

Het recht op bijstand door een advocaat bij het verhoor: subjectivering in geval van terreurdaden (en daarbuiten)

Colette, Maarten; Goossens, Franky

Published in:
Nullum Crimen

Publication date:
2019

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Colette, M., & Goossens, F. (2019). Het recht op bijstand door een advocaat bij het verhoor: subjectivering in geval van terreurdaden (en daarbuiten). *Nullum Crimen*, 14(5), 417-427.

Copyright

No part of this publication may be reproduced or transmitted in any form, without the prior written permission of the author(s) or other rights holders to whom publication rights have been transferred, unless permitted by a license attached to the publication (a Creative Commons license or other), or unless exceptions to copyright law apply.

Take down policy

If you believe that this document infringes your copyright or other rights, please contact openaccess@vub.be, with details of the nature of the infringement. We will investigate the claim and if justified, we will take the appropriate steps.

Jurisprudentie

EHRM 13 september 2016

Zet.: Raimondi (Voorzitter), Sajó, Karakaş, López Guerra, Lazarova Trajkovska, Yudkisyva, Hajiyev, Tsotsoria, De Gaetano, Laffranque, Lemmens, Mahoney, Silvis, Dedov, Spano, Motoc, O’Leary (Rechters)
Adv.: Mr. J. Bennathan, Mr. J. Bunting, Mr. J. King en Mr. A. Faul

VERHOOR VAN TERRORISMEVERDACHTEN – TIJDELIJKE BEPERKING VAN RECHT OP ADVOCATENBIJSTAND TIJDENS VERHOOR – DWINGENDE REDENEN – ART. 6.1 EN 6.3.C) EVRM

Artikel 6 EVRM is van toepassing op alle strafzaken en geldt derhalve ook voor verdachten van terreurmisdrijven. Het recht op bijstand door een advocaat (art. 6.3.c) EVRM) tijdens het verhoor kan evenwel uitzonderlijk uitgesteld worden, op voorwaarde enerzijds dat er hiervoor een wettelijke grondslag bestaat in het interne recht en deze interne wet de draagwijdte en de inhoud van die beperking voldoende duidelijk preciseert en anderzijds – het betreft hier een bijzonder strikt te interpreteren criterium – dat die uitzondering verband houdt met “concrete dwingende redenen”. Justitie moet op overtuigende wijze en in concreto aantonen dat er een dringende behoefte voorligt om te vermijden dat er ernstige gevolgen zouden zijn voor het leven, de vrijheid of de fysieke integriteit van personen; een algemeen gevaar voor het lekken van informatie volstaat dus niet. De beperkingen op het recht op rechtsbijstand moeten tijdelijk zijn en moeten gebaseerd zijn op een individuele beoordeling van de bijzondere omstandigheden van de zaak.

Het feit dat er geen advocaat aanwezig was bij het verhoor (art. 6.3.c) EVRM) kan niet zomaar gelijkgesteld worden met een schending van het recht op een eerlijk proces (art. 6.1 EVRM): hiervoor moet naar het geheel van de procedure gekeken worden (holistische benadering). Ook indien er geen dwingende reden voorligt voor het tijdelijk beperken van het recht op bijstand tijdens het verhoor, is er niet noodzakelijk sprake van een schending van het recht op een eerlijk proces: in dat geval zal de overheid zeer overtuigend moeten aantonen dat de algehele eerlijkheid van de procedure in concreto niet onherstelbaar onder de beperking van het recht op bijstand lijdt. Het EHRM zal dan streng kijken naar de eerlijk-proces-toets en de afwezigheid van dwingende redenen zal zwaar doorwegen in het nadeel van de Verdragsstaat. Om in te schatten of een proces in zijn algemeenheid eerlijk

gevoerd werd, dient onder meer gekeken te worden naar de volgende zaken: 1) of de verdachte zich in een bijzonder kwetsbare toestand bevond, bijvoorbeeld door zijn leeftijd of mentale toestand; 2) het internrechtelijke kader inzake het vooronderzoek en inzake het bewijs en het respecteren hiervan: bij uitsluiting van bewijs is het onwaarschijnlijk dat er sprake is van een oneerlijk proces; 3) of het de verdachte toegestaan was de authenticiteit en het gebruik van het bewijs aan te vechten; 4) de kwaliteit van het bewijs en de vraag of de omstandigheden van verkrijging ervan twijfel zaaien over de betrouwbaarheid of accuraatheid ervan; 5) of het bewijs onrechtmatig verkregen werd en zo ja, waaruit die onrechtmatigheid bestaat (indien uit een schending van een ander artikel uit het EVRM, de aard van deze schending); 6) in het geval van een verklaring, de inhoud ervan en de vraag of deze snel ingetrokken of gewijzigd werd; 7) het gebruik van het bewijs en in het bijzonder de vraag of dat gebruik volledig dan wel grotendeels de veroordeling onderbouwde, en de sterkte van het overige bewijs; 8) de beoordeling van de schuldvraag door beroepsrechters dan wel door een jury en – in dat laatste geval – de inhoud van de aan de jury gegeven instructies; 9) het belang van de maatschappij bij de vervolging en bestraffing van het misdrijf in kwestie; 10) andere relevante procedurele waarborgen in het interne recht en in de interne praxis.

(Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk)

(...)

C. The Court’s assessment

1. General principles

(a) Applicability of Article 6 in its criminal aspect

249. The protections afforded by Article 6 §§ 1 and 3 apply to a person subject to a “criminal charge”, within the autonomous Convention meaning of that term. A “criminal charge” exists from the moment that an individual is officially notified by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence, or from the point at which his situation has been substantially affected by actions taken by the authorities as a result of a suspicion against him (see *Deweere v. Belgium*, 27 February 1980, §§ 42-46, Series A no. 35; *Eckle v. Germany*, 15 July 1982, § 73, Series A no. 51; and *McFarlane v. Ireland* [GC], no. 31333/06, § 143, 10 September 2010).

(b) General approach to Article 6 in its criminal aspect

250. The right to a fair trial under Article 6 § 1 is an unqualified right. However, what constitutes a fair trial cannot be



the subject of a single unvarying rule but must depend on the circumstances of the particular case (see *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom* [GC], nos. 15809/02 and 25624/02, § 53, ECHR 2007-III). The Court's primary concern under Article 6 § 1 is to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings (see, among many other authorities, *Taxquet v. Belgium* [GC], no. 926/05, § 84, ECHR 2010; and *Schatschaschwili v. Germany* [GC], no. 9154/10, § 101, ECHR 2015).

251. Compliance with the requirements of a fair trial must be examined in each case having regard to the development of the proceedings as a whole and not on the basis of an isolated consideration of one particular aspect or one particular incident, although it cannot be excluded that a specific factor may be so decisive as to enable the fairness of the trial to be assessed at an earlier stage in the proceedings (see *Can v. Austria*, no. 9300/81, Commission's report of 12 July 1984, § 48, Series A no. 96). In evaluating the overall fairness of the proceedings, the Court will take into account, if appropriate, the minimum rights listed in Article 6 § 3, which exemplify the requirements of a fair trial in respect of typical procedural situations which arise in criminal cases. They can be viewed, therefore, as specific aspects of the concept of a fair trial in criminal proceedings in Article 6 § 1 (see, for example, *Salduz*, cited above, § 50; *Gäfgen v. Germany* [GC], no. 22978/05, § 169, ECHR 2010; *Dvorski*, cited above, § 76; and *Schatschaschwili*, cited above, § 100). However, those minimum rights are not aims in themselves: their intrinsic aim is always to contribute to ensuring the fairness of the criminal proceedings as a whole (see *Can*, cited above, § 48; *Mayzit v. Russia*, no. 63378/00, § 77, 20 January 2005; and *Seleznev v. Russia*, no. 15591/03, § 67, 26 June 2008).

252. The general requirements of fairness contained in Article 6 apply to all criminal proceedings, irrespective of the type of offence in issue. There can be no question of watering down fair trial rights for the sole reason that the individuals in question are suspected of involvement in terrorism. In these challenging times, the Court considers that it is of the utmost importance that the Contracting Parties demonstrate their commitment to human rights and the rule of law by ensuring respect for, *inter alia*, the minimum guarantees of Article 6 of the Convention. Nevertheless, when determining whether the proceedings as a whole have been fair the weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence in issue may be taken into consideration (see *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, § 97, ECHR 2006-IX). Moreover, Article 6 should not be applied in such a manner as to put disproportionate difficulties in the way of the police authorities in taking effective measures to counter terrorism or other serious crimes in discharge of their duty under Articles 2, 3 and 5 § 1 of the Convention to protect the right to life and the right to bodily security of members of the public (see, *mutatis mutandis*, *Sher and Others v. the United Kingdom*, no. 5201/11, § 149, ECHR 2015 (extracts)). However, public inter-

est concerns cannot justify measures which extinguish the very essence of an applicant's defence rights (see *Jalloh*, cited above, § 97; *Bykov v. Russia* [GC], no. 4378/02, § 93, 10 March 2009; and *Aleksandr Zaichenko v. Russia*, no. 39660/02, § 39, 18 February 2010).

(...)

257. The test set out in *Salduz* for assessing whether a restriction on access to a lawyer is compatible with the right to a fair trial is composed of two stages. In the first stage the Court must assess whether there were compelling reasons for the restriction. In the second stage, it must evaluate the prejudice caused to the rights of the defence by the restriction in the case in question. In other words, the Court must examine the impact of the restriction on the overall fairness of the proceedings and decide whether the proceedings as a whole were fair. This test has been cited and applied on numerous occasions by the Court. However, the Court considers that the application of the *Salduz* test in its subsequent case-law discloses a need to clarify each of its two stages and the relationship between them.

(ii) *The meaning of "compelling reasons"*

258. The first question to be examined is what constitutes compelling reasons for delaying access to legal advice. The criterion of compelling reasons is a stringent one: having regard to the fundamental nature and importance of early access to legal advice, in particular at the first interrogation of the suspect, restrictions on access to legal advice are permitted only in exceptional circumstances, must be of a temporary nature and must be based on an individual assessment of the particular circumstances of the case (see *Salduz*, cited above, § 54 *in fine* and § 55). It is of relevance, when assessing whether compelling reasons have been demonstrated, whether the decision to restrict legal advice had a basis in domestic law and whether the scope and content of any restrictions on legal advice were sufficiently circumscribed by law so as to guide operational decision-making by those responsible for applying them. To date, the Court has not provided guidance on what might be considered compelling reasons under this limb of the *Salduz* test. The compelling nature of the reasons advanced by a respondent Government to justify restrictions on legal assistance during police questioning must be assessed on a case-by-case basis, with reference to the general criteria set out above.

259. The Court accepts that where a respondent Government have convincingly demonstrated the existence of an urgent need to avert serious adverse consequences for life, liberty or physical integrity in a given case, this can amount to compelling reasons to restrict access to legal advice for the purposes of Article 6 of the Convention. In such circumstances, there is a pressing duty on the authorities to protect the rights of potential or actual victims under Articles 2, 3 and 5 § 1 of the Convention in particular. The Court notes, in this regard,



that Directive 2013/48/EU, which enshrines the right to legal assistance, provides for an exception to this right in exceptional circumstances where, *inter alia*, there is an urgent need to avert serious adverse consequences for the life, liberty or physical integrity of a person (see paragraph 210 above). Similarly, in the United States, following its ruling in *Miranda v. Arizona*, the Supreme Court made clear in its judgment in *New York v. Quarles* that there is a “public safety exception” to the Miranda rule, permitting questioning to take place in the absence of a lawyer and before a suspect has been read his rights where there is a threat to public safety (see paragraphs 229-230 above; see also the position in Canada and in a number of those member States of the Council of Europe whose laws permit temporary delays in access to legal advice, at §§ 232 and 228 respectively, above). However, in so far as the Chamber judgment can be taken to have accepted that a general risk of leaks might qualify as compelling reasons, this finding must be rejected: the Court considers that a non-specific claim of a risk of leaks cannot constitute compelling reasons so as to justify a restriction on access to a lawyer.

(iii) *The fairness of the proceedings as a whole*

260. The question arises whether a lack of compelling reasons for restricting access to legal advice is, in itself, sufficient to found a violation of Article 6. The first three applicants have cited case-law of this Court subsequent to *Salduz*, cited above, which they contend makes it clear that *Salduz* intended to lay down a bright-line rule precluding any use at trial of statements made without legal advice (see paragraph 236 above). However, the approach taken in *Salduz* itself does not support this argument and the Grand Chamber in *Dvorski*, cited above, § 82 *in fine*, does not appear to have understood *Salduz* in this way. In its summary of the general principles applicable to the case, the Court in *Salduz*, § 52-54, referred to the overall fairness assessment that had to be carried out when determining whether there had been a breach of Article 6 rights. It said that the rights of the defence would “in principle” be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer were used for a conviction, indicating that the rule, while strict, was not absolute (§ 55). It is also noteworthy that, having concluded that there were no compelling reasons to deny the applicant access to a lawyer in that case (§ 56), the Court nonetheless went on to examine the trial proceedings and, in particular, to assess the impact of the admission of statements made in the absence of a lawyer on the fairness of the proceedings as a whole (§§ 57-62).

261. The first three applicants also referred, *inter alia*, to Directive 2013/48/EU and the judgment of the United States Supreme Court in *Miranda v. Arizona* in support of their argument that a bright-line rule was appropriate and necessary (see paragraphs 206-212 and 229 above). While it is true that the approach in the United States is a strict one, it is noteworthy that Directive 2013/48/EU is silent on whether evidence

obtained in violation of the guarantees it contains can be fairly admitted at trial, but merely requires that suspects have “an effective remedy under national law” in the event of a breach of the rights under the Directive (see paragraph 211 above). The laws of the Contracting Parties of the Council of Europe show a diversity of practice in this respect with some favouring automatic exclusion and others preferring to allow judicial discretion (see paragraph 228 above). In Canada, evidence obtained in breach of its Charter of Rights and Freedoms may be admissible at trial (see paragraph 233 above). A similar approach is taken by the international criminal tribunals examined above (see paragraphs 220-222 and 226-227 above).

262. The Court accordingly reiterates that in assessing whether there has been a breach of the right to a fair trial it is necessary to view the proceedings as a whole, and the Article 6 § 3 rights as specific aspects of the overall right to a fair trial rather than ends in themselves (see paragraphs 250-251 above). The absence of compelling reasons does not, therefore, lead in itself to a finding of a violation of Article 6 of the Convention.

(iv) *The impact on the fairness assessment of the presence or absence of compelling reasons*

263. The fact that the absence of compelling reasons is not, in itself, sufficient for a finding of a violation of Article 6 of the Convention does not mean that the outcome of the “compelling reasons” test is irrelevant to the assessment of overall fairness.

264. Where compelling reasons are found to have been established, a holistic assessment of the entirety of the proceedings must be conducted to determine whether they were “fair” for the purposes of Article 6 § 1. As noted above, a similar approach is taken in Article 12 of EU Directive 2013/48/EU on, *inter alia*, the right of access to a lawyer, and a number of jurisdictions approach the question of admissibility of evidence by reference to its impact on the fairness or integrity of the proceedings (see paragraph 261 above).

265. Where there are no compelling reasons for restricting access to legal advice, the Court must apply a very strict scrutiny to its fairness assessment. The failure of the respondent Government to show compelling reasons weighs heavily in the balance when assessing the overall fairness of the trial and may tip the balance in favour of finding a breach of Article 6 §§ 1 and 3 (c) (see, for a similar approach with respect to Article 6 §§ 1 and 3 (d), *Schatschaschwili*, cited above, § 113). The onus will be on the Government to demonstrate convincingly why, exceptionally and in the specific circumstances of the case, the overall fairness of the trial was not irretrievably prejudiced by the restriction on access to legal advice.

(...)



(g) Relevant factors for the fairness assessment

274. Having regard to the fact that a criminal trial generally involves a complex interplay of different aspects of criminal procedure, it is often artificial to try and categorise a case as one which should be viewed from the perspective of one particular Article 6 right or another. As noted above (see paragraph 254), complaints concerning a failure to respect the express or implied Article 6 rights at the investigation stage in criminal proceedings will often crystallise at trial, when the evidence obtained is admitted. When examining the proceedings as a whole in order to assess the impact of procedural failings at the pre-trial stage on the overall fairness of the criminal proceedings, the following non-exhaustive list of factors, drawn from the Court's case-law, should, where appropriate, be taken into account:

- (a) Whether the applicant was particularly vulnerable, for example, by reason of his age or mental capacity.
- (b) The legal framework governing the pre-trial proceedings and the admissibility of evidence at trial, and whether it was complied with; where an exclusionary rule applied, it is particularly unlikely that the proceedings as a whole would be considered unfair.
- (c) Whether the applicant had the opportunity to challenge the authenticity of the evidence and oppose its use.
- (d) The quality of the evidence and whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy, taking into account the degree and nature of any compulsion.
- (e) Where evidence was obtained unlawfully, the unlawfulness in question and, where it stems from a violation of another Convention Article, the nature of the violation found.
- (f) In the case of a statement, the nature of the statement and whether it was promptly retracted or modified.
- (g) The use to which the evidence was put, and in particular whether the evidence formed an integral or significant part of the probative evidence upon which the conviction was based, and the strength of the other evidence in the case.
- (h) Whether the assessment of guilt was performed by professional judges or lay jurors, and in the case of the latter the content of any jury directions.
- (i) The weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence in issue.
- (j) Other relevant procedural safeguards afforded by domestic law and practice.

(...)

NOOT: Het recht op bijstand door een advocaat bij het verhoor: subjectivering in geval van terreurdaden (en daarbuiten)

I. Inleiding

1. In deze noot onder zijn arrest *Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk* van 13 september 2016 (Grote Kamer) gaan wij na hoe de Straatsburgse rechter omgaat met het recht op bijstand door een advocaat bij het verhoor in geval van terreurdaden. Wij zijn niet de allereersten om dit te doen. Zo heeft in Nederland SPRONKEN in de context van de initiële Straatsburgse uitspraak in dezen reeds kritiek geuit op wat zij het 'vloeibare' karakter van het recht van verdediging onder zulke gespannen omstandigheden noemt.¹ Ook in Nederland wijst volgens VAN KEMPEN het *Ibrahim*-arrest erop dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) het zwijgrecht tot dé essentie van het recht van verdediging kroont en dat de participatieve inbreng van de verdachte in het verhoor niet meer tot de rechtsgrondslagen van de Salduzrechtspraak gerekend moet worden.² Ten slotte verwijzen we voor wat onze noorderburen betreft, naar de algemene vaststelling van criminoloog BOUTELLIER dat terreur het 'vitale veiligheidsverlangen' van westerlingen op scherp stelt.³ Voor België wijzen we op de observatie, door DE HERT gedaan, dat het EHRM zich de voorbije tijd (mede onder impuls van terreurdaden) te veel door zogeheten 'politiebelangen' laat meeslepen.⁴ In dit verband is de *Ibrahim*-casus interessant, omdat het hier gaat om de vraag of en zo ja, onder welke condities fundamentele rechten en vrijheden (waaronder die voorzien onder art. 6 EVRM) al dan niet tijdelijk 'opgeschort' kunnen worden ter voorkoming van terroristisch onheil.

¹ T. SPRONKEN, "Onder druk wordt alles vloeibaar", *NJB* 2015, 2925.

² 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.

³ H. BOUTELLIER, *De veiligheidsutopie. Hedendaags onbehagen en verlangen rond misdaad en straf*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2002, 13: "In de misdaad wordt de ander ondergeschikt gemaakt aan de creatie van het zelf van de dader. Wellicht had deze binnen zijn eigen universum daar goede redenen voor. Maar in een pluriforme risicocultuur zijn die motieven te bedreigend. Het maakt de ideologische motieven – politiek of religieus – achter de terreurdaden voor westerlingen enerzijds onnavolgbaar en anderzijds onverteerbaar." Zie verder over deze psychologie van onveiligheid in het licht van zulke terreurdaden: P. DE HERT en M. COLETTE, "Naakt binnenstappen met het sociaal contract? Hobbes' actuele strafrechtelijke inzichten nuanceren het absolutistische beeld" in A. KINNEGING, M. COLETTE en P. DE HERT (eds.), *Thomas Hobbes. De ik-gerichtheid van de politieke filosofie*, Budel, Damon, 2019, 152-207.

⁴ P. DE HERT, "Politie en mensenrechten" in E. MULLER, E. VAN DER TORRE, A. HOOGENBOOM en N. KOP (eds.), *Politie. Studies over haar werking en organisatie*, Deventer, Kluwer, 2014, 360-363.



2. We gaan in deze noot na hoe het *Ibrahim*-arrest in het licht van deze stellingen beschouwd kan of moet worden. Na een korte schets van de feiten in deze zaak (punt II) gaan we in op de functionele opmerkingen die het EHRM formuleert over de ‘interne structuur’ van artikel 6 EVRM, dat het recht op een eerlijk proces beschermt (punt III). De gedachtegang die achter de betrokken ‘functionele’ benadering van het EHRM schuilgaat, wordt vervolgens getoetst aan het ‘moederarrest’ over het recht op bijstand door een advocaat bij het verhoor, met name het arrest *Salduz/Turkije* van 27 november 2008 (punt IV). Hierop aansluitend gaan we na welke voorbehouden het EHRM formuleert bij de toepassing van de omstandigheden die zijns inziens een afwijking op het recht op rechtsbijstand door een advocaat kunnen billijken (punt V). Ten slotte gaan we in op de evoluties in de *Salduz*-rechtspraak sinds het geannoteerde arrest. Daaruit blijkt dat niet enkel terreur een afwijking van het recht op bijstand door een advocaat kan wettigen, maar dat het *Ibrahim*-arrest het begin vormt van een veel bredere tendens in de *Salduz*-rechtspraak van het EHRM (punt VI). We ronden af met een conclusie (punt VII).

II. Het arrest *Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk* van 13 september 2016: de feiten

3. Het geannoteerde arrest gaat terug op feiten uit 2005⁵, een luttele twee weken nadat de stad Londen tijdens de ochtendspits van 7 juli opgeschrikt wordt door vier explosies. Daarbij vallen 52 doden en meer dan vijfhonderd gewonden te betreuren. Op 21 juli 2005 wordt op verscheidene plaatsen op het Londense net opnieuw een aanslag op gang gebracht maar de bommen functioneren niet, zodat het niet daadwerkelijk tot een tweede bloedbad komt. Achter deze mislukte aanslag zitten de eerste drie klagers bij het EHRM (*Ibrahim*, *Mohammed* en *Omar*), met een vierde kompaan, *Osman*. Zij slaan na de feiten op de vlucht maar worden snel gevat.⁶

⁵ Voor een uitgebreid feitenrelaas zie: I. GALLALA, K. KEYAERTS en W. MICHIELS, “Rechtspraak kort bestek EHRM”, *T.Strafr.* 2016, 423-424; J. MEESE, “Commentaar bij EHRM 13 september 2016, *Ibrahim et al. versus Verenigd Koninkrijk*”, *RW* 2017-18, 837-839. Voor een bespreking, inclusief feitenrelaas, van de aan het arrest voorafgaande uitspraak van 16 december 2014, door de gewone kamer van het EHRM gewezen in de zaak *Ibrahim et al./Verenigd Koninkrijk* zie I. GALLALA, W. MICHIELS, B. RIGO en A. WILLEMS, “Rechtspraak kort bestek EHRM”, *T.Strafr.* 2015, 42-46.

⁶ De zaak van de vierde klager, *Abdurahman*, wordt niet behandeld in deze noot. Deze klager werd aanvankelijk niet gehoord als verdachte maar als getuige. Tijdens het getuigenverhoor legt *Abdurahman* incriminerende verklaringen af. Vanaf dat ogenblik had de politie de cautie moeten doen en het bijstandsrecht moeten schenken maar zij liet dit met opzet na. *Abdurahmans* getuigenverklaring werd in rekening gebracht onder het bewijs. Het EHRM oordeelt dat het recht van *Abdurahman* op een eerlijk proces geschonden is (zie §§ 295-311 van het arrest). Aan te stippen valt dat *Abdurahmans* zaak interessant is doordat het EHRM in het arrest *Ibrahim* klare wijn schenkt over het tijdstip waarop overheden de cautie over het zwijgrecht moeten

4. De drie klagers worden door de politie verhoord zonder bijstand door een advocaat. Zulke verhoren zijn in het Verenigd Koninkrijk niet ongebruikelijk en kunnen plaatsvinden op grond van de zogenaamde “Terrorism Act”. Deze wet machtigt de politie tot de afname van ‘veiligheidsverhoren’ (“safety interviews”) wanneer men oordeelt dat een verdachte ‘dringend’ ondervraagd moet worden om waardevolle informatie te kunnen verkrijgen, nodig voor het vrijwaren van de openbare veiligheid. Gedacht wordt aan het “ticking bomb”-scenario, waarbij men bijvoorbeeld vermoedt dat er aanslagen op til zijn.⁷ De verhoren zijn rommelig en de waarschuwingen rond het zwijgrecht blijken niet te deugen. De politie gebruikt oude en nieuwe verbale instructies van de cautie. Dit leidt ertoe dat de verdachte nu eens wel en dan weer niet ingelicht wordt over het feit dat de rechter ten gronde aan het zwijgen geen rechtsgevolg kan verbinden, gelet op de ontstentenis van een advocaat.⁸

5. Tijdens deze verhoren ontkennen de klagers iedere betrokkenheid bij de feiten van 21 juli 2005. Hun verweer ten gronde gaat de andere kant op. Op de zitting beweren zij dat de aanslag als een ‘hoax’ bedoeld was en zweren zij bij hoog en bij laag dat hun handelen in het teken stond van een symbolische protestactie tegen de oorlog in Irak. Zij verzoeken de rechter dan ook geen rekening te houden met de inhoud

doen. Luidens het EHRM moet dit gebeuren zodra de verdenking rijst van betrokkenheid bij strafbare feiten (§ 296 van het arrest). Er mag dus niet gewacht worden tot het moment waarop de betrokkene officieel of ‘formeel’ verhoord wordt op het politiebureau. Men denke hierbij aan de verdachte die van straat geplukt wordt en ter plaatse bevraagd wordt (zie Cass. 14 maart 2017, *NC* 2017, 554, noot M. COLETTE). Zie tevens EHRM 12 mei 2017, *Simeonovi/Bulgarije*, *RW* 2017-18, 1516-1517, §§ 110-111, weergave J. MEESE). Als criterium ter zake kan derhalve ook de vrijheidsberoving geen dienst doen, zoals het Grondwettelijk Hof – daarin bijgetreden door de wetgever – reeds eerder stelde in zijn zogenaamde ‘Valentijnsarrest’ van 14 februari 2013 (zie H. BERKMOES, “De *Salduz*-wet struikelend over de tweede hoer: het Valentijnsarrest van het Grondwettelijk Hof”, *Vigiles* 2013, 20-22).

⁷ GINBAR omschrijft de “ticking bomb situation” als volgt: “A ‘ticking bomb situation’ (TBS) is, as in the scenario described by Justice Heshin, where the torture of a terrorist suspect seems to be the only means of obtaining urgently-needed information crucial for the thwarting of planned terrorist attacks which, if carried out, are likely to kill many innocent civilians” (Y. GINBAR, *Why not torture terrorists? Moral, practical, and legal aspects of the “ticking bomb” justification for torture*, Oxford, Oxford University Press, 2010, xxvii). RUYS en HEYNDRIKXX definiëren haar als volgt: “Dit zijn situaties waarin een verdachte mogelijk over informatie beschikt die vele onschuldige mensenlevens kan redden” (T. RUYS en I. HEYNDRIKX, “Ondervragingstechnieken en het verbod op foltering, onmenselijke en vernederende behandeling: een overzicht van internationale jurisprudentie”, *BTIR* 2006, afl. 1, 101).

⁸ Over de beperkingen op het zwijgrecht in een Angelsaksische context zie 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, 60-69.



van de politieverhoren. De rechtbank ziet de zaken evenwel anders, verbindt wel degelijk consequenties aan de inhoud van de verhoren en veroordeelt het drietal tot een levenslange gevangenisstraf.

6. Voor de Gewone Kamer van het EHRM houden de drie klagers vol dat het Verenigd Koninkrijk de artikelen 6.1. en 6.3.c) EVRM met voeten getreden heeft. Zij vinden hiervoor geen draagvlak: met 6 tegen 1 komt de Kamer tot de slotsom dat de politieverhoren te situeren zijn in een tijd van algehele onoverzichtelijkheid en dat “dwingende redenen” een en ander kunnen rechtvaardigen. Het verzoek om de zaak voor de Grote Kamer van het Hof te brengen wordt ingewilligd op 1 juni 2015.

III. De interne structuur van artikel 6 EVRM

7. Vooreerst stelt de Grote Kamer van het EHRM dat de verdragsrechten en terrorisme niet in aanmerking komen voor een “tit for tat”: ook (vermeende) terroristen kunnen zich derhalve beroepen op de voormelde rechten, waaronder het recht op een eerlijk proces (“fair trial”), zoals beschermd door artikel 6 EVRM. Dit komt duidelijk naar voren in § 252 van het arrest, waarin het EHRM enerzijds de naleving van mensenrechten en de “Rule of law” als juridisch ideaal vooropstelt en anderzijds beklemtoont dat situationele factoren – *in casu* aanwijzingen van terrorisme – in de lidstaten bij het EVRM niet tot een schijntoepassing van het recht op een eerlijk proces mogen leiden: “*There can be no question of watering down fair trial rights for the sole reason that the individuals in question are suspected of involvement in terrorism. In these challenging times, the Court considers that it is of the utmost importance that the Contracting Parties demonstrate their commitment to human rights and the Rule of law (...)*” Artikel 6.1 EVRM is, zo stelt het EHRM in § 250 van het geannoteerde arrest, een onvoorwaardelijk recht (“*an unqualified right*”), temeer nu deze verdragsbepaling tot op zekere hoogte een falend strafproces kan compenseren en ter zake een verweermogelijkheid biedt.

8. Daarmee is voor het EHRM de kous echter niet af. In *Ibrahim* kan gelezen worden dat het EHRM thans de stelling huldigt dat een schending van één onderdeel van artikel 6 EVRM, bijvoorbeeld artikel 6.3.c) (het recht op bijstand door een advocaat), niet *ipso facto* een ‘oneerlijk’ proces (met andere woorden: een schending van art. 6.1 EVRM) oplevert.⁹ Het Hof poneert hieromtrent het volgende: “*Compliance*

⁹ De verzoekers voor het EHRM voerden wel een dergelijke gelijkstelling aan. Zij spraken van “*a bright-line rule precluding any use at trial of statements made without legal advice*” (zie paragraaf 260 van het arrest). Aan te stippen valt dat deze stelling ook terug te vinden is in de EVRM-rechtsleer. We verwijzen ter zake naar G. STESSENS en B. DE SMET, “Art. 6, § 3 EVRM” in J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze commentaar. Volume I*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 582.

with the requirements of a fair trial must be examined in each case having regard to the development of the proceedings as a whole and not on the basis of an isolated consideration of one particular aspect or one particular incident” (§ 251). De naleving van de rechten vervat in artikel 6.3 EVRM heeft weliswaar een impact op de vraag of er sprake is van een “fair trial”, zoals beschermd in artikel 6.1 EVRM. Deze rechten – te bestempelen als minimumrechten – zijn evenwel, aldus het EHRM, instrumenteel en hun schending impliceert niet noodzakelijk dat er sprake zou zijn van een oneerlijk proces: “*They can be viewed, therefore, as specific aspects of the concept of a fair trial in criminal proceedings in Article 6 § 1 (...). However, those minimum rights are not aims in themselves: their intrinsic aim is always to contribute to ensuring the fairness of the criminal proceedings as a whole*” (§ 251).

9. Het komt ons voor dat het voorgaande als volgt begrepen moet worden. De eigenlijke opdracht van het EHRM in de context van artikel 6 EVRM is te waken over het *cumulative verloop* van de procesvoering, die ‘eerlijk’ dient te zijn: de verhouding tussen het generieke recht op een eerlijk proces (art. 6.1 EVRM) en de bijzondere rechten in strafzaken (art. 6.2 en 6.3 EVRM) is er daarom een van ‘ondergeschiktheid’.¹⁰ Met andere woorden: de rechten, voorzien in de artikelen 6.2 en 6.3 EVRM, zijn *constitutief* voor de toepassing van een eerlijke procesvoering maar gelden niet als *doeleinden op zichzelf*. Hieruit volgt dat de vraag of een bepaalde strafprocedure strookt met artikel 6 EVRM, steeds beoordeeld moet worden in het licht van het verloop van de gehele procedure en *niet* op grond van een bijzonder aspect, zoals *in casu* op basis van de miskennen van het recht op bijstand door een advocaat tijdens het verhoor.¹¹

IV. Het arrest *Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk van 13 september 2016* getoetst aan het ‘moederarrest’ *Salduz/Turkije*

10. Het EHRM verdringt in het geannoteerde arrest de ‘bijzondere’ procedurerechten, vervat in de artikelen 6.2 en 6.3 EVRM, als het ware naar de achtergrond: ook indien één

¹⁰ Ten aanzien van de verhouding tussen het dominante art. 6.1 en de art. 6.2 en 6.3 EVRM is in het verleden terecht vastgesteld dat het EHRM zich achter een “*cloud of ambiguity*” verschuilt, onder meer doordat het een zaak onder de beide hoofdingen behandelt, eerder dan te gaan kijken naar de vraag of een recht onder de punten 2 en 3 van art. 6 EVRM “an sich” geschonden werd (eerder de uitzondering dan de regel). Zie ter zake: S. SUMMERS, *Fair trials. The European criminal procedural tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart, 2008, 97-128; S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 84-89; R. Goss, “Out of many, one? Strasbourg’s *Ibrahim* decision on Article 6”, *The Modern Law Review* 2017, 1137-1150.

¹¹ P. LEMMENS, “Het recht op een eerlijk proces volgens artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens” in P. TAELMAN (ed.), *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Mechelen, Kluwer, 2016, 779-780.



van die rechten geschonden werd, zal er volgens het EHRM pas sprake zijn van een schending van het recht op een eerlijk proces, als beschermd in artikel 6.1 EVRM, indien de procesvoering in haar geheel beschouwd ‘oneerlijk’ bevonden moet worden. Door deze principiële houding aangaande de structuur van die bepaling boeten deze bijzondere procedurerechten duidelijk aan juridische slagkracht en kleur in. Dit maakt het zinvol en aangewezen om kort stil te staan bij de eerdere Salduzrechtspraak van het EHRM over de procedurele sancti- onering van het gebrek aan bijstand door een advocaat tijdens het verhoor (art. 6.3.c) EVRM).

11. Het EHRM bemoeit zich in de regel niet met het bewijs in strafzaken: dit is volgens het Straatsburgse Hof een zaak van de lidstaten bij het EVRM, meer bepaald van hun nationale rechters.¹² Tot voor het arrest *Salduz/Turkije* van 27 november 2008 ging het EHRM dan ook steeds *in concreto* na of de ontstentenis van een advocaat bij het verhoor te verantwoorden viel in het licht van de gehele strafprocedure. Deze casuïstische aanpak, die erop gericht was de proceswaarborgen van artikel 6 EVRM terug te brengen tot de eenvoudige noemer “fair trial”, verdween met *Salduz* uit beeld¹³: “() Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right. Even where compelling reasons may exceptionally justify denial of access to a lawyer, such restriction – whatever its justification – must not unduly prejudice the rights of the accused under Article 6. The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction” (§ 55).

¹² Zie voor het principiële arrest: EHRM 12 juli 1988, *Schenk/Zwitserland*, § 46. Hieruit mag men niet afleiden dat op het vlak van de bewijsvergaring voor het EHRM alles toegestaan zou zijn – bijvoorbeeld foltering – als de nationale rechter het maar billijkt. Zie hierover onder andere: F. GOOSSENS en F. HUTSEBAUT, “Het begrip ‘ongeorloofde druk of dwang’ in artikel 4 van de ‘Salduzwet’. Een duiding vanuit de Straatsburgse jurisprudentie en de Belgische rechtspraak en rechtsleer” in M. BOCKSTAELE, E. DEVROE en P. PONSAAERS (ed.), *Salduz – Bijstand van advocaten bij verhoor*, Antwerpen, Maklu, 2011, 167-193.

¹³ F. GOOSSENS, “Het verhoor in het licht van het EVRM en van de rechtspraak van het EHRM” in D. VAN DAELE en I. VAN WELZENIS (eds.), *Actuele thema’s uit het strafrecht en de criminologie*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2004, 169-172; men leze eveneens: C. VAN DEUREN en M. COLETTE, “Trymbach of het probleem van de fictieve rechtsbescherming” (noot onder EHRM 12 januari 2012, *Trymbach/Oekraïne*), *T.Strafr.* 2012, 139-146. Zie tevens: M. BEERNAERT, “Salduz et le droit à l’assistance d’un avocat dès les premiers interrogatoires de police”, *Rev. dr.pén.* 2009, 973-974, die het heeft over een accentverschuiving van ‘geldige redenen’ (*‘good cause’*) naar ‘dwingende redenen’ (*‘compelling reasons’*). Aan te stippen valt dat met name SPRONKEN een en ander bestempelde als een tamelijk spectaculaire metamorfose (T. SPRONKEN, “Ja, de zon komt op voor de raadsman bij het politieverhoor”, *NJB* 2009, 97).

12. Wat het EHRM zodus leek te zeggen, is dat een verklaring afgelegd buiten de aanwezigheid van een advocaat – sedert het *Salduz*-arrest betreft deze aanwezigheid een recht begrepen in artikel 6.3 EVRM – geen deel mag uitmaken van het bewijs. Gebruikt men zulke verklaring toch, dan wordt het recht op een eerlijk proces, zoals beschermd in het corresponderende artikel 6.1 EVRM, “onherstelbaar beschadigd” (*‘irretrievably prejudiced’*).¹⁴ Deze bewijsuitsluitingseis is wat de klagers in *Ibrahim* de “*bright-line rule*” noemen (§ 236). Deze heeft althans het voordeel van de helderheid op de *ante-Salduz*-rechtspraak.

13. De door de klagers voorgespiegelde *bright-line rule* valt bij de Straatsburgse rechters evenwel in dovemansoren. Toch kunnen twee rechters het met een en ander niet eens zijn. In een 14 bladzijden tellende “joint partly dissenting opinion” maken rechters Sajó en Laffranque zich kwaad over de onverantwoordelijkheid waarmee het EHRM de *bright-line rule* loslaat en opzijzet voor de “eerlijke procesvoering-test” oftewel voor een “holistische beoordeling”.¹⁵ De woorden “*in principle*” in paragraaf 55 van het *Salduz*-arrest moeten volgens deze rechters begrepen worden als een letterlijk te nemen axioma, waarop geen afwijking mogelijk is: “We insist on the literal meaning of the irretrievability principle set out in *Salduz* not only because we are of the view that legal certainty requires that such important principles must not be swept away without good reasons. We are of the view that the above principle is crucial for effective protection of the right to a fair trial” (§ 16 van de afwijkende mening). Het recht op een eerlijk proces wordt volgens hen wel degelijk met voeten getreden door de rechter die bij de veroordeling van een beklaagde (mede) steunt op de resultaten van een verhoor afgenomen zonder advocaat. Een alternatieve voorstelling van de Salduzrechtspraak is er volgens deze rechters niet. Enkel een ‘dwingende reden’ kan volgens hen een uitzondering op het principe wettigen.

¹⁴ EHRM 28 oktober 2010, *Leonid Lazarenko/Oekraïne*, § 57: “It is to be underlined that the extent to which the applicant’s initial confession affected his conviction is of no importance. That it irretrievably prejudiced the right of defence is presumed once it is established that it had some bearing on the conviction.” Zie hierover: C. VAN DEUREN, “Salduz verdeelt en heerst” (noot onder Cass. 5 september 2012), *T.Strafr.* 2012, 469-471. Het zou overigens naast de kwestie zijn om op te merken dat er *sensu stricto* door de klagers *in casu* geen belastende verklaring afgelegd werd, zodat bewijsuitsluiting door de nationale rechter geen optie was: de verklaringen die de verdachten tijdens de veiligheidsverhoren aflegden, werden tijdens het proces ten gronde namelijk wel degelijk gebruikt om twijfel te zaaien over de door hen aangevoerde verweermiddelen.

¹⁵ Voor de term “holistische beoordeling” zie § 264 van het geannoteerde arrest.



V. De omstandigheden die een afwijking op het recht op bijstand door een advocaat kunnen billijken

14. Waar de woordengroep “*In principle*” in paragraaf 55 van het *Salduz*-arrest betekent dat het recht op bijstand door een advocaat niet ‘overruled’ kan worden met gebruikmaking van de generieke “*fair trial*”-rechten, is het volgens het arrest *Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk* wel toegestaan om dit recht in uitzonderlijke gevallen ‘on hold’ te zetten. Zo is een afwijking van het bijstandsrecht mogelijk in geval van ‘dwingende redenen’.¹⁶ Het EHRM formuleert ter zake in paragraaf 257 van het hier geannoteerde arrest twee ordeningsbeginselen: “*In the first stage the Court must assess whether there were compelling reasons for the restriction. In the second stage, it must evaluate the prejudice caused to the rights of the defence by the restriction in the case in question. In other words, the Court must examine the impact of the restriction on the overall fairness of the proceedings and decide whether the proceedings as a whole were fair.*” Om een verhoor zonder bijstand door een advocaat over de drempel van de eerlijke procesvoering te kunnen tillen, moet er sprake zijn van een dwingende reden én zal de rechter moeten nagaan of het gebrek aan rechtsbijstand de essentie van het recht van verdediging niet onherstelbaar aangetast heeft.

15. Het EHRM geeft in dit verband aan streng te kijken naar deze dwingende reden. Meer bepaald stemt het EHRM in met een afwijking indien “*uitzonderlijke omstandigheden*” dit vereisen en voor zover de maatregel tijdelijk van aard is. Ook moet een en ander steeds individueel en *in concreto* bekeken worden¹⁷ en moet er een wettelijke grondslag zijn voor de afwijking (§ 258).¹⁸ Dat terrorisme in dit kader wel degelijk in aanmerking komt (om niet te zeggen als schoolvoorbeeld gesteld wordt van een gebeurtenis die een afwijking kan rechtvaardigen)¹⁹, preciseert het EHRM waar het de

algemene principes toepast over de feiten in deze zaak: “*The public interest in preventing and punishing terrorist attacks of this magnitude, involving a large-scale conspiracy to murder ordinary citizens going about their daily lives, is of the most compelling nature*” (§ 293).

16. Na de toets of er een dwingende reden voorligt, zal het EHRM nagaan in welke mate het recht op een eerlijk proces te lijden had onder het gebrek aan rechtsbijstand. In het *Ibrahim*-arrest neemt het EHRM bij de bespreking van deze kwestie evenwel een enorme en merkwaardige vlucht vooruit.²⁰ Meer bepaald stelt het EHRM in de paragrafen 260-265 dat *wanneer er geen sprake is van een dwingende reden*, dit niet noodzakelijk impliceert dat er sprake zou zijn van een oneerlijk proces. Met andere woorden: ook indien er geen dwingende reden voorligt om het recht op bijstand door een advocaat tijdelijk te beperken, zal nog steeds de oefening gemaakt moeten worden of hierdoor het recht op een eerlijk proces geschonden werd. Opvallend is dat het EHRM in paragraaf 274 in dit verband een (niet-exhaustieve) lijst van factoren naar voren schuift die het bij deze holistische beoordeling van het strafproces bereid is in rekening te brengen: 1) of de verdachte zich in een bijzonder kwetsbare toestand bevond, bijvoorbeeld door zijn leeftijd of mentale toestand; 2) het internrechtelijke kader inzake het vooronderzoek en het bewijs en het respecteren hiervan: bij uitsluiting van bewijs is het onwaarschijnlijk dat er sprake is van een oneerlijk proces; 3) of de verdachte de authenticiteit en het gebruik van het bewijs kon aanvechten; 4) de kwaliteit van het bewijs en de vraag of de omstandigheden van verkrijging ervan twijfel zaaien over de betrouwbaarheid of accuraatheid ervan; 5) of het bewijs onrechtmatig verkregen werd en zo ja, waaruit die onrechtmatigheid bestaat (indien uit een schending van een

hun ‘ernstige’ karakter per definitie van het consultatie- en bijstandsrecht uit te sluiten, zie T. DECAIGNY, M. COLETTE en P. DE HERT, “Wet consultatie- en bijstandsrecht: Wet van 13 augustus 2011 als antwoord op *Salduz*-rechtspraak”, *NJW* 2011, 531. Over ‘dwingende redenen’ in de context van een persoonsvermissing waarbij men snel moet handelen om het slachtoffer te lokaliseren, zie F. GOOSSENS en W. VANDENHOLE, “De vrucht van een giftige boom is zelf niet altijd giftig. Over onmenselijke behandeling (art. 3 EVRM) en bewijsuitsluiting” (noot onder EHRM 1 juni 2010, *Gäfgen/Duitsland*), *NC* 2011, 179-191. Zie ook de kanttekeningen van SPRONKEN onder de voormelde uitspraak, over de morele intuïties aangaande het gebruik van dwang tijdens ondervragingen onder zulke bijzondere omstandigheden (in het bijzonder na de aanslag op de “Twin Towers”), en over de latente impuls tot belangenafweging door het EHRM in zaken waarin mensenlevens op het spel staan, wat “de deur openzet voor een systeem waarin het doel de middelen heiligt” (T. SPRONKEN, “De zaak Gäfgen: de dilemma’s van het folterverbod”, *T.Strafr.* 2011, 46-50). Vergelijk ten slotte tevens met § 54 *in fine* van het *Salduz*-arrest – het weze herinnerd, ook een terrorismezaak: “*These principles are particularly called for in the case of serious charges, for it is in the face of the heaviest penalties that respect for the right to a fair trial is to be ensured to the highest possible degree by democratic societies.*”

²⁰ Zie: J. MEESE, “Commentaar bij EHRM 13 september 2016, *Ibrahim et al. versus Verenigd Koninkrijk*”, *RW* 2017-18, 839 over het mogelijke zogenaamde “net widening effect”.

¹⁶ J. HUYSMANS en H. BERKMOES, “*Salduz*-actualia: Europees en internrechtelijk perspectief”, *Vigiles* 2015, 56-57, met verwijzing naar de rechtspraak van het EHRM.

¹⁷ Uitgesloten is dus dat overheden zouden besluiten tot het bestaan van een dwingende reden enkel op basis van een algemene dreigingsanalyse ‘Niveau 4’.

¹⁸ Het EHRM verwijst in paragraaf 259 van het arrest in dit verband ook naar de “*public safety exception*” met betrekking tot de zogenaamde “*Miranda warning*”. Over de toepassing van deze clausule in terrorismezaken zie R. RYCHLAK, “The right to remain silent in light of the war on terror”, *Chapman Law Review* 2007, 663-691. De vereiste wettelijke grondslag naar Belgisch recht is art. 2bis, § 9 Voorlopige Hechteniswet 1990. Over de verhouding tussen het geannoteerde arrest en de uitzonderingsregeling naar Belgisch recht zie 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.

¹⁹ Dit is een hypothese die ook tijdens de parlementaire voorbereidingen op de oorspronkelijke *Salduz*wet van 13 augustus 2011 ter sprake kwam (zie Toelichting bij het wetsvoorstel, *Parl.St. Senaat* 2010-11, nr. 5-663/1). Voor kritiek op de ogenschijnlijke suggestie door de wetgever om misdrijfcategorieën vanwege



ander artikel uit het EVRM, de aard van deze schending); 6) in het geval van een verklaring, de inhoud ervan en de vraag of deze snel ingetrokken of gewijzigd werd; 7) het gebruik van het bewijs en in het bijzonder de vraag of dat gebruik volledig dan wel grotendeels de veroordeling onderbouwde, en de sterkte van het overige bewijs; 8) de beoordeling van de schuldvraag door beroepsrechters dan wel door een jury en – in dat laatste geval – de inhoud van de aan deze jury gegeven instructies; 9) het belang van de maatschappij bij de vervolging en bestrafing van het misdrijf in kwestie; 10) andere relevante procedurele waarborgen in het interne recht en in de interne praxis.²¹

17. Met name met het negende criterium gooit het EHRM hoge ogen, in het licht van het feit dat het recht op een eerlijk proces en terreurdaden niet met elkaar in de schaal gelegd kunnen worden (zie *supra*, punt III). In die context is de waarschuwing door het EHRM in het *Ibrahim*-arrest om de hierboven besproken holistische benadering niet ‘letterlijk’ op te vatten, welgekomen. Deze waarschuwing maakt dat de nationale rechter voortaan geenszins tot een mechanische toepassing van de voormelde benadering verplicht is. Bovendien blijkt uit paragraaf 265 dat het EHRM streng gaat kijken naar de strafprocedure als er geen dwingende reden is op basis waarvan het recht op bijstand tijdelijk beperkt kan worden. De afwezigheid van rechtsbijstand zal – luidens deze overweging – zwaar doorwegen in het nadeel van de betrokken Staat, tenzij die laatste op een overtuigende wijze aantoonde dat het eerlijk proces niet onomkeerbaar ‘besmet’ is

²¹ Zie voor navolgende rechtspraak in verband met deze tien criteria: EHRM 10 november 2016, *Sitnevskiy en Chaykovskiy/Oekraïne*, §§ 78-87, waarin het Hof zwaar tilt aan het gewicht dat de nationale rechter hecht aan de verkregen bekentenis, mede gelet op het feit dat het hele onderzoek door deze verklaring – afgelegd buiten het bijzijn van een advocaat – werd gestuurd. Zie eveneens in deze zin: EHRM 17 juli 2018, *Fefilov/Rusland*, § 63; EHRM 27 april 2017, *Zherdev/Oekraïne*, §§ 161-169, waarin het Hof stelt dat minderjarigheid een element is dat onder kwetsbaarheid gerekend moet worden, maar langs de andere kant van mening is dat een schending van art. 6 EVRM slechts aangehouden kan worden wanneer de verdachte een verklaring tijdig intrekt; EHRM 5 september 2017, *Bayram Koc/Turkije*, §§ 21-24, waarin de overheid er noch in slaagde een dwingende reden ten berde te brengen noch overtuigend aan te tonen waarom de algehele eerlijkheid van het proces desondanks overeind bleef, en de kwestieuze verklaring gebruikt werd om een veroordeling te verkrijgen. Zie eveneens: EHRM 23 januari 2018, *Izzet Celik/Turkije*, §§ 35-39; EHRM 13 maart 2018, *Girisen/Turkije*, §§ 57-61; EHRM 13 maart 2018, *Cansad e.a./Turkije*, §§ 42-45; EHRM 4 september 2018, *Ömer Güner/Turkije*, §§ 36-41, waarin art. 6 EVRM als geschonden voorkwam vanwege de inbreng van de verklaring van een derde verdachte afgelegd zonder bijstand door een advocaat; EHRM 19 februari 2019, *Rusen Bayar/Turkije*, §§ 121-123, over afstand van het recht op bijstand door een advocaat met gebruikmaking van voorgedrukte formulieren en de intrekking van de verklaring door de verdachte na consultatie van een advocaat; EHRM 24 januari 2019, *Amanda Knox/Italië*, § 160, aangaande het onmachtig zijn van de proceduretaal als kwetsbaarheidsgrond. Zie in verband met de derdenwerking na *Ibrahim*: J. HUYSMANS, “Salduz en derdenwerking na het *Ibrahim*-arrest”, *NJW* 2019, 157.

door deze afwijking op het recht op bijstand. Deze ‘omkering van de bewijslast’ belet dat we het geannoteerde arrest zo moeten interpreteren dat de rechter onder alle omstandigheden een losse belangenafweging kan uitvoeren.²²

VI. Verdere etappes op de met het geannoteerde arrest ingeslagen route

18. Benevens de reeds aangehaalde rechters Sajó en Laffranque (zie punt IV) becommentariëren acht andere rechters, in diverse formaties, het geannoteerde arrest. Het is gezins overdreven om te stellen dat in het arrest als het ware *twee versies* van het recht op een eerlijk proces waar te nemen zijn, die sedertdien steeds verder van elkaar afdrijven. De ‘officiële’ versie houdt de zogenaamde ‘holistische’ oriëntatie aan, met artikel 6.3.c) EVRM als interessante ‘sidekick’ bij artikel 6.1 EVRM. De alternatieve versie, die we in de afwijkende meningen aantreffen (zie ook *infra*), dringt aan op een streng toekijken op de naleving van het recht op bijstand door een advocaat in het verhoor en beklemtoont het zelfvernietigingspotentieel van de ‘holistische’ belangenafweging in het licht van het eerlijk proces.²³ Hierboven, onder titel IV, hebben we getracht het geannoteerde arrest te toetsen aan de in het *Salduz*-arrest uitgezette krijtlijnen. Kijken we nu naar de Straatsburgse rechtspraak sinds *Ibrahim*, dan komt het ons voor dat het EHRM gewoon verder doorgaat op de ingeslagen weg, en lijkt het verder en verder af te drijven van het ‘moederarrest’ inzake het recht op bijstand door een advocaat.

19. Zo maakt het EHRM in zijn arrest van 12 mei 2017 in de zaak *Simeonovi/Bulgarije* opnieuw toepassing van de tien *Ibrahim*-criteria. Het EHRM herinnert er in dat arrest aan dat een overheid die het recht op rechtsbijstand niet toepast in het verhoor, niet noodzakelijkerwijze ook het recht op een eerlijk proces schendt: artikel 6.3.c) EVRM is geen autonoom recht en het antwoord op de vraag of een proces ‘eerlijk’ was, is het resultaat van een ingewikkelde holistische benadering waarbij vele factoren een rol spelen. Voorts bevestigt het

²² J. HUYSMANS, “*Ius est vigilantibus*, ook voor minderjarigen: de nieuwe *Ibrahim*-criteria van het EHRM voor de sanctionering van een miskenning van de *Salduz*-waarborgen, toegepast op minderjarigen” (noot onder EHRM 27 april 2017, *Zherdev/Oekraïne*), *TJK* 2018, 105-106. Over de toepassing van de *Ibrahim*-criteria op kwetsbare verdachten, zie ook: C. VAN DE HEYNING, “Het verhoor van kwetsbare personen na de *Salduz*-Bis-Wet: context, controverse en uitsluiting van het bewijs”, *T.Strafr.* 2018, 71-91. Zie ook EHRM 9 november 2018, *Beuze/ België*, “joint concurring opinion” van de rechters Yudkivska, Vucinic, Turkovic en Hüseyinov, § 15-18.

²³ Bijvoorbeeld: “*We regret that this judgment departs from the standards of a fair trial as determined in Salduz, under the guise of interpreting it. It diminishes the level of protection without good reason. It frustrates years of European efforts to provide a high level of protection to procedural rights. We cannot accept such backtracking*” (§ 3). En: “*If punishment is of the ‘most compelling nature’, then what is the role of all the safeguards granted by the Convention?*” (§ 31).



EHRM in *Simeonovi* dat de holistische beoordeling vooral speelt als er een dwingende reden voorligt; is die laatste er niet, dan rust op de overheid een zware bewijslast om aan te tonen dat ze in staat (geweest) is om het recht op een eerlijk proces te verwezenlijken.²⁴ Gelet op deze uitspraak, komt het ons voor dat we ons niet op glad ijs begeven als we stellen dat rechters voortaan met een goed geweten kunnen oordelen dat het gebruik van een verklaring, afgelegd zonder de bijstand door een advocaat, niet ‘oneerlijk’ is, vooropgesteld – zo lijkt het ons – dat die verklaring *niet minstens doorslaggevend is*.²⁵ Pro memorie. Hierboven hebben we geschreven dat het EHRM in § 258 van *Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk* bepaalde dat een beperking van het recht op bijstand door een advocaat toegestaan is indien ‘uitzonderlijke omstandigheden’ dit vereisen en voor zover de maatregel tijdelijk van aard is. Ook moet de zaak steeds individueel en *in concreto* bekeken worden en moet er een wettelijke grondslag voor deze afwijking zijn. In voorkomend geval zal men terugvallen op de ‘holistische’ benadering. Kunnen er geen ‘dwingende redenen’ aangevoerd worden, dan moet de lidstaat zeer conscientieus gaan aantonen waarom er van een schending van het recht op een eerlijk proces toch geen sprake was.

20. In de zaak *Beuze/België* van 9 november 2018 gaat het EHRM nog een stap verder. De rechtsvraag die hier beslecht moest worden, was of het *systematische en in de wet voorziene karakter van zulke beperking* (met andere woorden: het ging niet om ‘uitzonderlijke omstandigheden’ en de zaak moest daarom uitdrukkelijk niet *in concreto* onder de loep genomen worden) ook een gelegenheid vormt om deze holistische beoordeling ‘op te starten’. Hoewel er in *Beuze* van een dwingende reden aldus geen sprake was, oordeelt het Hof dat

²⁴ EHRM 12 mei 2017, *Simeonovi/Bulgarije*, §§ 113 en 118 (zie ook *RW* 2017-18, 1516-1517, weergave J. MEESE). Zie ook de in voetnoot 21 aangehaalde Straatsburgse rechtspraak.

²⁵ Zie: J. HUYSMANS, “*Ius est vigilantibus*, ook voor minderjarigen: de nieuwe Ibrahim-criteria van het EHRM voor de sanctionering van een miskenning van de Salduz-waarborgen, toegepast op minderjarigen” (noot onder EHRM 27 april 2017, *Zherdev/Oekraïne*), *TJK* 2018, 106, noot 52, die onzes inziens terecht benadrukt dat het in punt V aangehaalde criterium 7 zich verzet tegen een uitsluitend of doorslaggevend gebruik van een dergelijke verklaring. Cf. ook Cass. 31 oktober 2017, AR P.17.0255.N, www.cass.be, nrs. 15-22. Het Hof van Cassatie beslist in dat arrest dat het gebrek aan bijstand door een advocaat “niet automatisch voor gevolg heeft dat het definitief onmogelijk is om de zaak van die verdachte en vervolgens beklagde of beschuldigde op eerlijke wijze te behandelen. De rechter kan immers op grond van andere factoren oordelen dat het proces in zijn geheel eerlijk is verlopen. Het feit dat het gebrek aan bijstand door een raadsman niet steunt op een dwingende reden zoals uitgelegd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, doet daaraan geen afbreuk, maar heeft enkel tot gevolg dat de rechter des te nauwkeuriger moet onderzoeken of het proces in zijn geheel eerlijk is verlopen”. Het Hof is tevens van oordeel dat het eerlijk proces overeind blijft wanneer de rechter het gebruik van de kwetsieuzer verklaring afweegt aan “de sterkte van het andere bewijs in de zaak”. Met andere woorden: volgens het Hof van Cassatie is het gebruik als steunbewijs van de verklaring, afgelegd zonder bijstand van een advocaat, wel degelijk toegestaan.

ook in voorkomend geval de gehele procedure in ogenschouw moet genomen worden teneinde te kunnen beslissen of artikel 6 EVRM geschonden werd. Van een ‘automatische’ schending, door de afwezigheid van een advocaat bij het verhoor, van die bepaling kan geen sprake zijn.

21. De in de arresten *Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk* en *Beuze/België* aangehouden koers brengt met andere woorden twee effecten voort: enerzijds scheidt zij meer ruimte voor een losse afweging van alle belangen in de zaak, waarbij de als het ware ‘mathematische’ beoordeling uit *Salduz/Turkije* verlaten lijkt te zijn; anderzijds leidt zij tot minder rechtsbescherming voor de verdachte. In het recente arrest *Farrugia/Malta* van 4 juni 2019 gaat het EHRM verder op het met *Ibrahim* en *Beuze* ingeslagen pad.²⁶ Het EHRM bevestigt in deze zaak dat een algemene – bij wet bepaalde – beperking op het recht op bijstand door een advocaat op zich geen ‘dwingende reden’ kan zijn. Ook wanneer er een dergelijke algemene beperking voorligt en de lidstaat geen dwingende redenen aanvoert voor de afwezigheid van een advocaat, moet volgens dit arrest evenwel de tweede stap in de ‘Salduz-test’ gezet worden. Het EHRM besluit in deze zaak tot een niet-schending van artikel 6 EVRM, onder andere omdat de verdachte voor aanvang van het verhoor in kennis gesteld werd van zijn zwijgrecht en – zo stelt het Hof – ervoor had kunnen opteren om geen (zelfincriminerende) verklaringen af te leggen (zie § 112 van het arrest).

22. Uit de “joint dissenting opinion” van rechters Serghides en Pinto de Albuquerque onder *Farrugia/Malta* lichten we volledigheidshalve twee elementen. Ten eerste maken deze twee rechters zich zorgen over de beperkte taakopvatting van de advocaat in het verhoor die de meerderheid van het EHRM lijkt voor te staan. Deze taakopvatting kan volgens hen niet beperkt blijven tot het toezien over de verklaringenvrijheid van de verdachte; bovendien is het recht op bijstand door een advocaat volgens hen niet ‘inwisselbaar’ met het zwijgrecht.²⁷ Ten tweede zijn zij ook bezorgd over het negende ‘Ibrahim-criterium’ (*supra*, punt V) aangaande “het belang van de

²⁶ In deze zaak werd de verzoeker voor het EHRM ervan verdacht een overval op zijn handelszaak in scène te hebben gezet teneinde de verzekering een voetje te lichten. Hij werd verhoord zonder bijstand door een advocaat, omdat het Maltese recht er niet in voorziet. De betrokkene werd uiteindelijk veroordeeld op basis van zijn verklaringen bij de politie (die ongeloofwaardig bevonden werden), gekoppeld aan de verklaring van een getuige.

²⁷ Zie de §§ 12-13 van deze afwijkende mening: “*The fact that a defendant has not been pressured by the police does not limit his or her right to a lawyer. Legal assistance in a criminal procedure is indispensable not only to counter pressure by the police or any other evidence obtained in violation of the Convention, but to define a strategy for the defence and adapt it to every incident throughout the entire proceedings.*” En verderop: “*The right to remain silent is not interchangeable with the right to a lawyer. These are two very different rights. Legal assistance at the pre-trial stage of a criminal procedure is essential to inform the defendant of the advantages and disadvantages, from the perspective of the defence strategy, of speaking out or remaining silent.*”



maatschappij bij de vervolging en bestraffing van het misdrijf in kwestie”. In de stelligste bewoordingen veroordelen zij deze ‘straatrechtvaardigheid’, waarbij de sociale oproer die een zaak met zich meebrengt, een element is dat zou moeten gewogen worden in de beoordeling van de algehele eerlijkheid onder de tweede stap van de ‘Salduz-test’. Een en ander zou volgens deze rechters tot een klassenjustitie kunnen leiden.²⁸

VII. Conclusie

23. Hoe dienen we het hier geannoteerde arrest te beoordelen? Men kan in alle geval de (in het licht van het ‘moederarrest’ *Salduz/Turkije*) afwijkende rechtspraak in *Ibrahim* duidelijk niet uitsluitend toeschrijven aan de Britse context of aan het feit dat het hier een terrorismezaak betrof.²⁹ Inmiddels wordt het *Ibrahim*-arrest namelijk bevestigd in navolgende rechtspraak van het EHRM (*supra*, punt VI), die de beperkingen op het recht op bijstand door een advocaat tijdens het verhoor zelfs lijkt uitgebreid te hebben. Het gaat hier zodoende om een arrest met een belangrijke precedentwaarde. We lichten er bij wijze van conclusie twee elementen uit.

24. Vooreerst stelt het EHRM dat het de ‘eerlijkheid’ van de procedure onder artikel 6.1 EVRM voortaan gaat toetsen aan de gehele procedure, van A tot Z. Het EHRM gaat niet langer automatisch besluiten tot een schending van de “fair trial”-rechten wanneer de rechter ten gronde een verklaring toch meeneemt in het bewijs tegen een verdachte, ook al werd die verklaring afgelegd zonder bijstand van een advocaat en derhalve in strijd met artikel 6.3.c) EVRM. Daarmee zijn we, wat de in het *Salduz*-arrest geformuleerde principes betreft, terug bij af: de sobere *bright-line rule* (bewijsuitsluitingseis) hertransformeert tot een ‘holistische benadering’, die de rechtspraak van het EHRM vóór het *Salduz*-arrest domineerde.

Ten tweede schenkt het EHRM in deze zaak klare wijn enerzijds over de ‘dwingende redenen’ die een uitzondering op het recht op bijstand kunnen schragen, en anderzijds over

²⁸ Zie hieromtrent § 22 van de afwijkende mening: “*In our view, limiting the right to a lawyer on the basis of ‘some public interest in prosecuting the applicant for the crime at issue’ puts the defendant’s right to a technical defence in the hands of the general public, and is reminiscent of the Robespierre-inspired trials during the République de la Terreur.*”

²⁹ Ter zake zijn een ‘mercantilistische’ belangenafweging en afwijzing van prioriteitsdenken inzake mensenrechten in beeld die te bestempelen zijn als een typisch fenomeen in Angelsaksische landen, die, anders dan op het vasteland, een “common law”-constitutionalisme kennen met een nadruk op organische groei en zelfbewustzijn; in die context evolueren mensenrechten met maatschappelijke ontwikkelingen mee, wat maakt dat het moeilijk is vol te houden dat er op mensenrechtenuitdagingen slechts één ‘juist’ antwoord bestaat. Zie ter zake: P. DE HERT, “Burkes common law-benadering van vrijheid en mensenrechten: erfgoed zonder bijzondere status vatbaar voor belangenafweging” in A. KINNEGING, P. DE HERT en M. COLETTE (eds.), *Burke*, Brussel, ASP, 2017, 63-90.

de aanknopingspunten (een niet-exhaustieve lijst van criteria – zie punt V) die het *in concreto* hanteert ter inschatting van de vraag of het ontbreken van bijstand door een advocaat in het verhoor al dan niet een schending van het recht op een eerlijk proces oplevert. Deze stap dient volgens het EHRM ook gezet te worden indien het ontbreken van bijstand niet terug te voeren is op een dergelijke dwingende reden. In *Beuze* bevestigt het EHRM deze aangehouden koers. Marie-Aude BEERNAERT betreurt deze evolutie in de rechtspraak van het EHRM: daar waar het EHRM in *Salduz/Turkije* nog een duidelijke bewijsuitsluitingseis voorstaat, is de beoordeling van het begrip ‘eerlijk proces’ die met *Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk* ingezet wordt (en met *Beuze/België* en *Farrugia/Malta* in de rechtspraak van het Hof verankerd wordt) – *dit* BEERNAERT – soepeler van aard.³⁰ Het is maar de vraag of deze subjectivering van de rechtsbescherming de verdachte in het verhoor ten goede komt ...

Maarten COLETTE

Assistent vakgroep Interdisciplinaire Studies van het Recht van de VUB

Franky GOOSSENS

Doctor en licentiaat in de rechten

Licentiaat in de criminologische wetenschappen

Vrijwillig wetenschappelijk medewerker KU Leuven

Faculteit Rechtsgeleerdheid, Onderzoekseenheid Strafrecht en Criminologie

GwH 15 maart 2018, nr. 31/2018

Zet.: Spreutels (Voorzitter), Lavrysen, Snappe, Moerman, Derycke en Leysen (Rechters)

Adv.: Mr. R. Jespers, Mr. J. Fermon, Mr. E. Jacobowitz en Mr. A. Poppe

TERRORISTISCHE MISDRIJVEN – ART. 140BIS SW. – PUBLIEKELIJK TER BESCHIKKING STELLEN VAN EEN BOODSCHAP MET HET OOGMERK AAN TE ZETTEN TOT HET PLEGEN VAN EEN TERRORISTISCH MISDRIJF – SCHRAPPING VAN RISICOVEREISTE DAT EEN OF MEER MISDRIJVEN WORDEN GEPLEEGD

Het Grondwettelijk Hof vernietigt artikel 2, 3° van de wet van 3 augustus 2016 houdende diverse bepalingen ter bestrijding van terrorisme (III).

³⁰ M. BEERNAERT, “Droit d’accès à un avocat et relativité toujours plus grande des garanties du droit à un procès équitable” (noot onder EHRM 9 november 2019, *Beuze/België*), *Rev.trim.dr.h.* 2019, 527: “*On peut donc clairement parler d’une tendance lourde dans la jurisprudence de la Cour, qui consiste à préférer à des règles strictes ne pouvant être transgressées sans que cela n’emporte automatiquement violation du droit à un procès équitable, une approche souple et flexible permettant de mettre en balance l’ensemble des intérêts en jeu.*” Zie in dezelfde zin ook: O. MICHIELS, “L’arrêt *Beuze c. Belgique*, une regrettable contre-révolution?”, *JT* 2019, 283-285.

