend, een schaduw wierp over die andere betekenis van communicatie: die tussen verdachte en justitie.

In dat verband schept de rechtspsychologie nieuwe verwachtingen ten overstaan van het verhoor. Zij spoort ons aan om dit verhoor op te vatten als een coördinatie van belangen en om het daarom met een nieuwe, post-*Salduz*-legitimering te bedenken: "De verhouding tussen de politie en de advocatuur zal een aanzienlijke wijziging ondergaan: ondanks het feit dat de politie/de magistratuur en de advocatuur tegenstrijdige belangen dienen, zullen ze op termijn een samenwerkingsvorm moeten vinden om constructief verder te bouwen naar een flexibele dynamiek van structurele wederkerigheid toe. (...) Communicatie is een van de hoofdzaken die in dit proces aan de orde komen".¹⁴¹

De vervlechting van de communicatieve posities van de participanten in het verhoor is te ver doorgeschreden om nog als tegengesteld aangemerkt te worden. Van groot gewicht is echter dat deze auteurs, die de spontane productie en reproductie van communicatie tijdens het verhoor voorstaan, slechts lijken te opereren binnen de grenzen van het eerste door *Salduz* beoogde doel van het recht op rechtsbijstand, te weten toekijken op de naleving van het *nemo tenetur*-beginsel. Bij nader toezien rekent SMETS uitsluitend het recht voor de advocaat om toe te kijken op de betrouwbaarheid en de geoorloofdheid van het verhoor, tot de verworvenheden die het EHRM met *Salduz* in het hoofd van de politiemans heeft willen slepen. Zij stelt dat onderzoek uitwijst dat "zachte, empathische verhooreigenschappen belangrijke ingrediënten blijken voor de waarheidsvinding".¹⁴²

¹⁴⁰ J.E.B. COSTER VAN VOORHOUT en A.A. FRANKEN, "Communicatie tussen raadsman en verdachte: Straatsburgse uitgangspunten en Nederlandse problemen", *NJCM-Bulletin* 2008, nr. 3, 364-374.

¹⁴¹ L. SMETS, "Het *Salduz*-arrest heeft nood aan een samenwerking tussen politie, advocatuur en magistratuur" in F. GOOSSENS, H. BERKMOES, A. DUCHATELET en F. HUTSEBAUT (eds.), *De Salduz-regeling. Theorie en praktijk, vandaag en morgen*, Brussel, ASP, 2012, 290, 296. Men leze ook D. LEESTMANS, "Politie en advocatuur moeten meer communiceren" (interview met Lotte Smets), *De juristenkrant* 15 juni 2011, 8-9.

¹⁴² *Ibid.*, 295-297. Men leze in deze zin ook M. VANDERHALLEN en G. VERVAEKE, "De ontwikkeling van een werkrelatie met de verdachte" in R. SCHELLINGEN en N. SCHOLTEN (eds.), *Het verdachtenverhoor. Meer dan het stellen van vragen*, Mechelen, Kluwer, 2014, 111-133. De "werkrelatie" of "verstandhouding" tussen de politiemans en de verdachte tijdens het verhoor omschrijven deze auteurs als "een relatie die harmonieus en natuurlijk (ongedwongen) is en wederzijds vertrouwen en respect inhoudt waardoor de samenwerking wordt bevorderd". Opmerkelijk is dat zij het sturen van het verhoor door de politiemans ten stelligste afraden, omdat derwijze "de gelijke basis tussen verhoorder en



Ook POLMAN is zulke mening toegedaan. Hij onderscheidt twee dimensies van de wijze waarop de participanten zich in het verhoor tot elkaar verhouden: de “onder-bovendimensie”, waarbij de een “volgend en passief” en de ander “sturend en dominant” handelt enerzijds, en de “samen-tegen-dimensie”, waarbij de een “coöperatief en ontvankelijk” en de ander “aanvallend en dwarsliggend” is anderzijds. In het verhoor kan met het oog op waarheidsvinding de meeste winst geboekt worden door het “samen-gedrag” van de politiemans en de bevrageerde persoon.¹⁴³

25. Uit deze rechtspsychologische onderzoeken blijkt zodus dat de communicatieve toedracht van het verhoor en het gestand doen van haar rechtsbeschermende functie (participatie) geenzins het opgeven van de instrumentele functie van dat verhoor (waarheidsvinding) veronderstelt. Wel integendeel. De waarheidsvinding gaat er onder impuls van die communicatieve rede wel degelijk aanzienlijk op vooruit¹⁴⁴ en dit moeten wij toejuichen.

Toch valt het op dat diezelfde auteurs deze communicatie met een verkapt instrumentele toedracht bedenken: zij wensen haar slechts in het licht van de betrouwbaarheid van verklaringen, en dus van de waarheidsvinding. De verdachte wordt rechten toegedeeld en de werkrelatie wordt bevorderd, omdat dit functioneel zou zijn met betrekking tot de waarheidsvinding. Aan de waarde van participatie door de verdachte als een *in het verhoor besloten doel* gaan deze auteurs voorbij. Deze stap wordt niet gezet omdat zij te zwaar aanleunt bij accusatoire rechtstelsels, waar die waarheid wordt opgegeven ten voordele van de gelijke rechtsstrijd tussen partijen. In een laatste onderdeel stellen we vast dat die analyse node gecorrigeerd moet worden om de verdachte

verdachte mogelijk belemmerd wordt. Toch staat de werkrelatie in het teken van het binnenhalen van politieel relevante informatie; over het omhoog tillen van de participatieve inbreng van de verdachte wordt met geen woord gerept. BOCKSTAELE duidt die werkrelatie aan met het verschil tussen “complementaire” en “symmetrische” interactie, wijdt ellenlange paragrafen aan actieve luisterbereidheid, aan het vermogen om het eigen referentiekader te buiten te treden en aan de intrinsieke binding van het verhoor aan tweerichtingscommunicatie, maar komt, op de keper beschouwd, niet los van de instrumentalisering van communicatie: “Als men iets van iemand gedaan wil krijgen, vraagt men zich eerst af hoe men het zal aanbrengen. Men vraagt zich af in welke stemming de ander best zou zijn om een positief resultaat te verkrijgen. Dan vraagt men zich af hoe men hem in die stemming krijgt, welke het beste moment is om erover te beginnen, welke de beste argumenten zijn die men kan gebruiken, welke mogelijke bezwaren de ander naar voor kan brengen en hoe men die zal weerleggen. Men werkt een strategie uit”. Men leze M. BOCKSTAELE, *Handboek verhoren 1*, Antwerpen, Maklu, 2018, 191-270, 314-315 *passim*.

¹⁴³ P. POLMAN, “Het verdachtenverhoor in bijzondere situaties”, *Custodes* 2000, nr. 1, 130-131.

¹⁴⁴ Over de valse tegenstelling tussen communicatie en actieve luisterbereidheid enerzijds en de waarheidsvinding anderzijds leze men voorts ook A. VRIJ, “Verhoren van de verdachte en bekentenissen” in P.J. VAN KOPPEN, D.J. HESSING en H.F.M. CROMBAG (eds.), *Het hart van de zaak. Psychologie van het recht*, Deventer, Gouda Quint, 1997, 474-478.

als participant te begrijpen in een inquisitoire procedure, en gebruiken we hiervoor opnieuw het door HABERMAS aan de orde gestelde onderscheid tussen communicatief en strategisch handelen.

7. *Het doel van het verhoor*

26. Waarheidsvinding houdt het continentale strafprocesrecht gaande. De onuitgesproken intuïtie daarbij is dat ‘het systeem’ ook zonder (inbreng van) de verdachte goed functioneert.¹⁴⁵ Echter, een dergelijke gevolgtrekking uit het inquisitoire karakter van het continentale strafprocesrecht lijkt ons, zoals we hierna argumenteren, in het licht van de Salduzrechtspraak onvruchtbaar. Zo wordt een legitimeringsgrondslag van dat procesrechtelijke stelsel op kant gezet: overheden zijn er in een democratische rechtsstaat toe verplicht niet enkel de rechtsstaat (bv. door toedeling van het zwijgrecht) maar ook de democratie (door participatieve inbreng) overeind te houden. Eerder dan hen als tegengesteld aan de waarheidsvinding aan te merken, komen hoger beschreven lijnen, mede onder impuls van de Salduzrechtspraak, juist op hetzelfde punt samen.

Vaak worden de inquisitoire en de accusatoire strafprocesvorm voorgesteld als systemen die met getrokken messen tegenover elkaar staan, terwijl het statische onderscheid de toegang tot die strafprocesvormen toch *slechts in economische zin gemakkelijk*. Zo wordt bijvoorbeeld volgehouden dat de vermenging van procesvormen ook moet leiden tot een andere interpretatie van waarheid en waarheidsvinding.¹⁴⁶ De vraag is dan hoe een gebeurlijke inbraak van accusatoire accenten in een inquisitoir strafprocesrecht acceptabel kan worden gedacht en in de praktijk te verwerkelijken valt. In 1986 schreef de Amerikaans-Kroatische professor DAMASKA een boek over die vraag, *The Faces of Justice and State Authority*. Volgens hem kijkt Europa zowel met hoogachting als in afgrijzen naar Amerika, en zijn comparatieve methodiek brengt hem tot de scherpe vaststelling dat de ontwikkelingsgang van beide procesvormen uitermate geschikt is voor het ordenen van het recht, niet slechts als instrument in handen van overheden, maar ook als een recht dat burgers kunnen opeisen *tegenover* zulke overheden.¹⁴⁷

¹⁴⁵ A.A. FRANKEN en P. VAN KAMPEN, “Tegendraads gedram: de raadsman in strafzaken” in C. KELK, F. KOENRAADT en D. SIEGEL (eds.), *Veelzijdige gedachten. Liber amicorum Prof. Dr. Chrisje Brants*, Den Haag, Boom Lemma Uitgevers, 2013, 245-254.

¹⁴⁶ L.J.J. PETERS, “Over cappuccino en waarheidsvinding in Italië” in J.H. CRIJNS, P.P.J. VAN DER MEIJ en J.M. TEN VOORDE (eds.), *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2008, 163-180. Ook M. BOCKSTAELE, “De aanwezigheid van de advocaat tijdens het verhoor en consultatie voorafgaand aan het eerste verhoor: enkele praktische implicaties”, *Panopticon* 2009, afl. 6, 98.

¹⁴⁷ Over het idee van communicatie en “community” dat uit de Angelsaksische wereld komt overgewaaid, leze men R.C. MAWBY, *Policing Images. Policing, communication and legitimacy*, Devon, Willian Publishing, 2002, 53-81 en P. PONSAAERS, “Lokale recherche binnen het perspectief van community



DAMASKA neemt zijn toevlucht tot de volgende redenering. Onder inquisitoire procedures is er sprake van een zekere rechtsongelijkheid en voorsprong van justitie op de verdediging. De verdachte is er een 'object' van onderzoek en justitie gaat tamelijk eenzijdig op zoek naar wat er daadwerkelijk gebeurd is, naar de materiële waarheid. Onder de accusatoire variant is dat anders. Kenmerkend is daar dat de strafprocedure wordt gekleurd door een tegensprekelijk debat tussen gelijkwaardige partijen en dat justitie (met een lijdelijke rechter) toeziet over de procedure.¹⁴⁸

Deze tegenstelling tussen inquisitoire en accusatoire procesvormen treedt evenwel pas in volle omvang voor het voetlicht als we beseffen dat overheden met de keuze voor de ene dan wel andere variant ook strafprocesdoelen willen realiseren. DAMASKA noemt hen het *policy-implementing type of proceeding* en het *conflict-solving type of proceeding*. Met de inquisitoire procedure wil men vooral een beleidsdoel realiseren, te weten de verwerkelijking van het materiële strafrecht oftewel de waarheidsvinding.¹⁴⁹ Daarbij staat voorop dat er slechts één coherente versie van deze waarheid kan zijn. Justitie klaart deze klus, en burgers worden niet bij die waarheidsvinding betrokken. De agenda van de accusatoire procedure, daarentegen, wordt gedomineerd door de tegenspraak van de partijen en de eerlijke procesvoering; de waarheid als procesdoel werpt men ten stelligste af.¹⁵⁰

27. Het staat voor ons als een paal boven water dat de waarheidsvinding binnen onze inquisitoire strafvordering begrepen moet worden als de grondslag waarop de rechtsbetrekking tussen burger en justitie thans gedijt *en moet blijven gedijen*.¹⁵¹ Zo bezien kunnen we het volmondig eens zijn met academici die op basis van recht en wetenschap pleiten voor het decoreren van zulke inquisitoire procedure met accusatoire kleurtoetsen.¹⁵²

policing. Weerstanden en mogelijkheden" in B. VAN STOKKOM, J. TERPSTRA en L.G. MOOR (eds.), *De politie en haar opdracht. De kern-takendiscussie voorbij*, Apeldoorn, Maklu, 2010, 219-242.

¹⁴⁸ M. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, Yale University Press, 1986, 88-96. Men leze eveneens M. DAMASKA, "Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure. A comparative study", *University of Pennsylvania Law Review* 1972-73, 506-589; H. CROMBAG, *Integendeel. Over psychologie en recht*, Amsterdam, Contact, 2010, 197-202 alsook T. DECAIGNY en P. DE HERT, "You can change the color of your hair, but not your hair: convergence in inquisitorial and adversarial systems" in C. KELK, F. KOENRAADT en D. SIEGEL (eds.), *Veelzijdige gedachten. Liber amicorum Prof. Dr. Chrisje Brants*, Den Haag, Boom Lemma Uitgevers, 2013, 235-244.

¹⁴⁹ M. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, Yale University Press, 1986, 147-173.

¹⁵⁰ *Ibid.*, 97-146.

¹⁵¹ T.M. SCHALKEN, *Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen. Een ontwikkeling naar evenwicht?* (Oratie Amsterdam), Arnhem, Gouda Quint, 1987, 15.

¹⁵² S. GUTWIRTH en P. DE HERT, "Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers", *DD* 2001, afl. 10, 1048-1087. Kritisch ten overstaan

DAMASKA's boodschap lijkt echter dat wie een participatieve inbreng van de verdachte wil, de waarheid en waarheidsvinding moet opgeven. Dat deze boodschap niet in dovemansoren viel, en dat met de Salduzrechtspraak een uitrede uit onze inquisitoire procesvorm aannemelijk werd, is door diverse auteurs opgemerkt. Zij schrijven over *Salduz* als een 'gordiaanse knoop'¹⁵³ en een 'onwerkbaar imbrogljo'.¹⁵⁴ DECAIGNY, DE HERT en VAN GARSSE merken de gelijkenissen tussen de Salduzwet en de wet op de verruimde minnelijke schikking (allebei afgekondigd in 2011) op en stellen dat "door het toelaten van een wijze van afhandeling door middel van een onderhandeling ook geraakt wordt aan de onderliggende rechtscultuur in ons land. De deur wordt opengezet voor een visie op waarheid met accusatoire of adversaire inslag, waarbij de waarheidsaanspraak relatief en pragmatisch van aard is, ten nadele van de eerder ontologische of dogmatische benadering van waarheid in een inquisitoir systeem".¹⁵⁵

Als we zulke boude waarschuwingen lezen, die aan iedereen zin voor nuance onrecht doen, dan doen we er goed aan om terug te keren tot het kardinale onderscheid tussen communicatief en strategisch handelen. Zoals we zagen, staat het eerste soort handelen volop in het teken van handelingscoördinatie: het is mogelijk om door communicatie een participatieve inbreng van alle betrokkenen (zo ook in het verhoor) te verwelkomen. Anders is het met het strategische (of in de woorden van FOQUÉ en 'T HART: instrumentele) handelen gesteld. Hier kiezen de betrokkenen middelen en doelen, en blijft de communicatie hangen in het door elk van hen gewenste resultaat. Van ware intersubjectiviteit kan dan geen sprake zijn.

Van strategisch handelen zal daarom sprake zijn wanneer justitie ter verwerkelijking van een publiek belang en beleidsdoel gaat tafelen met andere actoren, en zich vanzelf binnen een *voor wat hoort wat*-rechtvaardigheidsnotie gaat begeven. De waarheid boet dan aan waarde in.¹⁵⁶ Echter, andersom geldt dan dat de toepassing van het communicatief handelen over het verhoor niet wil zeggen dat wij onze vrije beschikking over het doel ervan aan die communicatie moeten offeren. Communicatie en waarheidsvinding zijn zeer wel met elkaar bestaansbaar.¹⁵⁷

van het al te zeer tegenover elkaar afbakenen van rolpogities zijn PRAKKEN, "Over strafvordering 2001, een voorlopige balans", *o.c.*, 725-742 en A.A. FRANKEN, "Traditionele waarden van de advocatuur en schuivende verantwoordelijkheden voor de raadsman. Achtergronden bij een verhit debat", *DD* 2007, afl. 4, 360-369.

¹⁵³ K. VAN CAUWENBERGHE, "Salduz: een gordiaanse knoop" (forum), *De juristenkrant* 10 maart 2010, nr. 205, 12.

¹⁵⁴ F. SCHUERMANS, "Salduz-bis of Salduz in het kwadraat?", *De juristenkrant* 27 juni 2012, nr. 252, 6.

¹⁵⁵ Men leze T. DECAIGNY, P. DE HERT en L. VAN GARSSE, "De minnelijke schikking na de wetten van 14 april en 11 juli 2011. Verruiming van de buitengerechtelijke afhandeling en fundamentele hervorming", *RW* 2011-12, 561.

¹⁵⁶ M. HILDEBRANDT, "Een flexibele matrix voor het algemeen belang. Variaties op Habermas' *communicatieve macht*" in R. FOQUÉ en M. WEYEMBERGH (eds.), *Filosofische aspecten van het privé-publiek debat*, Brussel, VUB Press, 1997, 90.

¹⁵⁷ Dit wil met andere woorden zeggen dat het verhoor niet "doel-loos" is, zoals de toepassing van communicatie en symmetrie



V. Conclusie en werkdefinitie van het begrip ‘verhoor’

28. Waar brengt deze toepassing van rechtstheoretische gedachtekrans, alsmede van de twee rechtsgrondslagen van de Salduzrechtspraak, over de internrechtelijke regeling rond het verhoor ons nu?

We vingen dit artikel aan met de vaststelling dat de Belgische wetgever er niet in slaagt het verhoor in een wettelijke omschrijving onder te brengen. De weifelende rechtspraak van het Hof van Cassatie over ‘spontane verklaringen’ toont nu aan dat dit niet betekent dat de ontstentenis van zulke omschrijving geen ernstige lacune is of dat het rechtsgeleerden thans vrij staat om elke naar eigen interpretatie bruikbare omschrijving van het ‘verhoor’ aan te houden. Eerder moeten we erkennen dat deze omschrijving – ingevolge de Salduzrechtspraak – een veel lastiger opdracht vormt dan wij allen tot op heden voorhielden.

Daarom hebben wij in een eerste fase betracht aannemelijk te maken dat het mogelijk is om deze omschrijving van het verhoor normatief te onderbouwen. We stelden vast dat achter de Salduzrechtspraak in feite twee visies over staatsmacht schuilgaan: de verticale en de horizontale verhouding tussen burgers en overheid, die moet leiden tot de toedeling van individuele rechten dan wel individuele verantwoordelijkheid.

In een tweede fase werd dit perspectief verengd, en toegepast op de Salduzrechtspraak. De eergenoemde verticale rechtsbetrekking werd verbonden met het *nemo tenetur*-beginsel en het zwijgrecht (de eerste rechtsgrondslag), terwijl de horizontale rechtsbetrekking verband houdt met de participatieve inbreng van de verdachte in het verhoor (de tweede rechtsgrondslag). Wat in dit verband uit onderzoek is gebleken, is dat het *nemo tenetur*-beginsel en de participatieve inbreng van de verdachte maar tot op zekere hoogte lijken samen te gaan, en vroeg of laat hun eigen weg moeten gaan. De Belgische wetgever (en in zijn spoor ook de rechter) opteerde voor de opname, in de Belgische wet, van een omschrijving van de opdracht van de advocaat in het verhoor als een die wij vrijwel geheel met het *nemo tenetur*-beginsel in verband moeten brengen.

over de strafprocedure door de Nederlandse jurist PRAKKEN en verwante denkers wordt gekenschetst. Waar het ons in dit artikel om te doen is, is het verwerkelijken en verinnerlijken van vormen van communicatief handelen in systeemcontexten. De verdachte behoudt, vermits het geen volstrekt symmetrisch gebeuren betreft, de vrijheid om deze communicatieve rede af te werpen. Hier wordt volstaan met de vaststelling dat communicatie geenszins het opgeven van de instrumentele functie van het verhoor impliceert. Dit zou de koudwatervrees onder vele denkers alvast moeten wegnemen. Deze communicatie als strafrechtelijk doel is voorts goed te onderscheiden van het organiseren van zulke communicatie *omwille van die instrumentele functie*, waartegen wij ons ten stelligste – en wellicht ten overvloede – verzetten. Men leze E. PRAKKEN, “Legitieme strafvordering”, *DD* 2001, afl. 10, 1035-1047 en D. GARÉ, “Rechtsbescherming en waarheidsvinding. Vorm en inhoud hangen samen”, *DD* 1997, afl. 4, 335-343.

Wij stelden in dit verband evenwel vast dat de Salduzrechtspraak tot grotere inspanningen noopt. De vaste overtuiging dat wij op basis van deze rechtspraak een al te enge opvatting van de inbreng van de verdachte in het verhoor (alsmede van de taakomschrijving van de advocaat) niet moeten accepteren, leidde ertoe dat we naar een omschrijving van het verhoor toewerkten die op het onderscheid tussen ‘communicatief’ en ‘strategisch’ handelen leunt. Uit deze binding van de Salduzrechtspraak aan rechtstheoretische inzichten is gebleken dat met vrucht volgehouden kan worden dat de instrumentele functie van het verhoor (de waarheidsvinding) overeind blijft wanneer wij de verdachte als een handelend individu met een participatieve inbreng proberen te begrijpen. Het verhoor als een vorm van dwangcommunicatie past dan niet alleen niet goed bij de bedoeling van de Salduzrechtspraak, zij wijst er tevens op dat de inquisitoire procedure zeer wel in staat is om méér communicatie te verdragen.

29. Op grond van het feit dat uit de Salduzrechtspraak van het EHRM een rechtsbeschermingseis naar voren komt met een tweeledig karakter, waarbij gewaakt moet worden over de verklaringenvrijheid van de verdachte in het kader van het *nemo tenetur*-beginsel maar tevens consequenties moeten worden verbonden aan het feit dat de verdachte *in staat moet worden gesteld om communicatieve inspanningen op zich te nemen*, komen wij tot de volgende omschrijving van het begrip ‘verhoor’:

Het verhoor is een vorm van communicatie tussen een ondervrager en een rechtssubject dat aangesproken wordt op zijn rechtstreekse of onrechtstreekse verantwoordelijkheid voor strafrechtelijk relevante gebeurtenissen die justitie aanbelangen, waarbij door middel van een gesprek in vraag- en antwoordvorm alle relevante informatie in kaart gebracht wordt en geacteerd in een proces-verbaal, met als doel de waarheid te vinden in de vorm voorzien bij wet en op een wijze die correspondeert met de dwangvrije participatie door de partijen.

Als we erin slagen om het verhoor te begrijpen als zulk een vorm van communicatie met een werkelijk participatieve inbreng van de verdachte, in plaats van dat die laatste het verhoor lijdzaam ondergaat, dan kunnen wij ook leren begrijpen hoe de strafprocedure erin slaagt om zelf als moreel subject herkenbaar en aanspreekbaar te zijn.¹⁵⁸ Andersom komt deze procedure er dan toe burgers aan te sporen tot het nemen van verantwoordelijkheid, waardoor zij rechtsnormen kunnen

¹⁵⁸ F. HALSEMA, “De moraal van de dader” in H. BOUTELLIER, H. KUNNEMAN en J. LEEST (eds.), *De straf voorbij. Morele praktijken rondom het strafrecht*, Amsterdam, Uitgeverij SWP, 2001, 47-53. Andersom kan hetzelfde niet verwacht worden van de verdachte die in het verhoor participeert. Van die laatste kan, in het licht van het *nemo tenetur*-beginsel, niet verlangd worden aanspreekbaar te zijn; de vrijheid om zich door justitie tijdens het verhoor op zijn communicatieve rede te laten aanspreken, is een vrijheid die te allen tijde afgeworpen kan worden. Over deze vrijheid om niet te communiceren leze men WIERSINGA, *Nuance in benadering, o.c.*, 111-118. Verwacht mag worden dat de verdachte, omdat hij in het verhoor op zijn verantwoordelijkheid als burger aangesproken werd, ook op de verklaring (en het proces-verbaal) aanspreekbaar is, maar niet dat hij zich tijdens het proces ten gronde niet afkeert van deze aanspreekbaarheid.



verinnerlijken.¹⁵⁹ Als burger worden zij dan “consequent als moreel subject aangesproken en met hun verantwoordelijkheid geconfronteerd, echter niet in een verticale, hiërarchische verhouding, maar op horizontale basis, dat wil zeggen: met behoud van een communicatieve relatie”.¹⁶⁰ Of zoals PRAKKEN het stelt, wordt aan de idealen van de Verlichting dan alsnog recht gedaan: “Wat belangrijk is aan dit klassieke beeld van de verdachte en strafbare burger is dat hij in alle stadia in principe burger bleef, verantwoordelijk voor wat hij gedaan had maar ook serieus genomen in zijn eigen verhaal daarover”.¹⁶¹

We stelden vast dat deze communicatie de handhaving van participatie door de verdachte in het verhoor en aan de strafprocedure kan verklaren. In het verhoor wordt de communicatieve rede van de verdachte opgeroepen, wordt hij ‘gedwongen’ om de symbolische orde van het strafrecht anders te begrijpen dan vanuit het eigen ‘strategische’ belang, kortom: hij *spreekt* deze rechtsorde niet slechts op de handhaving van zijn rechten en de solidariteit met zijn strategie *aan*, maar hij wordt zelf ook door die rechtsorde op zijn verantwoordelijkheid als burger *aangesproken*. Aan die machtsverhouding, die wij ‘geweldloze communicatie’ genoemd hebben, ligt het dan of de lidstaten bij het Verdrag er werkelijk in slagen om het in *Salduz* besloten doel van het recht op rechtsbijstand door een advocaat bij het verhoor te verwerkelijken: een strijd om woorden.

¹⁵⁹ De binding van vrijheid aan verantwoordelijkheid is al veel langer een thema in de vergeldingstheorie. Men leze B. VAN STOKKOM, “Fatsoenlijk vergelden”, *Tijdschrift voor Filosofie* 2016, 777-806 en B. VAN STOKKOM, “Straf als aansporing tot verantwoordelijkheid. De ‘opzettelijke leedtoevoeging’ voorbij”, *DD* 2019, te verschijnen. Aangaande de herstelbemiddeling: J. LEEST, *Een redelijk ritueel. Bemiddelen tussen strafrecht en leefwereld*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2007. Men leze eveneens R. FOQUÉ, “Kwetsbaarheid aan het woord brengen. Tegen strafrechtelijk instrumentalisme” in F. VERBRUGGEN, R. VERSTRAETEN, D. VAN DAELE en B. SPRIET (eds.), *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2005, 1140: “Autonomie en verantwoordelijkheid vormen de hoekstenen van het mensbeeld dat een fatsoenlijke samenleving en een democratische rechtsorde schraagt (...)”. Over zulke contra-intuïtieve binding van burgerschap en communicatie aan 1) het strafrecht, 2) de strafprocedure, 3) de veroordeling en 4) de straf, leze men ook R.A. DUFF, “A Relational Conception of Punishment” in M.-C. FOBLETS, M. HILDEBRANDT en J. STEENBERGEN (eds.), *Liber amicorum René Foqué*, Brussel, Larcier, 2012, 216: “(...) the natural response to wrongdoing is to withdraw from the wrongdoer, or to exclude him from the fellowship that he has hitherto enjoyed; a more inclusionary response will then need to overcome or work against that appropriately exclusionary inclination.”.

¹⁶⁰ H. KUNNEMAN, “Moraliteit en strafrecht in een postmoderne cultuur” in H. BOUTELLIER, H. KUNNEMAN en J. LEEST (eds.), *De straf voorbij. Morele praktijken rondom het strafrecht*, Amsterdam, SWP, 2001, 15.

¹⁶¹ T. PRAKKEN, “De verdachte als buitengeslotene: een mensbeeld” in *ibid.*, *Het laatste woord. Zes opstellen over verdediging in strafzaken*, Deventer, Kluwer, 2005, 29.

