

Verhoorbijstand 2.0

Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van verhoorbijstand door anderen dan advocaten.

Rede

in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar Verdediging in strafzaken aan de Universiteit Maastricht, op 17 februari 2017

door

Dr. D.V.A. Brouwer

Mevrouw de rector magnificus,
Mijne dames en heren,

1. Inleiding en onderzoeksvraag

Artikel 6, derde lid, onder (c) EVRM houdt in dat een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, het recht heeft om (i) zich zelf te verdedigen of (ii) daarbij de bijstand te hebben van een raadsman naar eigen keuze en¹, (iii) indien hij niet over voldoende middelen beschikt om een raadsman te bekostigen, kosteloos door een toegevoegde advocaat te kunnen worden bijgestaan, indien de belangen van een behoorlijke rechtspleging dit eisen. Deze rechten zijn, als onderdeel van het overkoepelende recht op een eerlijk proces dat is neergelegd in artikel 6 lid 1 EVRM, al relevant in de fase voorafgaand aan de terechtzitting.² Naar de huidige stand van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wordt het recht op toegang tot rechtsbijstand – hetzij in de vorm van bijstand door een gekozen raadsman, hetzij in de vorm van kosteloze bijstand door een toegevoegde advocaat – geactiveerd door het voornemen van de strafvervolgende overheid om een burger als verdachte te ondervragen. Het recht op een eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 lid 1 EVRM vereist dat, als regel, het recht op toegang tot rechtsbijstand voor de aangehouden³ verdachte al bij het eerste verhoor door de politie wordt gegarandeerd.⁴ Dat recht kan geëffectueerd worden door een door de verdachte gekozen raadsman toe te laten tot de verdachte, of door dat de politie of andere organen van de Staat bewerkstelligen dat de verdachte wordt voorzien van toegevoegde juridische bijstand.⁵

Voor dat laatste geval lijkt het Verdrag zelf niet veel te zeggen over de kwaliteit van de toegevoegde rechtsbijstandsverlener. Moet dat een advocaat zijn, of zou deze rechtsbijstand onder omstandigheden ook kunnen worden verleend door een jurist die niet als advocaat is beëdigd? Of mogelijk zelfs door iemand zonder een volledige juridische opleiding?⁶

De vraag naar de toelaatbaarheid van rechtsbijstand door anderen dan advocaten (alle anderen dan beëdigde en op het tableau ingeschreven rechtshulpverleners zal ik hierna ook wel als “paralegals” aanduiden) is in recente jaren en vooral maanden actueel geworden doordat verschillende commissies en personen hebben gepleit voor de inzet van paralegals als oplossing voor de door deze commissies en individuen geschetste tekortkomingen in de

¹ P. van Dijk, F. van Hoof *et al.*, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Intersentia, Oxford 2006, p. 637; J. van de Velde, in: *Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, Rechtspraak & Commentaar*, SDU losbladig, aanvulling 60, 7-2004, aant. 3.6.11.1.

² EHRM 24 november 1993, Series A no. 275. (*Imbrioscia v. Switzerland*)

³ EHRM 18 februari 2010, nr. 39660/02 (*Alexander Zaichenko v. Russia*); Grand Chamber 13 september 2016, Application nrs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09 (*Ibrahim and others v. United Kingdom*), par. 255.

⁴ Grand Chamber 27 november 2008, nr. 36391/02 (*Salduz v. Turkey*); Grand Chamber 23 Maart 2016, no. 47152/06 (*Blokhin v. Russia*), par. 198; *Ibrahim*; Grand Chamber 20 oktober 2015, Application no. 25703/11, (*Dvorski v. Croatia*).

⁵ Waartoe ook een zekere activiteit van de politie mag worden verlangd: zie bijv. *Blokhin*, par. 206 en EHRM 27 maart 2007, 32432/96 (*Talat Tunç v. Turkey*), par. 61.

⁶ Onder een volledige juridische opleiding versta ik een universitaire opleiding in de rechtsgeleerdheid leidend tot zgn. civiel effect. Een onvolledige juridische opleiding is dan een universitaire of HBO opleiding in de rechtsgeleerdheid zonder civiel effect.

wijze waarop op dit moment de rechtsbijstand in de eerste fase van het strafproces wordt verzorgd.

Een van de eersten daarvan was de Commissie Innovatie Strafrechtadvocatuur. In haar rapport⁷ adviseerde de Commissie om in het kader van een algemeen consultatierecht een triage-systeem op te zetten in het kader waarvan zou worden beoordeeld welke rechts-hulp zou moeten worden verleend: alleen informatieverschaffing en eventueel enig advies, of doorverwijzing naar een advocaat die de verdachte bezoekt. De Commissie adviseerde om daarvoor te onderzoeken of zo'n triage-systeem kon worden uitgevoerd "door goedopgeleide medewerkers van een orgaan dat is ingebed in de advocatuur, waarbij de werkzaamheden onder toezicht van advocaten worden verricht".⁸

Van recenter datum zijn de voorstellen van de Commissie onderzoek oorzaken kostenstijging stelsel gesubsidieerde rechtsbijstand en vernieuwing van het stelsel, kortweg de Commissie Wolfsen. Tot die voorstellen behoort het aanbrengen van een scherper onderscheid tussen wat "de eerste lijn" en "de tweede lijn" wordt genoemd. Consultatiebijstand en rechtsbijstand in zgn. ZSM zaken zou tot het werkkterrein van de eerste lijn behoren. Deze eerstelijns werkzaamheden zouden volgens de Commissie kunnen worden verricht door "advocaten of andere rechtsbijstandsverleners die daarvoor als gecertificeerd specialist zijn toegelaten".⁹ Daaronder zouden dan ook medewerkers van een rechtswinkel, een rechtsbijstandsverzekeraar of een juridisch uitzendbureau kunnen worden begrepen.¹⁰ De reactie van de minister van Veiligheid en Justitie op dit voorstel hield in dat "het verlenen van consultatie- en verhoorbijstand in de toekomstige vormgeving vooralsnog voorbehouden blijft aan advocaten". De minister sluit echter "de bijstandverlening in het kader van het politie-verhoor door anderen dan advocaten in de toekomst niet op voorhand uit".¹¹

Deze geluiden roepen de vraag op welke ruimte de Nederlandse wetgever eigenlijk heeft om een regeling te treffen waarbij anderen dan advocaten worden ingezet voor het verlenen van consultatie- en verhoorbijstand. Zodra wij ons dat afvragen, springt onmiddellijk in het oog dat er twee basispatronen zijn voor het inzetten van anderen dan advocaten voor het verlenen van deze bijstand. Beide basispatronen zijn hiervoor ook al aan de orde gekomen. De eerste variant is die, waarin de taak om bijstand te verlenen is neergelegd bij een advocaat, en deze advocaat vervolgens onder zijn verantwoordelijkheid een door hem aangestuurde en aan hem verantwoording schuldige medewerker-niet-advocaat (paralegal) opdraagt bepaalde bijstandshandelingen te verrichten. De advocaat stuurt zijn paralegal naar het verhoor, maar het blijft *zijn* zaak. De andere basisvorm is die, waarin de overheid een organisatie inricht of inhurt van waaruit paralegals worden uitgezonden om consultatie- en verhoorbijstand te verlenen. De taak om bijstand te verlenen ligt in dat model niet (primair) bij een advocaat, maar ligt veel meer bij de paralegal, of bij de buiten-advocatuurlijke organisatie waarin die paralegals werkzaam zijn. Aangenomen kan worden dat ook in dit model advocaten betrokken kunnen zijn, maar kenmerkend lijkt toch dat de paralegal niet

⁷ Herbezinning van de rol van de raadsman in de voorfase van het strafproces, 18 oktober 2012, <https://www.advocatenorde.nl/9651>, laatst bezocht 28 januari 2017.

⁸ Herbezinning van de rol van de raadsman in de voorfase van het strafproces, p. 32. Vgl. D.V.A. Brouwer, *De voorstellen van de Commissie Innovatie Strafrechtadvocatuur, een persoonlijke toelichting*, Strafol 2013, afl. 2, pag. 22 e.v.; T. Spronken, *Kroniek van het strafprocesrecht*, NJB 2013/786.

⁹ Rapport van de Commissie Wolfsen, *Naar een duurzaam stelsel voor de gesubsidieerde rechtsbijstand*, p. 11.

¹⁰ Vgl. D.V.A. Brouwer, *Wolfsen en de toekomst van de gefinancierde rechtsbijstand in strafzaken*, NJB 2016/553, Afl. 11, p. 732; J.L.F. Groenhuijsen, *De gesubsidieerde rechtsbijstand onder het politieke vergrootglas*, Strafol 2016/58, afl. 5, p. 408 e.v.

¹¹ Kamerstukken II, 2015-2016, 31 753, Nr. 119, p. 4.

als gemandateerde of gedelegeerde van een verantwoordelijke advocaat optreedt, maar veel meer als een zelfstandig verantwoordelijke rechtshulpverlener. Vergelijk het met een EHBO post bij een evenement: men kan altijd de dokter bellen, maar de EHBO-ers draaien de post toch vooral zelf.

Met welke van deze twee varianten men te maken heeft, blijkt uit het antwoord op de vraag wie de verdachte op de (mogelijk) daarop volgende terechtzitting zal bijstaan. Is dat de dezelfde advocaat die zijn paralegal naar het verhoor heeft gestuurd, dan hebben we te maken met variant I. Moet de zaak daarvoor echter worden overgedragen aan een nog aan te zoeken advocaat, dan hebben we te maken met variant II.

In het debat over *efficiency* en kostenbeheersing worden door sommige beleidsmakers vooral aan variant II grote voordelen toegekend. En inderdaad kan men zich voorstellen dat besparingen te realiseren zouden kunnen zijn als men de consultatie- en verhoorbijstand voor met name lichtere feiten zou laten verzorgen door een *pool* van relatief goedkope, flexibel in te zetten hulpverleners die deel uitmaken van een aan de overheid verbonden of door de overheid ingerichte of ingehuurde niet-advocatuurlijke organisatie. Maar een impliciete voorwaarde voor het realiseren van deze voordelen is wel dat de burger aan wie zulke rechtshulp wordt verleend, daar dan ook genoeg mee moet nemen. Immers, alle denkbare efficiency- en kostenvoordelen van zo'n systeem gaan verloren – slaan zelfs om in het tegendeel – als elke burger die wordt bezocht door een paralegal onverminderd aanspraak heeft – en ook nog aanspraak maakt! – op de bijstand van een echte advocaat. Zo'n systeem staat of valt kortom met een meer of minder sterke beperking van de keuzevrijheid van de burger.

Daarmee is de onderzoeksvraag nader te preciseren: Hoeveel ruimte heeft de Nederlandse wetgever om een regeling te treffen waarbij de consultatie- en verhoorbijstand wordt geleverd door niet-advocaten die zijn verbonden aan een aan de overheid verbonden of door de overheid ingehuurde niet-advocatuurlijke organisatie, waarbij de verdachten hebben te aanvaarden dat hen consultatie- en/of verhoorbijstand wordt geleverd door anderen dan advocaten? Deze vraag zal in het navolgende vooral in het licht van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) worden gezien. Maar niet alleen het EVRM stelt eisen aan de rechtsbijstand in de eerste fase van het strafproces. Ook in het verband van de Europese Unie is wetgeving tot stand gekomen die verplichtingen op Lidstaten legt om (ook) in de eerste fase van het strafproces het recht op rechtsbijstand te organiseren en te waarborgen. Ik noem als voorbeelden:

- Richtlijn 2013/48/EU recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures, artikel 3;
- Richtlijn 2016/800/EU betreffende procedurele waarborgen voor kinderen die verdachte of beklaagde zijn in een strafprocedure, artikel 6;
- Richtlijn 2016/1919/EU betreffende rechtsbijstand voor verdachten en beklaagden in het strafproces, artikel 4.

De onderzoeksvraag zal daarom ook in het licht van het recht van de Europese Unie moeten worden beantwoord.

Ik sluit af met een korte verkenning van de mogelijkheden en voorwaarden voor de inzet van het andere type paralegals, namelijk de paralegal die in opdracht en onder verantwoordelijkheid van een advocaat bepaalde handelingen verricht ten behoeve van de door die advocaat te leveren rechtsbijstand.

2. De jurisprudentie van het EHRM op artikel 6(3)(c) EVRM

Artikel 6, derde lid, onder (c) EVRM houdt in dat een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, het recht heeft om zich zelf te verdedigen of daarbij de bijstand te hebben van een raadsman naar eigen keuze of, indien hij niet over voldoende middelen beschikt om een raadsman te bekostigen, kosteloos door een toegevoegde advocaat te kunnen worden bijgestaan, indien de belangen van een behoorlijke rechtspleging dit eisen. In zijn rechtspraak maakt EHRM een onderscheid tussen enerzijds het recht van een verdachte om bijstand te krijgen van een raadsman naar eigen keuze, anderzijds het recht om door een toegevoegde advocaat te worden bijgestaan. Bezien we deze twee te onderscheiden rechten in meer detail.

2.1 ... bijstand te hebben van een raadsman naar eigen keuze...

In de Nederlandse tekst van het EVRM wordt niet gesproken van een *advocaat*, maar van een *raadsman* naar eigen keuze. Het Nederlandse Wetboek van Strafvordering verstaat onder een raadsman een in Nederland ingeschreven advocaat.¹² Het EVRM gebruikt het woord raadsman niet in deze, nationaal gedefinieerde, betekenis. Dat blijkt reeds uit de bewoordingen die in andere taalversies worden gebruikt: de Engelse versie spreekt van “legal assistance of his own choosing”, de Duitse van “einen Verteidiger” en de Franse van “un défenseur”. De beperktere nationale begrippen “solicitor”, “barrister”, “Rechtsanwalt” en “avocat” worden niet gebruikt. Hieruit volgt dat reeds de tekst van het verdrag in meer of mindere mate ruimte laat voor het optreden van anderen dan advocaten. Ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling kan worden afgeleid dat zolang de geboden rechtsbijstand feitelijk effectief is, “*professional qualifications*” niet worden vereist.¹³ Daaruit volgt dat indien anderen dan op het tableau ingeschreven advocaten zulke rechtsbijstand zouden verlenen, niet reeds dat enkele feit een schending van artikel 6 lid 3 onder (c) EVRM oplevert.

Veel EHRM zaken op dit onderdeel van artikel 6 lid 3 onder (c) EVRM zien op de verplichting die aan verdachten wordt opgelegd om zich te laten bijstaan door een raadsman, ook al willen zij dat zelf (b.v. omdat zij zelf de kosten van zo’n opgedrongen raadsman moeten betalen) niet.¹⁴ Als we zoeken naar rechtspraak van het EHRM waarin de kwalificaties van de raadsman aan de orde zijn, komen we uitsluitend zaken tegen waarin de verdachte om hem moverende reden wenste te worden bijgestaan door een persoon die voor de betreffende procedure door de nationale wetgeving *niet* als advocaat werd aangemerkt. Een voorbeeld is de zaak Mayzit tegen Rusland.¹⁵ In deze zaak weigerde de verdachte de bijstand van zo’n 8 achtereenvolgende door de rechtbank toegevoegde advocaten, omdat deze, vol-

¹² Alsmede advocaten uit de EU die samenwerken met een in Nederland ingeschreven advocaat: artikel 37 Sv.

¹³ Harris, O’Boyle & Warbrick *et al.*, *Law of the European Convention on Human Rights*, Third edition, Oxford University Press 2014, p. 478: “The drafting history [noot 1088] and the object and purpose of Article 6(3)(c) suggest that professional qualifications are not necessary so long as the legal assistance provided is ‘effective in fact’”, met als voetnoot 1088: “In the drafting of Article 14 ICCPR, upon which Article 6 is based, the words ‘qualified representative’ were replaced by ‘legal assistance’ so that they ‘did not necessarily mean a lawyer, but merely assistance in the legal conduct of a case’”.

¹⁴ C. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights – Commentary*, Helbing Lichthahn Verlag, Basel 2014, p. 158.

¹⁵ EHRM 20 januari 2005, Application No. 63378/00 (*Mayzit v. Russia*).

gens de verdachte “allemaal weerwolven waren die met het openbaar ministerie sympathiseerden”.¹⁶ De verdachte wenste slechts te worden bijgestaan door zijn moeder en zijn zus. Dat verzoek werd door de rechtbank afgewezen, waarbij de rechtbank met name verwees naar de omstandigheid dat de zaak complex was, en dat daarom specialistische juridische kennis en professionele ervaring vereist waren, waarover moeder en zuster niet beschikten.¹⁷ Naar verluid was de moeder van de verdachte al op gevorderde leeftijd en van zwakke gezondheid, en was de zuster fulltime spraaktherapeut in een kinderziekenhuis.¹⁸

Het Straatsburgse Hof merkt op dat volgens de toepasselijke nationale wetgeving de hoofdregel is dat een raadsman in een strafzaak een professionele advocaat dient te zijn, die toegelaten is tot de balie. Maar volgens diezelfde nationale wetgeving kon de rechtbank de verdachte ook toestaan zich te laten verdedigen door zijn moeder en zuster. Zo vreemd was dat verzoek dus kennelijk ook niet.¹⁹ Het Hof overweegt vervolgens:

*“Article 6 § 3 (c) guarantees that proceedings against the accused will not take place without an adequate representation for the defence, but does not give the accused the right to decide himself in what manner his defence should be assured. The decision as to which of the two alternatives mentioned in the provision should be chosen, namely the applicant’s right to defend himself in person or to be represented by a lawyer of his own choosing, or in certain circumstances one appointed by the court, depends upon the applicable legislation or rules of court.”*²⁰

[...]

*The [Moskovskiy District] court considered [...] that as lay persons [mother and sister] would not be able to ensure the applicant’s efficient defence in compliance with the procedure. Furthermore, the court concluded that they would not, for the reasons of health or occupation, be able sufficiently to attend to the proceedings. In the Court’s opinion, these considerations were legitimate and outweighed the applicant’s wishes.”*²¹

Moeder en zuster konden dus worden geweigerd als rechtsbijstandverleners.

Een iets minder exotisch voorbeeld levert de zaak Zogorodniy tegen Ukraine.²² In deze zaak koos de verdachte een rechtsgeleerde (“lawyer”), die echter niet tot de balie was toegelaten (“not a licensed advocate”).²³ De nationale rechter sloot deze gekozen raadsman uit. Het EHRM overwoog:

“A person charged with a criminal offence who does not wish to defend himself in person must be able to have recourse to legal assistance of his own choosing. However, this latter right cannot be considered to be absolute either and, consequently, the national courts may override that person’s choice when there are relevant and sufficient grounds for holding that this is necessary in the interests of justice. Furthermore, the

¹⁶ *Mayzit*, par. 63.

¹⁷ *Mayzit*, par. 25.

¹⁸ *Mayzit*, par. 55.

¹⁹ *Mayzit*, par. 68. Zie bijv. ook EHRM 13 juli 2006, Application nr. 26853/04 (*Popov v. Russia*).

²⁰ *Mayzit*, par. 65.

²¹ *Mayzit*, par. 68.

²² EHRM 24 november 2011, Application nr. 27004/06 (*Zogorodniy v. Ukraine*).

²³ *Zogorodniy*, par. 53.

legal requirement for defence counsel to hold a law degree is not in violation of the above provision.

*In the present case, the applicant's right to freely choose his defence counsel was restricted, as the representative of his choice was a lawyer, but not a licensed advocate. In the Court's opinion, such a restriction on the free choice of defence counsel may not in itself raise an issue under Article 6 § 3 (c) of the Convention, since the particular legal qualifications can be required to ensure the efficient defence of a person and the smooth operation of the justice system."*²⁴

In de specifieke omstandigheden van de zaak was er aanleiding om te menen dat de uitsluiting van de door de verdachte gekozen raadsman niet conform artikel 6 EVRM was, maar de hoofdregel is dat de Staat de keuze van raadslieden in beginsel mag beperken tot op het tableau ingeschreven advocaten.

Een nog weer minder exotisch voorbeeld is de door het EHRM toegelaten beperking op de vrije keuze van de raadsman in het geval van de cassatieprocedure. "[T]he special nature of proceedings before the Court of Cassation, considered as a whole, may justify specialist lawyers being reserved a monopoly [...]," oordeelde het Hof in de zaak Meftah tegen Frankrijk.²⁵ Het Hof vat het recht op dit punt als volgt samen:

*"The Court reiterates that the right for everyone charged with a criminal offence to be defended by counsel of his own choosing cannot be considered to be absolute and, consequently the national courts may override that person's choice when there are relevant and sufficient grounds for holding that this is necessary in the interests of justice."*²⁶

Het belang van een goede rechtsbedeling kan kortom met zich brengen dat de vrije keuze voor een raadsman niet door de overheid hoeft te worden gevolgd. Daarvoor moeten dan wel relevante en genoegzame argumenten ("*relevant and sufficient grounds*") bestaan.²⁷ Zulke argumenten kunnen liggen in de kwaliteitseisen die de nationale wetgeving aan de raadsman in strafzaken stelt in het belang van een efficiënte verdediging, het soepel draaien van het rechtsbedrijf²⁸ of de specialistische aard van de (cassatie)procedure. De raadsman die niet aan die kwaliteitseisen voldoet, mag al snel door de rechter worden geweerd.²⁹ Dat een overgekwalificeerde raadsman mag worden geweigerd, kan hier niet uit volgen.

2.2 ... kosteloos door een toegevoegde advocaat te kunnen worden bijgestaan...

Indien de verdachte niet over voldoende middelen beschikt om een raadsman te bekostigen, dan rust op de Staat de verplichting ervoor zorg te dragen dat de verdachte door een toegevoegde advocaat kan worden bijgestaan, indien de belangen van een behoorlijke rechtspleging dit eisen. Hier spreekt de Nederlandse tekst wél van een "advocaat". De Engelse versie

²⁴ Zogorodniy, par. 53 en 53.

²⁵ EHRM 26 juli 2002, Application nr. 23043/93 (*Meftah and others v. France*), par. 44.

²⁶ *Meftah*, par. 42.

²⁷ Harris, O'Boyle & Warbrick *et al.*, Law of the European Convention on Human Rights, third edition, Oxford university Press 2014, p. 477.

²⁸ vgl. de ontvankelijkheidsbeslissing in *Prehn v Germany*, Application nr. 40451/06.

²⁹ Harris, O'Boyle & Warbrick, a.w., p. 477.

spreekt ook hier echter van “legal assistance”.³⁰ De Duitse versie van “eines Verteidigers”, de Franse versie van “un avocat d’office”. Reeds uit deze taalvariatie volgt dat niet kan worden gesteld dat met het woord “advocaat” in de Nederlandse taalversie ook echt alleen maar een op het tableau ingeschreven advocaat kan zijn bedoeld. Ook hier biedt het Verdrag dus ruimte voor rechtsbijstand die door anderen dan advocaten in strikte zin wordt geleverd.

Het recht van de verdachte om verdedigd te worden door een raadsman naar eigen keuze gaat in beginsel ook op in het geval van kosteloze rechtsbijstand of in het geval van selectie van verplichte procesbijstand in het belang van een goede rechtsbedeling.³¹ In de zaak *Dvorski* heeft de Grote Kamer van het EHRM de eerdere jurisprudentie op dit onderwerp samengevat.³² In deze uitspraak benadrukt het Hof opnieuw dat vanaf het allereerste begin van de procedure een person “charged with a criminal offence” het recht heeft zich te laten bijstaan door een gekozen raadsman, maar dat deze keuzevrijheid niet absoluut is:

“It is necessarily subject to certain limitations where free legal aid is concerned and also where it is for the courts to decide whether the interests of justice require that the accused be defended by counsel appointed by them. The Court has consistently held that the national authorities must have regard to the defendant’s wishes as to his or her choice of legal representation, but may override those wishes when there are relevant and sufficient grounds for holding that this is necessary in the interests of justice. Where such grounds are lacking, a restriction on the free choice of defence counsel would entail a violation of Article 6 § 1 together with paragraph 3 (c) if it adversely affected the applicant’s defence, regard being had to the proceedings as a whole “

In de zaak *Dvorski* ging het er om dat aan de aangehouden verdachte een advocaat werd toegewezen, terwijl (naar het EHRM kennelijk aanneemt) de verdachte waarschijnlijk zelf om een andere advocaat had gevraagd, en die andere advocaat zich op instructie van de familie van de verdachte ook al naar het politiebureau had begeven, doch aldaar op oneigenlijke gronden niet tot de verdachte werd toegelaten. Het Hof ziet deze feitelijke constellatie niet als een situatie waarin de verdachte *geen* raadsman had bij het politieverhoor (“*denial of access*”), maar als een – minder ernstige – situatie waarin de verdachte *geen keuze* had terzake de aan hem toegevoegde raadsman (“*denial of choice*”). Voor die categorie gevallen hanteert het Hof “*the more lenient requirement of “relevant and sufficient” reasons [...]. In such cases the Court’s task will be to assess whether, in the light of the proceedings as a whole, the rights of the defence have been “adversely affected” to such an extent as to undermine their overall fairness.*”³³ Het Hof vervolgt:

“Against the above background, the Court considers that the first step should be to assess whether it has been demonstrated in the light of the particular circumstances

³⁰ “...to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, [...] to be given it free when the interests of justice so require”

³¹ EHRM 25 september 1992, Application nr. 13611/88 (*Croissant v. Germany*), par. 29; J. van de Velde, in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, *Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, Rechtspraak & Commentaar*, SDU losbladig, aanvulling 60, 7-2004, 3.6.11.3.

³² Grand Chamber 20 oktober 2015, Application no. 25703/11, (*Dvorski v. Croatia*), par. 76 e.v.

³³ *Dvorski*, par. 81.

*of each case that there were relevant and sufficient grounds for overriding or obstructing the defendant's wish as to his or her choice of legal representation. Where no such reasons exist, the Court should proceed to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings. In making its assessment, the Court may have regard to a variety of factors, including the nature of the proceedings and the application of certain professional requirements; the circumstances surrounding the designation of counsel and the existence of opportunities for challenging this; the effectiveness of counsel's assistance; whether the accused's privilege against self-incrimination has been respected; the accused's age; and the trial court's use of any statements given by the accused at the material time. It is further mindful that the Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective and not theoretical and illusory and that in determining Convention rights one must frequently look beyond appearances and concentrate on the realities of the situation."*³⁴

Van belang is de nadruk die het Hof legt op de *particular circumstances of each case*. In het licht van de specifieke omstandigheden van de voorliggende zaak, moet aangetoond worden dat relevante en genoegzame argumenten bestonden om de keuze van de verdachte voor een andere dan de toegewezen raadsman te passeren.³⁵ Zijn die gronden er niet, dan bevindt men zich zogezegd in de gevarenzone, waarin een beoordeling van de "*overall fairness*" van de procedure moet plaatsvinden. De opsomming van de omstandigheden die in deze laatste afweging een rol kunnen spelen heeft het Hof ontleend aan zijn eigen eerdere rechtspraak.

3. Componenten in de weging

In de voorgaande paragrafen is de jurisprudentie van het EHRM in tamelijk algemene termen beschreven. Daarin is niet een casus aan te wijzen die zó vergelijkbaar is met de door ons onderzochte variant voor het verlenen van rechtsbijstand in de eerste fase van het strafproces, dat de beslissing in die zaak zonder meer uitsluitel geeft over de vraag naar de toelaatbaarheid van de door ons onderzochte vorm. Wij zullen dus moeten interpoleren tussen en extrapoleren van de beslissingen van het EHRM op niet geheel vergelijkbare zaken. Ik bespreek in deze paragraaf een aantal thema's uit de jurisprudentie van het EHRM die voor de oordeelsvorming van gewicht lijken.

3.1 Het gewicht van het kostenargument

We zagen dat volgens het Hof in geval van *denial of choice* in het licht van de specifieke omstandigheden van de voorliggende zaak aangetoond moet worden dat relevante en genoegzame argumenten bestonden om de keuze van de verdachte voor een andere dan de toegewezen raadsman te passeren.³⁶ Reden voor het inzetten van anderen dan advocaten voor het verlenen van rechtsbijstand in de eerste fase van de strafprocedure zou in het kostenargument gevonden kunnen worden. Advocaten zijn relatief duur, en de inzet van goedkopere

³⁴ *Dvorski*, par. 82.

³⁵ C. Grabenwarter, *European Convention on Human Rights – Commentary*, Helbing Lichthahn Verlag, Basel 2014, p. 158.

³⁶ C. Grabenwarter, a.w., p. 158.

krachten zou aanzienlijke besparingen op het terrein van de gefinancierde rechtsbijstand kunnen betekenen. Uiteraard is niet met zekerheid te voorspellen hoe het EHRM op zo'n argument zou reageren. Wel kan gezegd worden dat dit kostenargument een algemeen beleidsargument is, dat los staat van de specifieke omstandigheden van de voorliggende zaak.

In de zaken *Salduz en Aras*³⁷ oordeelde het EHRM dat een beperking van het recht op rechtsbijstand die voortvloeit uit een algemeen geldende wettelijke regeling, en die dus niet het gevolg is van een weging van de specifieke omstandigheden van het geval, reeds vanwege dat systematische karakter uit het oogpunt van artikel 6 lid 3 onder (c) EVRM tekortschoot.³⁸ Het kostenargument is evenzeer systematisch, omdat het ongeacht de concrete omstandigheden van het geval gelijkelijk van toepassing is op elke zaak. Van maatwerk kan dus niet gesproken worden. Dat brengt met zich dat het kostenargument als zodanig onvoldoende gewicht heeft om een systematische beperking van de keuzevrijheid van de verdachte te rechtvaardigen.

Anderzijds is het EHRM niet geheel ongevoelig voor de kosten van de gefinancierde rechtsbijstand, zo blijkt uit de zaak *Lagerblom*.³⁹ In die zaak verzocht de klager lopende de procedure om vervanging van de hem toegewezen advocaat H. Het Hof overweegt:

“59. The Court takes note of the fact that at the time of the District Court’s main hearing H. had been the applicant’s counsel for about two and a half years. Thus, when the applicant – during the scheduling of that hearing – sought his replacement, H. had already undertaken a certain amount of work, notably in regard to the six indictments that had been made against the applicant on different occasions and in preparation for the main hearing. [...] It is clear that the proceedings had reached a stage where the requested replacement would have caused certain inconvenience and entailed additional costs. The Court does not find it unreasonable, in view of the general desirability of limiting the total costs of legal aid, that national authorities take a restrictive approach to requests to replace public defence counsel once they have been assigned to a case and have undertaken certain activities.”

Deze overweging wordt ingekleurd door – en kan mijns inzien ook niet los gezien worden van – de onmiddellijk daaropvolgende overweging van het Hof:

“60. Moreover, there is no evidence in the case that the applicant, before the Swedish courts, claimed that H., for any reason, was unable to provide him with effective legal assistance or that he lacked confidence in H., nor is there any indication of a manifest failure on the part of H. which should have led the courts to intervene of its own motion.”

Het is naar mijn mening juist omdat er geen aanwijzingen zijn dat de raadsman van de verdachte tekortschoot, en juist omdat de verdachte nimmer heeft geklaagd over de aan hem

³⁷ EHRM 18 november 2014, Application nr. 15065/07 (*Aras v. Turkey*), par. 40.

³⁸ Vgl. *Salduz*, par. 56: “Thus, no other justification was given for denying the applicant access to a lawyer than the fact that this was provided for on a systematic basis by the relevant legal provisions. As such, this already falls short of the requirements of Article 6 in this respect, as set out at paragraph 52 above.”

³⁹ EHRM 14 april 2003, Application No. 26891/95 (*Lagerblom v. Sweden*).

verleende bijstand of over een gebrek aan vertrouwen in zijn advocaat, dat het financiële argument enig gewicht kan krijgen.⁴⁰ Dat het kostenargument tot terughoudendheid leidt waar het gaat om verzoeken tot het vervangen van een al toegewezen en ingewerkte raadsman is begrijpelijk, in het geval over die bijstand geen materiële of inhoudelijke klachten worden geuit. Maar dat kostenargument heeft mijns inziens beduidend minder sterke papieren in een geval waarin – bijvoorbeeld – de verdachte klaagt dat hij bij gelegenheid van zijn aanhouding en verhoor een onvoldoende kundige en gekwalificeerde rechtsbijstandverlener kreeg toegewezen en de Staat slechts het kostenargument ter rechtvaardiging van deze beperking van de keuzevrijheid van de verdachte kan aanvoeren. Ook in civiele zaken heeft het kostenargument voor het EHRM overigens opvallend weinig gewicht.⁴¹

3.2 Klachten over tekortschietende bijstand en “the whole range of services”

Maar laten we wat langer stilstaan bij het voorbeeld waarin de verdachte klaagt dat hij bij gelegenheid van zijn aanhouding en verhoor onvoldoende kundige, gekwalificeerde en effectieve rechtsbijstand heeft gekregen. De centrale EHRM uitspraken over klachten die zien op een gebrek aan effectieve rechtsbijstand zijn Artico⁴², Kamasinski⁴³, Imbriosca en Daud.⁴⁴ In deze laatste uitspraak is de rechtspraak van het EHRM op dit punt als volgt samengevat:

“The Court reiterates that the Convention is designed to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective, and that assigning counsel does not in itself ensure the effectiveness of the assistance he may afford an accused. Nevertheless, a State cannot be held responsible for every shortcoming on the part of a lawyer appointed for legal aid purposes. It follows from the independence of the legal profession from the State that the conduct of the defence is essentially a matter between the defendant and his counsel, whether counsel be appointed under a legal aid scheme or be privately financed. The competent national authorities are required under Article 6 § 3 (c) to intervene only if a failure by legal aid counsel to provide effective representation is manifest or sufficiently brought to their attention in some other way.”⁴⁵

Deze jurisprudentie heeft betrekking op gevallen waarin de bijstand ter zitting, of de bijstand in een appel- of cassatieprocedure tekortschoot, waardoor de verdachte het recht op effectieve rechtsbijstand werd onthouden.⁴⁶ Uit deze rechtspraak isoleer ik twee kwesties.

De eerste daarvan is dat het EHRM terughoudend is om de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de verdediging bij de Staat te leggen. Immers, de “*legal profession*” is

⁴⁰ Vgl. B.v. EHRM 25 maart 2008, Application No. 42084/02 (*Vitan v. Roumanie*), par. 63: mede omdat de verdachte nimmer heeft geklaagd over tekortschietende bijstand, is de toewijzing van een advocaat om de verdachte bij te staan bij een getuigenverhoor waarvoor de gekozen raadslieden van de verdachte verstek hebben laten gaan, niet in strijd met artikel 6 lid 3 onder (c) EVRM.

⁴¹ Harris, O’Boyle & Warbrick, a.w., p. 480.

⁴² EHRM 13 mei 1980, Application No. 6694/74 (*Artico v. Italy*).

⁴³ EHRM 19 december 1989, Application nr. 9783/82 (*Kamasinski v. Austria*).

⁴⁴ EHRM 21 april 1998, nr. 11/1997/795/997 (*Daud v. Portugal*).

⁴⁵ Voor de leesbaarheid zijn aanhalingstekens en verwijzingen naar vindplaatsen weggelaten.

⁴⁶ William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights, a commentary*, Oxford commentaries on international law, Oxford University press, 2015, p. 311.

onafhankelijk van de Staat. Die onafhankelijkheid dient ook door de Staat te worden gerespecteerd.⁴⁷ De Staat heeft dan ook nauwelijks middelen om direct op het functioneren van een individuele advocaat in te grijpen. Zelfs de door de Staat aan een verdachte toegewezen advocaat is dan ook geen “orgaan” van de Staat – zoals bijvoorbeeld een politiemann wel is – zodat een rechtstreekse verantwoordelijkheid van de Staat voor het handelen van zo’n advocaat uitgesloten moet worden geacht.⁴⁸ Maar dat argument verliest aan kracht op het moment dat de Staat voor het verstrekken van rechtsbijstand aan onvermogenen gebruik gaat maken van instituten en structuren die min of meer rechtstreeks onder het gezag van de Staat staan.⁴⁹ Als deze bijstand bijvoorbeeld wordt verzorgd door medewerkers van een Juridisch Loket, dat onderdeel uitmaakt van de Raad voor Rechtsbijstand,⁵⁰ dan kan slechts worden vastgesteld dat de directe verantwoordelijkheid van de Staat voor het functioneren van deze rechtsbijstandsverleners is toegenomen. In welke mate dat het geval is, zal dan weer afhangen van de precieze inrichting van zo’n juridisch loket.

De tweede kwestie waar ik bij stil wil staan houdt hiermee verband. In de rechtspraak van het EHRM is telkens de vraag welke verplichting nu precies op de Staat rust, nu de Staat niet direct verantwoordelijk is voor de kwaliteit van de verdediging. Die verplichting is volgens het EHRM telkens om in te grijpen, om handelend op te treden, “*to intervene*”, maar dan alleen als het falen van de raadsman evident is, of langs andere weg voldoende onder de aandacht van de autoriteiten is gebracht. Dat ingrijpen kan dan weer verschillende vormen krijgen, waaronder het benoemen of toewijzen van een andere raadsman.⁵¹

In de context van onze onderzoeksvraag hebben wij het over bijstand die in de vorm van “variant II” wordt geleverd: nadat consultatie- en verhoorbijstand door een paralegal heeft plaatsgevonden, moet voor de bijstand ter zitting en daarna een advocaat worden aangezocht. In zo’n systeem zit dus al ingebakken dat de bijstand ter zitting wordt verleend door een ander dan degene die de bijstand bij het verhoor heeft verleend. Welk handelend of interveniërend optreden van de Staat moet dan in de *concrete* zaak nog worden verlangd?

Dat brengt dan weer met zich dat klachten over het ontbreken van effectieve rechtsbijstand die zijn geformuleerd in de lijn van Kamasinski, Imbriosca en Daud weinig kans van slagen lijken te hebben. De kwestie is immers niet of de verdachte in de loop van de gehele procedure verstoken is gebleven van effectieve rechtsbijstand, maar veeleer de vraag of het “*fair*” is dat in de strafrechtelijke procedure gebruik wordt gemaakt van resultaten van onderzoek – verklaringen bijvoorbeeld – die zijn verkregen terwijl de verdachte werd bijgestaan door een niet volledig gekwalificeerde rechtsbijstandverlener en de verdachte zich in de verdere procedure op het standpunt stelt dat de bijstand van die rechtshulpverlener tekort schoot.

In die afweging van de *overall fairness of the criminal proceeding*⁵² – en met name bij de beoordeling van de component “*the effectiveness of counsel’s assistance*”, lijkt mij van

⁴⁷ Daud, par. 40.

⁴⁸ Harris, O’Boyle & Warbrick, a.w., p. 481.

⁴⁹ Harris, O’Boyle & Warbrick, a.w., p. 481, noot 1118: “*The State [...] might also be directly responsible if the lawyer were a ‘public defender’ in the employ of the state,*” onder verwijzing naar de ontvankelijkheidsbeslissingen in Alvarez Sanches v. Spain (50720/99) en Rutkowski v. Poland (45995/99).

⁵⁰ Rapport commissie Wolfsen, p.142/146.

⁵¹ Van Dijk / Van Hoof, a.w., p. 641. Zie bijvoorbeeld Daud, par. 42.

⁵² Dvorkski, par. 82.

belang wat het EHRM in de zaak Dayanan⁵³ heeft opgemerkt over de kwaliteit van de rechtsbijstand in de eerste fase van het proces:

“In accordance with the generally recognised international norms, which the Court accepts and which form the framework for its case-law, an accused person is entitled, as soon as he or she is taken into custody, to be assisted by a lawyer, and not only while being questioned. Indeed, the fairness of proceedings requires that an accused be able to obtain the whole range of services specifically associated with legal assistance. In this regard, counsel has to be able to secure without restriction the fundamental aspects of that person’s defence: discussion of the case, organisation of the defence, collection of evidence favourable to the accused, preparation for questioning, support of an accused in distress and checking of the conditions of detention.”

In de zaak Dvorski wordt deze overweging uit de zaak Dayanan als volgt samengevat:⁵⁴

“The Court emphasises that the fairness of proceedings requires that an accused should be able to obtain the whole range of services specifically associated with legal assistance (see Dayanan v. Turkey, no. 7377/03, § 32, 13 October 2009, and paragraph 110 below).”

Waar in de eerste fase van het proces de rechtsbijstand door anderen dan advocaten wordt verleend, moet denkkelijk aangenomen worden dat deze niet-advocaten niet bevoegd, niet gekwalificeerd of niet voldoende in staat zijn om daadwerkelijk *“the whole range of services”* aan de verdachte aan te bieden. Een rechtsbijstandverlener die in staat en bevoegd is om verhoorbijstand te leveren, zonder dat deze bijvoorbeeld ook bevoegd is om ontlastend bewijs te verzamelen, aan een (politie)verhoor van een getuige deel te nemen of de voor de verdachte openstaande rechtsmiddelen tegen de vrijheidsbeneming aan te wenden, voldoet niet aan de uit Dayanan voortvloeiende kwaliteitseis. Het gevolg daarvan is dan weer, dat men zich zelfs kan afvragen of het aanbieden van zo’n niet volledig gekwalificeerde rechtsbijstandverlener nog wel *“denial of choice”* mag heten, of dat in zo’n geval gesproken moet worden van *“denial of acces”* tot voldoende gekwalificeerde rechtsbijstand.

Een extreem voorbeeld hiervan is te vinden in de zaak Magelhães Pereira,⁵⁵ een zaak die betrekking had op artikel 5 lid 4 EVRM, dat het recht behelst om de rechtmatigheid van de detentie aan een bevoegde rechter voor te leggen. De klacht voor het EHRM was o.m. dat klager bij een rechterlijke procedure ter toetsing van het voortduren van zijn gedwongen verblijf in een gesloten psychiatrische inrichting verstoken was geweest van adequate juridische bijstand. Bij die gelegenheid had namelijk de aan de klager toegewezen advocaat in opleiding verstek laten gaan, waarop de rechter een *“officer from the Santa Cruz do Bispo secure psychiatric unit”* als zijn raadsman aanwees. Het EHRM is *not amused*:

“This lack of effective legal assistance was glaringly apparent at the hearing of 1 July 1998. The Government maintained that the judge dispensed with the presence of an officially assigned lawyer, given that there were no legal issues to determine. The Court cannot accept that argument. It notes [... that ...] the judge does not appear to

⁵³ EHRM 13 oktober 2009, Application no. 7377/03 (*Dayanan v. Turkey*).

⁵⁴ *Dvorski*, par. 78.

⁵⁵ EHRM 26 februari 2002, Application no. 44872/98 (*Magelhães Pereira v. Portugal*).

have decided that it was unnecessary for the applicant to be represented, since he appointed for this purpose an official from the prison in which the applicant was detained. Even though that appointment appeared to be valid under domestic law and consistent with the case-law of the Constitutional Court, it cannot, in the Court's view, be regarded as adequate representation for the applicant."

Bijstand van zo'n onvoldoende kwaliteit is geen rechtsbijstand in de zin van artikel 6 EVRM.

3.3 Maakt de ernst van de verdenking nog een verschil?

Een andere vraag is dan wanneer volgens het EHRM de belangen van een goede rechtspleging de bijstand van een toegevoegde advocaat eisen. Kan gevarieerd worden in de soort bijstand afhankelijk van de ernst van het vermoedelijk gepleegde delict? Kan met minder bijstand worden volstaan bij lichtere feiten?

Vaste rechtspraak van het EHRM is dat bij de afweging of in het belang van een goede rechtsbedeling vereist is dat een beschuldigde wordt voorzien van kosteloze rechtsbijstand, gekeken moet worden naar de ernst van het delict, het gewicht van de mogelijke straf en de complexiteit van de zaak.⁵⁶ In *Quaranta* was de maximum straf voor het delict waarvoor klager terecht stond 3 jaar gevangenisstraf. Deze enkele omstandigheid had moeten leiden tot het verstrekken van kosteloze rechtsbijstand, *"by reason of the mere fact that so much was at stake."*⁵⁷ Niet van belang is dat redelijkerwijs te verwachten valt dat een verdachte feitelijk en uiteindelijk niet de wettelijke maximale straf zal worden opgelegd maar een lagere.⁵⁸

In de zaak *Benham* ging het om het verzuim een "community charge" van £325 te betalen.⁵⁹ De daarop volgende rechterlijke procedure kan het best worden vergeleken met onze procedure tot het toepassen van lijfswang.⁶⁰ In deze procedure, waarin ten hoogste 3 maanden vrijheidsbeneming kon worden opgelegd, werd *Benham* niet bijgestaan door een raadsman. Niet blijkt dat *Benham* bij gelegenheid van de behandeling van zijn zaak om rechtsbijstand had gevraagd. *Benham* werd veroordeeld tot 30 dagen vrijheidsbeneming, tenzij hij zou betalen wat hij schuldig was.⁶¹ Hij werd nog diezelfde dag overgebracht naar het huis van bewaring. Het Hof was van oordeel dat *"where deprivation of liberty is at stake, the interests of justice in principle call for legal representation."*⁶² Rechtsbijstand moet dus in

⁵⁶ *Lagerblom*, par. 51, met een verwijzing naar EHRM 4 mei 1991, Appl. no. 12744/87 (*Quaranta v. Switzerland*) en Grand Chamber 10 juni 1996, Appl. No. 19380/92 (*Benham v. the United Kingdom*).

⁵⁷ *Quaranta*, par. 33.

⁵⁸ J. van de Velde, in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, *Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, Rechtspraak & Commentaar*, SDU losbladig, aanvulling 60, 7-2004, 3.6.11.4.3, die daaraan nog toevoegt: "Een dergelijk door de Zwitserse regering aangevoerd argument deed het EHRM af met de overweging dat '[...] this was no more than an estimation; the imposition of a more severe sentence was not a legal impossibility'".

⁵⁹ *Benham*, par. 9.

⁶⁰ *Benham*, par. 11: "... [T]he charging authority may apply to a magistrates' court for an order committing him to prison. On such an application being made, the court must inquire in the presence of the debtor as to his present means and also whether his failure to pay which led to the liability order being made was due to wilful refusal or culpable neglect." Voor het EHRM betoogde de Britse overheid (par. 55) dat artikel 6, lid 3 onder (c) EVRM niet van toepassing was op deze procedure "because the proceedings before the magistrates were civil rather than criminal in nature [...]. The purpose of the detention was to coerce the applicant into paying the tax owed, rather than to punish him for not having paid it."

⁶¹ *Benham*, par. 12: "[...The magistrates] decided that he ought to be sent to prison for thirty days unless he paid what was owing."

⁶² *Benham*, par. 61. Vgl. Van Dijk/Van Hoof, a.w., p. 643.

beginsel worden verzekerd in elke zaak waar vrijheidsberovende straffen kunnen worden opgelegd.⁶³ Daarbij voegde zich dat het in concreto toepasselijke recht niet als eenvoudig kon worden aangemerkt. Aan Benham had daarom – kennelijk ongevraagd – kosteloze rechtsbijstand moeten worden toegekend.⁶⁴

Van belang voor de interpretatie van deze uitspraak is dat Benham wel degelijk een bepaalde lichtere vorm van rechtsbijstand had kunnen krijgen. Het Hof stelt vast dat Benham in aanmerking kwam voor zgn. "Green Form" rechtsbijstand. Deze vorm van rechtsbijstand voorzag niet in bijstand ter zitting, maar gaf wel recht op tenminste 2 uur advies en voorbereiding van de zitting met een "solicitor".⁶⁵ Benham had geen gebruik gemaakt van deze regeling. Voorts bestond nog de mogelijkheid dat de rechtbank een "solicitor" zou aanwijzen die toevallig op de rechtbank aanwezig was. Maar daaruit vloeide voor Benham geen rechtens afdwingbare aanspraak voort op rechtsbijstand ter zitting.⁶⁶ Deze mogelijkheid is ook niet gebruikt door de rechtbank. Het EHRM benoemt beide varianten maar oordeelt ze kennelijk onvoldoende, want concludeert:

*"In view of the severity of the penalty risked by Mr Benham and the complexity of the applicable law, the Court considers that the interests of justice demanded that, in order to receive a fair hearing, Mr Benham ought to have benefited from free legal representation during the proceedings before the magistrates."*⁶⁷

De meest recente hier te bespreken uitspraak is Mikhaylova.⁶⁸ In deze zaak moest klagster terecht staan voor twee als administratieve overtredingen aangeduide feiten. Haar verzoek om bij de zittingen kosteloze rechtsbijstand te krijgen werd afgewezen.⁶⁹ Voor één van deze feiten kon als maximumstraf 15 dagen administratieve hechtenis worden opgelegd.⁷⁰ De maximumstraf voor het andere feit was een administratieve boete van 1.000 Roebel.⁷¹ Concreet werden aan Mikhaylova 2 boetes opgelegd van elk 500 Roebel, een bedrag dat toen overeenkwam met (twee maal) ca. 14 Euro.⁷² In de daaropvolgende nationale appelprocedures heeft Mikhaylova steeds geklaagd over het gebrek aan kosteloze rechtsbijstand. Het Russische Constitutionele Hof verwierp uiteindelijk deze klacht, waarbij het opmerkte dat de wetgever "should not be deprived of the choice in favour of a differentiated approach when putting in place specific modalities concerning legal assistance, with due regard to the type of offences, the severity of penalties, procedural specificities of the procedures and other legitimate criteria".

Het EHRM denkt daar anders over. Het herhaalt dat "where deprivation of liberty is at stake, the interests of justice in principle call for legal representation, and if the defendant

⁶³ J. van de Velde, in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek, *Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, Rechtspraak & Commentaar*, SDU losbladig, aanvulling 60, 7-2004, 3.6.11.4.3.

⁶⁴ *Benham*, par. 64.

⁶⁵ *Benham*, par. 11, 29 en 60.

⁶⁶ *Benham*, par. 11, 30 en 60.

⁶⁷ *Benham*, par. 64.

⁶⁸ EHRM 19 november 2015, Application no. 46998/08, (*Mikhaylova v. Russia*).

⁶⁹ *Mikhaylova*, par. 13.

⁷⁰ *Mikhaylova*, par. 72.

⁷¹ *Mikhaylova*, par. 62.

⁷² *Mikhaylova*, par. 14 en 15.

*cannot pay for it himself public funds must be made available.*⁷³ Met een maximale strafbedreiging van 15 dagen administratieve hechtenis, “*a lot was at stake for the applicant [...T]he gravity of the penalty suffices for the Court to conclude that the applicant should have been given legal assistance free of charge since the “interests of justice” so required.*”⁷⁴ Ten aanzien van het andere feit, waarvoor slechts een maximale boete van 1.000 Roebel (ca. 28 Euro) kon worden opgelegd, oordeelt het Hof dat, ondanks deze relatief lage strafbedreiging, de overige omstandigheden van het geval (het betrof een boete in verband met een ongeautoriseerde demonstratie, dus de rechten van artikel 10 en 11 EVRM waren in het geding) met zich brachten dat ook voor deze zaak het belang van een goede rechtsbedeling de verstrekking van kosteloze rechtsbijstand noodzakelijk maakten.⁷⁵

Voor ons onderwerp is – meen ik – nog van belang dat het Hof uitdrukkelijk stilstaat bij de omstandigheid dat in de voorliggende zaak de beklaagde geen enkele vorm van kosteloze juridische bijstand had gekregen:

*“[T]he Court reiterates that Article 6 § 3 (c) leaves to the Contracting States the choice of the means of ensuring that the right to legal assistance is secured in their judicial systems, the Court’s task being only to ascertain whether the method they have chosen is consistent with the requirements of a fair trial (see Sakhnovskiy [GC], cited above, § 95). However, the applicant could not benefit from legal assistance during the trial hearing, nor did she obtain another form of assistance, for instance, a legal consultation or assistance/representation before a court hearing or for the purpose of drafting an appeal, or a combination of the above. Lastly, no question arises as to whether an appeal or further proceedings, given their scope of review and practical arrangements, would have been a remedy for the unavailability of legal assistance. In fact, no free legal assistance was made available in these proceedings either.”*⁷⁶

In Mikhaylova verwijst het EHRM ook naar de zaak A.V. tegen Ukraine.⁷⁷ Waar Mikhaylova ziet op rechtsbijstand ter zitting, heeft de zaak A.V. betrekking op rechtsbijstand bij het politieverhoor, in een zelfde soort administratiefrechtelijke procedure. Ook A.V. keek tegen een maximum strafbedreiging van 15 dagen hechtenis aan toen hij werd aangehouden voor een administratieve overtreding. Een bijzonderheid was wel, dat het hier ging om het voorhanden hebben van een geringe hoeveelheid verdovende middelen, welk feit in het strafrecht getrokken zou worden – en in deze zaak ook daadwerkelijk getrokken werd – indien de hoeveelheid verdovende middelen die de verdachte voorhanden had boven een wettelijk vastgestelde grens zou blijken te liggen. Na zijn arrestatie voor het administratieve delict werd A.V. verhoord zonder bijstand van een raadsman. Het EHRM overweegt:

“[...T]he police took the applicant to the police department because they suspected him of an offence relating to drug circulation. That offence was initially classified as administrative. Regardless of whether that initial domestic classification was justified or not, the Court notes that the administrative proceedings involved a possible sanction of imprisonment of up to fifteen days. Having regard to the nature and severity of

⁷³ Mikhaylova, par. 82.

⁷⁴ Mikhaylova, par. 90 en 92.

⁷⁵ Mikhaylova, par. 102.

⁷⁶ Mikhaylova, par. 94.

⁷⁷ EHRM 29 januari 2015, Application no. 65032/09, (A.V. v. Ukraine)

*the sanction, the Court considers that Article 6 of the Convention covered those proceedings. Furthermore, nothing suggests that any exception for the specific requirement of Article 6 concerning access to a lawyer as from the first questioning should apply in the circumstances of the present case.*⁷⁸

Omdat de verklaringen van A.V. die hij zonder bijstand van een raadsman had afgelegd vervolgens in de strafrechtelijke procedure tegen hem zijn gebruikt, was artikel 6 EVRM geschonden.

Uiteraard moeten uitspraken van het EHRM met de nodige behoedzaamheid worden geïnterpreteerd. En onmiskenbaar speelt in zowel *Mikhalylova* als in de zaak A.V. meer dan alleen het enkele verzuim om kosteloze rechtsbijstand te verstrekken. Maar de vraag die wij ons stellen is, of er aanwijzingen zijn dat het EHRM in lichtere zaken, waar er minder voor de verdachte op het spel lijkt te staan, met een lager niveau van kosteloze rechtsbijstand genoeg wenst te nemen. Sterke aanwijzingen zijn daarvoor niet. Het lijkt integendeel dat het Hof veel oog heeft voor het risico dat de Staat afbreuk doet aan de bescherming van het EHRM door op te treden onder de mantel van eenvoudige, minder ernstige, administratieve verwijten, waarbij echter de doorwerking van dat optreden allerminst als eenvoudig of minder ernstig kan worden genoemd: in de zaak *Mikhalylova* speelde de mogelijke repressie van de rechten van artikel 10 en 11 EVRM op de achtergrond mee; in de zaak A.V. werd een initieel licht lijkend feit in een zwaardere strafrechtelijke procedure betrokken. Het komt mij in deze zaken dan ook voor dat het EHRM waakt tegen uitholling van verdragsrechten door on-eigenlijk overheidsoptreden.

Dat gezegd hebbend lijkt niet zonder gewicht dat het EHRM in de zaak *Mikhalylova* stilstaat bij de vraag of *enige* vorm van kosteloze rechtsbijstand beschikbaar was. Daarin lijkt besloten te liggen dat de analyse van het Hof mogelijk anders was uitgevallen als zulke alternatieve rechtsbijstand ergens in de nationale procedure wél beschikbaar was gesteld. Maar daarbij moet bedacht worden dat *Mikhalylova* klaagde over een gebrek aan rechtsbijstand *ter terechtzitting* – en niet (zoals in de zaak A.V.) over een gebrek aan bijstand na de aanhouding en bij het verhoor. De verdachte in de zaak A.V. werd in het verdere verloop van zijn procedure wél bijgestaan door een raadsman, maar dat daarmee kon het verzuim om in de allereerste fase van het opsporingsonderzoek adequate rechtsbijstand te verstrekken niet worden gerepareerd.

3.4 Evaluatie en tussenstand

Het startpunt van de reis door de jurisprudentie van het EHRM was de vraag of het mogelijk is een systeem in te richten waarbij consultatie- en verhoorbijstand in beginsel door anderen dan advocaten zou worden verleend. Voor de effectiviteit van zo'n systeem is dan vooral de vraag of de aangehouden verdachte genoeg moet nemen met bijstand door een andere rechtshulpverlener dan een advocaat.

De bezweringsformules die dan uitgesproken moeten worden zijn dat de jurisprudentie van het EHRM casuïstisch is, en dat ook vooral de “*procedure as a whole*” in ogenschouw moet worden genomen. Maar desondanks kunnen uit de hiervoor besproken uitspraken wel enkele conclusies worden getrokken.

Een verdachte die niet in staat is om zelf zijn advocaat te betalen, heeft op grond van artikel 6 lid 3 onder (c) EVRM een aanspraak op kosteloze rechtsbijstand, indien dat in het

⁷⁸ A.V. v. Ukraine, par. 59.

belang van een goede rechtsbedeling is. Indien voor de verdachte in theorie een vrijheidsstraf op het spel staat – zelfs in het geval theoretisch niet meer dan 15 dagen administratieve hechtenis kunnen worden opgelegd – dan vereist een goede rechtsbedeling in beginsel dat aan de onvermogen verdachte kosteloze rechtsbijstand wordt verleend.⁷⁹ Bepalend is de straf die de klager riskeert – “naar de wettelijke omschrijving”, zouden wij in het kader van de dwangmiddelen zeggen – niet wat redelijkerwijs aan straf verwacht kan worden.

Die aanspraak op kosteloze rechtsbijstand bestaat vanaf het moment van de criminal charge, en in elk geval vanaf de aanhouding en voorafgaand aan het eerste politieverhoor van de aangehouden verdachte.⁸⁰ Die rechtsbijstandverlener moet de beschikbaarheid voor de verdachte garanderen van het hele palet aan diensten dat gebruikelijk onder juridische bijstand wordt begrepen (“*the whole range of services specifically associated with legal assistance*”).⁸¹ Een rechtshulpverlener die geen advocaat is, kan mogelijk niet dat gehele palet aan juridische diensten aan de aangehouden verdachte verlenen. Naar de mate waarin de rechtshulpverlener-niet-advocaat minder bevoegd of gekwalificeerd is dan een advocaat, zou minder van “*denial of choice*”, maar onder omstandigheden mogelijk zelfs van “*denial of access*” moeten worden gesproken.⁸² In dat geval zou het argument zijn dat de Staat, door een verdachte te voorzien van onvoldoende gekwalificeerde bijstand, in wezen het recht op rechtsbijstand heeft gefrustreerd – in elk geval evident onvoldoende heeft geëffectueerd. In dat geval moet de beoordeling zijn of er dwingende redenen (“*compelling reasons*”) waren om de toegang tot rechtsbijstand te beperken.⁸³ Dat daarvoor het kosten- of efficiencyargument toereikend geacht zou kunnen worden, lijkt mij uitgesloten.

De verdachte aan wie kosteloze rechtsbijstand wordt verleend is niet onmondig. Ook in het kader van gefinancierde rechtsbijstand dienen de nationale autoriteiten gewicht toe te kennen aan de wensen en keuzes van de verdachte ten aanzien van de advocaat die hem bij staat. Die wensen kunnen gepasseerd worden indien, in het licht van de specifieke omstandigheden van de voorliggende zaak, relevante en genoegzame argumenten bestaan om de keuze van de verdachte voor een andere dan de toegewezen raadsman te passeren.⁸⁴ Het kostenargument lijkt in het licht van de individuele beoordeling die het EHRM voorschrijft van weinig gewicht. Dat zelfde geldt voor een argument dat in zou houden dat het in concreto een lichter feit betreft, waarvoor naar verwachting toch geen vrijheidsstraf zal worden opgelegd.⁸⁵ Andere genoegzame argumenten om de verdachte af te houden van een door hem bij naam en toenaam gevraagde advocaat lijken niet voorhanden. Concreet betekent dit, dat de Staat niet voorbij kan gaan aan de door een verdachte uitgesproken wens om door zijn eigen advocaat of door een bepaalde voorkeursadvocaat te worden bijgestaan.

4. De zaken op scherp; conclusie

⁷⁹ *Mikhaylova*, par. 82 ; *A.V. v. Ukraine*, par. 59.

⁸⁰ *Ibrahim*, par. 249, 253 en 255. *Dayanan*, par. 32.

⁸¹ *Dayanan*, par. 32 ; *Dvorski*, par. 108.

⁸² *Magelhães Pereira v. Portugal*, par. 61

⁸³ *Ibrahim*, par. 265.

⁸⁴ *Dvorski*, par. 79.

⁸⁵ *Quaranta*, par. 33.

Op grond van het voorgaande kan met een zeker vertrouwen worden gesteld dat de aangehouden verdachte die vraagt om bijstand van zijn eigen advocaat of van een bepaalde voorkeursadvocaat niet van die bijstand afgehouden mag worden. Maar wat nu als de verdachte niet vraagt om een *bepaalde* advocaat, maar slechts om *een* advocaat – in afwijzing van de aangeboden paralegal? Of als de verdachte eerst ter zitting aanvoert dat de rechtsbijstand die hij voorafgaand en tijdens het politieverhoor heeft gekregen ondermaats en niet effectief is geweest, bijvoorbeeld omdat de medewerker van het juridisch loket zijn oren teveel liet hangen naar de politie?

In de rechtspraak van het EHRM – ik noem bijvoorbeeld de casusposities en de beslissingen in de zaken Martin⁸⁶, Dvorski en Pavlenko⁸⁷ – zien we een grote gevoeligheid voor gedragingen of arrangementen van overheids- en opsporingsorganen die het effect hebben – en mogelijk zelfs bedoeld zijn om te bereiken – dat de opsporing zo weinig mogelijk last heeft van de verdediging. Een systeem waarbij de bijstand in de eerste fase van het strafproces in beginsel wordt verleend door minder gekwalificeerde bijstandsverleners, die worden uitgezonden door een dichter aan de Staat verbonden orgaan dan een onafhankelijke advocaat, kan door het Hof dan ook slechts kritisch, mogelijk zelfs met enig wantrouwen worden gezien. Immers, de Staat heeft ten deze twee belangen: het beheersen van de kosten voor rechtsbijstand, en het bevorderen van een efficiënt verloop van de eerste fase van het strafproces waarbij de opsporingsorganen van de Staat zelf partij zijn.

Het ligt daarom in de rede dat het Hof een structuur waarbij de Staat min of meer onder eigen vlag de rechtsbijstand laat verrichten door personen die mogelijk niet *“the whole range of services”* aan de verdachte aan kunnen bieden, mede beziet in het licht van de vraag welke voor de opsporing voordelige neveneffecten zo’n arrangement in de praktijk bedoeld of onbedoeld heeft.⁸⁸

In dit verband is ook van belang wat het EHRM in Dvorski opmerkt:

“In the abstract, if a suspect receives the assistance of a qualified lawyer, who is bound by professional ethics, rather than another lawyer whom he or she might have preferred to appoint, this is not in itself sufficient to show that the whole trial was unfair – subject to the proviso that there is no evidence of manifest incompetence or bias.”⁸⁹

Hierin zou men een argument kunnen zien om te betogen dat de kwalificatie *unfair* in elk geval dichterbij ligt, indien vastgesteld moet worden dat *denial of choice* ertoe heeft geleid dat de verdachte is bijgestaan door – zoals in het door ons onderzochte model – *an unqualified lawyer, who is not bound by professional ethics*. Omdat de rechtshulpverlener in dat model ook in nauwere verhouding tot de Staat zal staan dan een onafhankelijk advocaat neemt daarnaast het gevaar van *bias* toe. Daarmee is niet gezegd dat zo’n arrangement onder alle omstandigheden ontoelaatbaar zal zijn. De omstandigheid dat de rechtsbijstand directer onder verantwoordelijkheid van de Staat wordt georganiseerd brengt echter wél met zich dat in geval van klachten van een verdachte over de wijze waarop het systeem in zijn zaak in

⁸⁶ EHRM 30 mei 2013, 35985/09 (*Martin v. Estonia*).

⁸⁷ EHRM 1 april 2010, 42371/02 (*Pavlenko v. Russia*).

⁸⁸ “... in determining Convention rights one must frequently look beyond appearances and concentrate on the realities of the situation”, Dvorski, par. 82.

⁸⁹ Dvorski, par. 111.

concreto heeft gepresteerd de Staat eerder verantwoordelijk gehouden zal worden. De bewijslast dat ook in die zaak het systeem deugdelijk heeft gefunctioneerd komt kortom nog sterker op de Staat te rusten.⁹⁰

In het geval feitelijk vastgesteld kan worden of aannemelijk is dat de verdachte al in de eerste fase van het opsporingsonderzoek heeft geklaagd over de kwaliteit van de bijstand of heeft verzocht om bijstand van een “echte” advocaat, rust op de Staat de last om aannemelijk te maken dat er goede gronden waren om de (mogelijk impliciete) wens van de verdachte op toevoeging van een advocaat te negeren.⁹¹ Kan de Staat dat niet (en moet dus gesproken worden van onvoldoende relevante en genoegzame argumenten om de keuze van de verdachte voor een andere dan de toegewezen raadsman te passeren), dan dient de *overall fairness of the criminal proceedings* te worden beoordeeld. In dat verband rust dan op de Staat de last om aannemelijk te maken dat aan de verdachte effectieve rechtsbijstand is verleend.⁹² Het gebruik voor het bewijs van eventuele belastende verklaringen die door de verdachte bij de politie zijn afgelegd is uit het oogpunt van artikel 6 EVRM een zelfstandige, serieus te nemen aanwijzing voor *unfairness*, en minst genomen riskant te noemen.⁹³

Indien deze analyse juist is, dan betekent dit, dat in alle gevallen waarin een cliënt ten behoeve van de bijstand ter terechtzitting wordt overgenomen van een paralegal die de consultatie- en verhoorbijstand heeft verleend, de advocaat eigenlijk standaard het verweer zal moeten voeren dat die consultatie- en verhoorbijstand niet aan de maat was. Immers, indien in de stukken enige onderbouwing van de aannemelijkheid daarvan kan worden gevonden en de Staat in reactie op dat verweer er niet in slaagt om genoegzaam aan te tonen dat de verdachte niet heeft gevraagd om een andere raadsman en dat de verdachte wél deugdelijke bijstand heeft gekregen, dan heeft de verdediging een argument in handen om bewijsuitsluiting van de door de verdachte bij de politie afgelegde verklaringen te bepleiten. Kortom: er zit misschien muziek in zo’n verweer, en niet geschoten is altijd mis, dus het moet worden gevoerd.

De zittingsrechter zal de feitelijke basis voor zo’n verweer zorgvuldig hebben te onderzoeken.⁹⁴ De rechter wordt dan ook gedwongen om zich in detail te verdiepen in de gang van zaken rond de bijstandsverlening op het politiebureau. Als daaruit blijkt dat er inderdaad grond is om aan te nemen dat de verdachte heeft gevraagd om bijstand van een advocaat, dan ligt bewijsuitsluiting in het verschiet.

Eén van de wijzen waarop de Staat kan aantonen dat geen sprake is geweest van een schending van het recht op rechtsbijstand als bedoeld in artikel 6 lid 3 onder (c) EVRM, is

⁹⁰ Vgl. de redenering van het Hof in de zaak *Pavlenko*, par. 106.

⁹¹ *Dvorski*, par. 78, 79 en 99.

⁹² *Dvorski*, par. 82.

⁹³ *B.v. A.V. v. Ukraine*, par. 63, *Salduz*, par. 58, *Dvorski*, par. 82 : “*In making its assessment, the Court may have regard to a variety of factors, including [...] the trial court’s use of any statements given by the accused at the material time.*” In dit verband is overigens buitengewoon interessant het verschil in benadering van deze vraag door de kamer en de Grand Chamber in de zaak *Dvorski*: de kamer oordeelde met 3 tegen 2 dat er géén sprake was van schending van artikel 6 EVRM, de Grand Chamber oordeelde met 16 tegen 1 dat het gebruik voor het bewijs van verklaringen die bij de politie waren afgelegd de procedure wél *unfair* maakte.

⁹⁴ *B.v. Dvorski*, 109: “*Where, as in the present case, it is alleged that the appointment or the choice by a suspect of the lawyer to represent him has influenced or led to the making of an incriminating statement by the suspect at the very outset of the criminal investigation, careful scrutiny by the authorities, notably the national courts, is called for.*”

door een *waiver* van (aspecten van) dat recht door de verdachte te produceren.⁹⁵ Zo'n *waiver* dient echter aan bepaalde inhoudelijke kwaliteitseisen te voldoen. De belangrijkste daarvan is dat zij "*knowing and intelligent*" is gedaan.⁹⁶ Dit vereiste brengt met zich dat de verdachte minst genomen geïnformeerd zal moeten zijn omtrent zijn recht op rechtsbijstand van een ("echte") advocaat, voordat zijn *waiver* van dat recht als "*knowing and intelligent*" kan worden aangemerkt. Anders gezegd: de noodzaak voor de Staat om aan te tonen dat geen sprake is van schending van artikel 6 lid 3 onder (c) EVRM, brengt met zich dat, ten einde een geldige *waiver* te verkrijgen, de aangehouden verdachte moet worden geïnformeerd dat hij, in het geval zijn aanhouding een feit betreft waarvoor naar de wettelijke omschrijving een vrijheidsstraf kan worden opgelegd, ook kosteloze⁹⁷ bijstand van een ("echte") advocaat kan krijgen.⁹⁸ Het verstrekken van deze informatie kan dan alleen maar tot gevolg hebben dat meer verdachten niet zullen willen volstaan met de bijstand van een paralegal, maar om de bijstand van een advocaat zullen vragen. Doen zij dat niet, dan kiezen zij voor bijstand door een paralegal – en kunnen zij in beginsel aan die keuze worden gehouden.

De vraag hoe een en ander uiteindelijk in een concrete zaak zal uitwerken, en of in die concrete zaak het EHRM uiteindelijk wel of niet zal oordelen dat sprake is van een schending van artikel 6 EVRM, is niet op voorhand te beantwoorden. Het antwoord op die vraag hangt immers geheel af van de feiten van de betreffende casus, en van de vraag welke feiten het Hof uit de kluwen isoleert, in context plaatst en betekenis geeft. Ik formuleer mijn conclusie dan ook in termen van risico.

De aangehouden verdachte die vraagt om bijstand van zijn eigen advocaat of van een bepaalde voorkeursadvocaat mag niet van die bijstand afgehouden worden. Voor alle andere gevallen geldt, dat het door ons onderzochte systeem vanuit het perspectief van compatibiliteit met het EVRM zeer veel kwetsbaarder is dan een systeem waarin advocaten de consultatie- en verhoorbijstand verzorgen. Omdat de Staat niet meer kan wijzen op de onafhankelijkheid van de advocatuur, omdat de rechtsbijstand veel directer onder verantwoordelijkheid van de Staat wordt georganiseerd, zal op de Staat de last zal worden gelegd om aan te tonen dat in zaken waarin terzake verweer is gevoerd het systeem niet aan de wensen van de verdachte voorbij is gegaan en daarenboven heeft geresulteerd in het verlenen van effectieve rechtsbijstand. Men hoeft geen helderziende te zijn om te voorspellen dat

⁹⁵B.v. *A.V. v. Ukraine*, par. 60.

⁹⁶ *Dvorski*, par. 100-102 "*The Court has held that neither the letter nor the spirit of Article 6 of the Convention prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tacitly, the entitlement to the guarantees of a fair trial. However, such a waiver must, if it is to be effective for Convention purposes, be established in an unequivocal manner; it must not run counter to any important public, and it must be attended by minimum safeguards commensurate with its importance. In this connection, it may be reiterated that the right to counsel, being a fundamental right among those which constitute the notion of a fair trial and ensuring the effectiveness of the rest of the guarantees set forth in Article 6 of the Convention, is a prime example of those rights which require the special protection of the "knowing and intelligent waiver" standard established in the Court's case-law.*" Vgl. EHRM 24 september 2009, Application nr. 7025/04 (*Pishchalnikov v. Russia*), par. 77-79; *Pavlenko*, par. 102: "*Moreover, before an accused can be said to have impliedly, through his conduct, waived an important right under Article 6, it must be shown that he could reasonably have foreseen what the consequences of his conduct would be*"; *A.V. v. Ukraine*, par. 60: "*The requisite safeguards for the right to legal assistance imply, among other things, the obligation of the authorities to establish that the person did not wish to exercise that right in a particular period of time.*"

⁹⁷ Zie hiervoor, par. 3.4.

⁹⁸ Vgl. Jill Coster van Voorhout, *Ineffective legal assistance*, diss. Utrecht, Brill Nijhoff, Leiden/Boston 2017, p. 173 e.v.

zich dan constellaties van feiten en verweren zullen voordoen, waarin de Staat om wat voor reden dan ook – gebrekkige dossiervorming, onvoldoende adequaat reageren van rechtsbijstandverlener of verhorend ambtenaar, exploitatie van omstandigheden door de verdediging – niet in deze bewijsopdracht zal slagen.

Dat risico kan verminderd worden door in elke zaak een *waiver* te verlangen – waarmee de geïnformeerde keuzevrijheid van de verdachte weer voorop komt te staan. Wil men zich niet afhankelijk maken van zulke *waivers*, dan moet men aanvaarden dat in meer gevallen dan waarin de bijstand door advocaten wordt verleend de bij de politie afgelegde verklaringen onbruikbaar zullen zijn voor het bewijs, of dat het gebruik van zulke verklaringen als schending van artikel 6 EVRM zal worden afgestraft. Kortom: de ruimte om verdachten zonder hun geïnformeerde toestemming af te schepen met bijstand door paralegals is er misschien wel, maar de Staat betreedt die ruimte geheel op eigen risico.

5. Het recht van de Europese Unie

5.1 De “advocaat” in Richtlijn 2013/48/EU en 2016/1919

Artikel 3, eerste lid, van Richtlijn 2013/48/EU betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures bepaalt dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen “dat verdachten of beklaagden recht hebben op toegang tot een advocaat, op een zodanig moment en op zodanige wijze dat de betrokken personen hun rechten van verdediging in de praktijk daadwerkelijk kunnen uitoefenen.” De Franse tekstversie spreekt van “*un avocat*”. De Duitse tekstversie spreekt van “*Zugang zu einem Rechtsbeistand*” – maar niet van een *Rechtsanwalt*; de Engelse versie spreekt van *a lawyer*, maar niet van een *barrister* of een *solicitor*. Onder het Nederlandse “advocaat” hoeft dus niet noodzakelijk een Nederlandse advocaat te worden verstaan.

Dat vindt bevestiging in onderdeel (15) van de pre-ambule van de Richtlijn. Dit onderdeel luidt:

*“In deze richtlijn wordt verstaan onder „advocaat”, eenieder die overeenkomstig het nationale recht, daaronder begrepen op grond van een door een bevoegde instantie verleende machtiging, gekwalificeerd en bevoegd is om verdachten of beklaagden juridisch advies en juridische bijstand te verlenen”.*⁹⁹

In het oorspronkelijke voorstel van de Commissie¹⁰⁰ was zo’n definitiebepaling niet opgenomen.¹⁰¹ Volgend op de eerste besprekingen van het voorstel in de Raad hebben

⁹⁹ 15) *The term ‘lawyer’ in this Directive refers to any person who, in accordance with national law, is qualified and entitled, including by means of accreditation by an authorised body, to provide legal advice and assistance to suspects or accused persons.; (15) Der Begriff „Rechtsbeistand“ in dieser Richtlinie bezeichnet eine Person, die nach nationalem Recht befähigt und befugt ist — einschließlich durch Akkreditierung durch eine dazu befugte Stelle —, Verdächtige und beschuldigte Personen rechtlich zu beraten und zu unterstützen.; (15) Dans la présente directive, le terme «avocat» désigne toute personne qui, conformément au droit national, est qualifiée et habilitée, notamment au moyen d’une accréditation d’une instance compétente, pour fournir des conseils et une assistance juridiques à des suspects ou personnes poursuivies.*

¹⁰⁰ 2011/0154 (COD); COM(2011) 326 final; 8 juni 2011.

¹⁰¹ In het algemeen werd in het voorstel over “advocaat”, “*lawyer*”, “*Rechtsbeistand*” gesproken.

enkele lidstaten “*written comments*” op het Commissievoorstel geproduceerd.¹⁰² Het commentaar van het Verenigd Koninkrijk hield o.m. in:

“We are also concerned that the Directive may require access to a fully qualified lawyer, which would have implications for the UK where the use of “accredited representatives” is common.

Accredited representatives will have received legal training but are not fully qualified lawyers. They are regulated by a statutory body (the Legal Services Commission). They generally operate under the supervision of a law firm and are deployed to advise and assist suspects being held at a police station when the law firm is of the view that the advice and assistance that an accredited representative provides is adequate for the particular circumstances – they are generally used in cases of less serious offending. We suggest the following drafting be inserted so as to make clear that the use of such persons is covered:

‘Reference to a lawyer shall include a reference to any person who is qualified (for example by accreditation by an authorised body) to provide legal advice and assistance to suspects or accused persons.’”

Dit voorstel is met enkele ondergeschikt tekstuele aanpassingen opgenomen als pre-ambule onderdeel 6(a) in het (eerste) tekstvoorstel van de Raad voor een gewijzigd en geamendeerd concept.¹⁰³ Er is in de loop van de procedure nog wat geschoven in de plaats van deze definitiebepaling – het werd preambule 7, later 8 en uiteindelijk 15. En ook in de tekst zijn nog wat aanpassingen gedaan.¹⁰⁴ Die tekstuele aanpassingen lijken niet heel betekenisvol. Belangrijker is, dat die tekstuele wijzigingen niet zichtbaar onderwerp van toelichting of debat zijn geweest. Daaruit lijkt afgeleid te kunnen worden dat de tekstuele verschillen tussen het oorspronkelijke Engelse voorstel en de uiteindelijke tekst geen inhoudelijke, maar slechts redactionele betekenis hebben. Daaruit kan dan weer worden geconcludeerd dat de strekking en betekenis van onderdeel (15) van de pre-ambule nog steeds is om tegemoet te komen aan het systeem van “*accredited representatives*” zoals dat in het Verenigd Koninkrijk functioneert.

Richtlijn 2016/1919, betreffende rechtsbijstand voor verdachten en beklaagden in strafprocedures, bevat geen afzonderlijke definitie van het begrip “advocaat”. Wel wordt in artikel 3 van de richtlijn het begrip “Rechtsbijstand” gedefinieerd. Daaronder wordt verstaan:

“de financiering door een lidstaat van de bijstand van een advocaat, waardoor de uitoefening van het recht op toegang tot een advocaat mogelijk wordt gemaakt.”

Het doel van Richtlijn 2016/1919/EU is, volgens onderdeel 1 van de pre-ambule, “ervoor te zorgen dat het recht op toegang tot een advocaat, zoals bedoeld in Richtlijn 2013/48/EU, daadwerkelijk kan worden uitgeoefend door het beschikbaar stellen van bijstand van een

¹⁰² 2011/0154 (COD); 11497/11, 9 september 2011.

¹⁰³ 2011/0154 (COD); 15120/11, 5 oktober 2011.

¹⁰⁴ De uiteindelijke Engelse tekstversie luidt: “*The term “lawyer” in this Directive refers to any person who, in accordance with national law, is qualified and entitled, including by means of accreditation by an authorised body, to provide legal advice and assistance to suspects or accused persons.*”

door de lidstaten gefinancierde advocaat”. Volgens artikel 1 lid 2 vormt de Richtlijn een aanvulling op de Richtlijnen 2013/48/EU en (EU) 2016/800 en mag niets in richtlijn 2016/1919 worden uitgelegd als een beperking van de in die richtlijnen neergelegde rechten. Uit dit samenstel van bepalingen, die de doelstelling van de Richtlijn bepalen,¹⁰⁵ kan daarom afgeleid worden dat het begrip “advocaat” in Richtlijn 2016/1919 conform het begrip “advocaat” in Richtlijn 2013/48/EU moet worden uitgelegd. Een andere interpretatie zou immers met zich brengen dat figuren als de Engelse “*accredited representative*” mogelijk wél als “advocaat” kunnen worden erkend voor de toepassing van het recht op toegang tot een advocaat, maar dat hun werkzaamheden niet zouden worden, of zouden hoeven worden gefinancierd door de lidstaat onder de Richtlijn betreffende rechtsbijstand. De noodzaak om het toepassingsbereik van beide Richtlijnen op elkaar aan te laten sluiten, moet hier prevaleren.

5.2 De ruimte voor bijstand door niet-advocaten in het EU recht.

Onder de geldende EU Richtlijnen lijkt het kortom mogelijk dat rechtsbijstand in de eerste fase van het strafproces door een bepaald type niet-advocaat wordt verleend. Er is nadrukkelijk ruimte geschapen voor niet-advocaten die op grond van een accreditatie of machtiging verleend door een nationale bevoegde instantie rechtsbijstand verlenen. Maar daarmee is nog niets gezegd over de toelaatbaarheid onder Unierecht van een systeem waarbij de Staat consultatie- en verhoorbijstand aan aangehouden verdachten in beginsel laat verlenen door (rechts)bijstandsverleners die geen advocaat zijn, en waarbij de aangehouden burger met zo'n rechtsbijstands aanbod genoeg moet nemen. Een belangrijk kenmerk van het Britse systeem van “*accredited representatives*” is immers dat zij onder toezicht en verantwoordelijkheid van advocaten opereren.¹⁰⁶ Dat is was ook de inhoud van de opmerking van het Verenigd Koninkrijk die leidde tot het opnemen van preambule (15).¹⁰⁷ Over een systeem waarbij de Staat consultatie- en verhoorbijstand aan aangehouden verdachten in beginsel laat verlenen door (rechts)bijstandsverleners die geen advocaat zijn blijkt niets uit de verschillende richtlijnen, preambules of *travaux préparatoires*.

Bij de uitleg van de geldende EU richtlijnen dient echter rekening te worden gehouden met het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.¹⁰⁸ De bepalingen van het Handvest zijn van toepassing (“*must be complied with*”) waar een nationale regeling strekt

¹⁰⁵ Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie moet voor de uitleg van een bepaling van Unierecht niet enkel rekening worden gehouden met de bewoordingen van die bepaling, maar ook met de context en de doelstellingen die de regeling waarvan zij deel uitmaakt, nastreeft (vgl. b.v. Eschig, C-199/08, EU:C:2009:538, punt 38).

¹⁰⁶ Vgl. de informatie op de website van de Britse Solicitors Regulation Authority, waarin deze personen ook wel “*solicitor’s representatives*” worden genoemd. De aanhef van deze webpagina is als volgt: “*Most solicitors’ firms that carry out publicly funded criminal defence work have one or more accredited representatives—non-solicitor employees who go to police stations to advise and assist people who would otherwise have no legal representation. Accredited representatives are usually called out to a police station after the duty solicitor has spoken to the client by telephone.*” Zie <https://sra.org.uk/solicitors/accreditation/police-station-representatives-accreditation.page#authorised-assessment-organisations>, laatst bezocht op 15 januari 2017. Vgl. Jodie Blackstock, Ed Cape, Jacqueline Hodgson, Anna Ogorodova en Taru Spronken, *Inside police custody*, Intersentia, Cambridge/Antwerpen/Portland 2014, p. 78 en 282.

¹⁰⁷ 2011/0154 (COD); 11497/11, 9 september 2011: “*They generally operate under the supervision of a law firm and are deployed to advise and assist suspects being held at a police station when the law firm is of the view that the advice and assistance that an accredited representative provides is adequate for the particular circumstances.*”

¹⁰⁸ Publ. 2012, C 326/02, p. 391.

ter uitvoering of implementatie van EU-recht.¹⁰⁹ Waar een Nederlandse regeling strekt ter uitvoering van Richtlijn 2013/48/EU of aanverwante richtlijnen, is het Handvest kortom onverkort van toepassing.¹¹⁰

Artikel 47 van het Handvest bepaalt onder meer:

“Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen. Rechtsbijstand wordt verleend aan degenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voor zover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen.”

Artikel 48 lid 2 van het Handvest houdt in:

“Aan eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, wordt de eerbiediging van de rechten van de verdediging gegarandeerd.”

De tekst van artikel 6 lid 3 onder (c) EVRM is niet letterlijk in het Handvest overgenomen. Men kan zich dus afvragen of de “rechten van de verdediging” in het Handvest identiek zijn aan de rechten van de verdediging zoals vervat in artikel 6 lid 3 onder (c) EVRM. Daarover kan uitsluitsel worden verkregen door te rade te gaan bij de gepubliceerde Toelichtingen op het Handvest.¹¹¹ Volgens de aanhef van deze Toelichtingen heeft de inhoud van dat document “geen juridische waarde”, maar “vormen zij een waardevol hulpmiddel voor de interpretatie, bedoeld om de bepalingen van het Handvest te verduidelijken”. In de preambule van het Handvest wordt uitdrukkelijk verwezen naar de Toelichtingen met de volzin:

“In dit verband zullen de rechterlijke instanties van de Unie en van de lidstaten bij de uitlegging van het Handvest naar behoren rekening houden met de toelichtingen die zijn opgesteld onder het gezag van het praesidium van de Conventie die het Handvest heeft opgesteld en bijgewerkt onder de verantwoordelijkheid van het praesidium van de Europese Conventie.”

De Toelichting op artikel 48 van het Handvest houdt in:

*“Artikel 48 is hetzelfde als artikel 6, leden 2 en 3, van het EVRM, dat als volgt luidt: [etc.] Overeenkomstig artikel 52, lid 3, heeft dit recht dezelfde inhoud en reikwijdte als het recht dat door het EVRM wordt gewaarborgd”.*¹¹²

¹⁰⁹ A. Klip, *Europen criminal law*, 3e druk 2016, p. 252. Vgl. artikel 51 Handvest: “De bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten.”

¹¹⁰ Ulf Bernitz, *The Scope of the Charter and its impact on the Application of the ECHR*, in: De Vries, Bernitz en Weatherill (red.) *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, p.158.

¹¹¹ Pb 2007/C 303/02.

¹¹² Vgl. Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Markus Kotzur (red.), *European Union Treaties – a commentary*, C.H. Beck Verlag/Hart Publishing, Munchen/Oxford 2015, p. 1071; S. Douglas-Scott, *The relationship between the EU and the ECHR five years on from the Treaty of Lisbon*, in: De Vries, Bernitz en Weatherill (red.) *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, p.

Daarmee is artikel 52 van het Handvest bepalend voor de uitleg van artikel 48 Handvest. Het tweede lid van artikel 52 Handvest bepaalt:

“Voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt.”

Daarmee beoogt artikel 52 Handvest consistentie te waarborgen tussen de rechten van het EVRM en de rechten uit het Charter.¹¹³ Artikel 53 Handvest voegt daar nog aan toe:

“Geen van de bepalingen van dit Handvest mag worden uitgelegd als zou zij een beperking vormen van of afbreuk doen aan de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden welke binnen hun respectieve toepassingsgebieden worden erkend door het recht van de Unie, het internationaal recht en de internationale overeenkomsten waarbij de Unie of alle lidstaten partij zijn, met name het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden”.

De Lidstaten zijn kortom krachtens Unierecht – want over de band van artikel 48 j^o 52 van het Handvest – gehouden om artikel 6 EVRM in acht te nemen bij de implementatie van Richtlijn 2013/48/EU en aanverwante richtlijnen.¹¹⁴

Een andere vraag is of het Hof van Justitie in concrete zaken de rechten in het Handvest ook daadwerkelijk conform de rechtspraak van het EHRM zal gaan uitleggen en toepassen. Dat is niet vanzelfsprekend, nu het Hof van Justitie niet dwingend is gebonden aan de interpretatie die door het EHRM van een bepaald recht wordt gegeven.¹¹⁵ Volgens de fijnproevers is op bepaalde onderdelen en in verband met bepaalde rechten een iets van het EHRM afwijkende benadering van een recht door het Hof van Justitie zichtbaar.¹¹⁶ De bescherming van het Handvest kan op grond van artikel 52(3) Handvest immers ook verder gaan dan die van het EHRM.¹¹⁷ Maar desondanks kan gesproken worden van een nauwe band tussen de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de rechtspraak van het EHRM.¹¹⁸ Voorshands zijn er dus geen aanwijzingen dat het Hof van Justitie afstand zal nemen van de Toelichtingen of dat het Hof van Justitie de rechten uit het Handvest op wezenlijke punten een andere inhoud, strekking of reikwijdte zal geven dan de overeenkomstige EVRM rechten in de rechtspraak van het EHRM hebben gekregen.¹¹⁹

Indien dit juist is, dan lijkt het antwoord op onze onderzoeksvraag voor het EU recht identiek aan het antwoord dat voor het EHRM is bereikt.

40. In de Toelichting op artikel 52 van het Handvest wordt nog opgemerkt dat artikel 48 *“correspondeert met artikel 6, leden 2 en 3, van het EVRM”*.

¹¹³ S. Douglas-Scott, a.w., p. 40.

¹¹⁴ Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Markus Kotzur (red.), a.w., p. 1067.

¹¹⁵ S. Douglas-Scott, a.w., p. 41.

¹¹⁶ S. Douglas-Scott, a.w., p. 38 e.v.

¹¹⁷ S. Douglas-Scott, a.w., p. 43.

¹¹⁸ S. Douglas-Scott, a.w., p. 41.

¹¹⁹ Zie in dit verband de uitspraak van het HvJ in de zaak C-216/14 Covaci, o.m. besproken in Jill Coster van Voorhout, a.w., p. 209.

Een interessante nevenconclusie is dan, dat vastgesteld moet worden dat Nederland de Richtlijnen 2013/48/EU betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en 2016/1919/EU betreffende rechtsbijstand voor verdachten en beklaagden in het strafproces, onjuist heeft geïmplementeerd. De Nederlandse bepaling – artikel 28b, lid 2 en 3 Sv, zoals ingevoegd bij Wet van 17 november 2016, *Stb.* 475¹²⁰ – houdt in dat (slechts) de verdachte die is aangehouden voor een strafbaar feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten desgevraagd in aanmerking komt voor kosteloze rechtsbijstand. De verdachte die is aangehouden voor een strafbaar feit waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten, moet een (door hemzelf te betalen) gekozen raadsman in de arm nemen. Wij zagen echter dat uit artikel 6 lid 3 onder (c) EVRM, zoals uitgelegd door het EHRM in o.m. de zaken *Quaranta*, *Benham*, *Mikhaylova* en *A.V. v. Ukraine*, volgt dat gewaarborgd dient te zijn dat elke verdachte die is aangehouden voor een feit waarvoor naar de wettelijke omschrijving een vrijheidsstraf kan worden opgelegd, wordt voorzien van kosteloze rechtsbijstand. Krachtens artikel 48 j° 52 Handvest geldt deze verplichting onverkort waar een nationale regeling strekt ter uitvoering of implementatie van EU-recht. Richtlijnen kunnen geen afbreuk doen aan of beperkingen aanbrengen in het werkingsgebied van het Handvest – wat er ook zij van de *constructive ambiguity* van de teksten van de Richtlijnen, met name waar het de behandeling van zgn. *minor offences* betreft.

6. Is de inzet van anderen dan advocaten langs andere weg denkbaar?

In het voorgaande hebben we ons gebogen over de vraag naar de mogelijkheden om een regeling te treffen waarbij de consultatie- en verhoorbijstand wordt geleverd door paralegals die deel uitmaken van een aan de overheid verbonden of door de overheid ingerichte of ingehuurde niet-advocatuurlijke organisatie. Wij zagen echter dat er ook nog een andere variant bestaat, namelijk die waarbij de taak om consultatie- en verhoorbijstand te leveren wordt opgedragen aan een advocaat, die vervolgens onder zijn verantwoordelijkheid een door hem aangestuurde en aan hem verantwoording schuldige paralegal opdraagt bepaalde bijstandshandelingen te verrichten. Wat valt er te zeggen over de toelaatbaarheid van zo'n systeem onder artikel 6 EVRM?

In de rechtspraak van het EHRM komt men geen zaken tegen die betrekking hebben op het optreden van zgn. *“accredited representatives”*. Dat verbaast ook niet. Immers, in het geval de verdachte klachten heeft over de kwaliteit van de bijstand door een *“accredited representative”*, dan is de verantwoordelijke advocaat de eerste tegenover wie die klachten moeten worden geuit. Anders geformuleerd: klachten van de verdachte over tekortschietende bijstand door een paralegal zijn in dit systeem vooral een tuchtrechtelijk probleem van de verantwoordelijke advocaat. Eventuele verantwoordelijkheid van de Staat is veel moeilijker aannemelijk te maken, en valt onder de hiervoor, in par. 3.2 al besproken toets voor *ineffective counsel* die het EHRM hanteert:

¹²⁰ I.w.tr. 1 maart 2017, *Stb.* 2017, KB van 20 februari 2017, *Stb.* 2017, 66.

“It follows from the independence of the legal profession from the State that the conduct of the defence is essentially a matter between the defendant and his counsel, whether counsel be appointed under a legal aid scheme or be privately financed. The competent national authorities are required under Article 6 § 3 (c) to intervene only if a failure by legal aid counsel to provide effective representation is manifest or sufficiently brought to their attention in some other way.”¹²¹

Zolang de Staat geen evident verwijt treft terzake eventuele tekortkomingen in het niveau voor en de procedure van accreditatie van de paralegal, dan brengt de onafhankelijkheid van de advocatuur met zich dat de Staat alleen in uitzonderlijke gevallen gehouden zal zijn om in te grijpen indien een paralegal onvoldoende deugdelijke rechtsbijstand levert. En zolang de Staat niet door een tekortschietende financieringsstructuur de bijstand van een advocaat bij voorbaat illusoir maakt, wordt het recht van de verdachte om bijstand door een paralegal af te wijzen en in plaats daarvan voor bijstand van een advocaat te kiezen ook niet wezenlijk beperkt.

Onder het recht van de EU geldt, dat, naar wij zagen, in richtlijn 2013/48/EU uitdrukkelijk ruimte is gemaakt voor de figuur van de *“accredited representative”*. Daaruit kan afgeleid worden dat deze variant – zolang zij te goeder trouw wordt ingericht – ook niet op bezwaren van het Hof van Justitie hoeft te stuiten.

De inzet van paralegals als verlengde arm van, en dus onder aansturing en verantwoordelijkheid van een advocaat, is uit het oogpunt van EHRM en EU dus veel minder bezwaarlijk dan een systeem waarbij paralegals buiten-advocatuurlijk en in meer of mindere mate onder verantwoordelijkheid van de Staat worden ingezet. In zoverre zijn er dan ook geen belemmeringen om te onderzoeken of zo'n systeem ook voor de Nederlandse situatie van nut zou kunnen zijn.

De knelpunten in de huidige bedeling van de consultatie- en verhoorbijstand zijn organisatorisch en financieel van aard. Een advocaat die bijstand levert aan een aangehouden verdachte moet in beginsel ook de daarop volgende dagen beschikbaar zijn om verhoorbijstand te leveren. Dat is een organisatorisch probleem, dat tamelijk onoplosbaar wordt door de zeer beperkte vergoeding die voor verhoorbijstand ter beschikking wordt gesteld. Voor alle verhoren waarvoor bijstand wordt verleend in de fase tussen de aanhouding en het verlenen van een last tot toevoeging door de rechter-commissaris die de verdachte in bewaring stelt, wordt een gezamenlijke vergoeding van € 105,61 verstrekt. Dit bedrag wordt verdubbeld als het betreft een verdenking van een feit waarop tenminste 12 jaar gevangenisstraf is gesteld en/of het slachtoffer tenminste zwaar lichamelijk letsel heeft bekomen en/of de verdenking een ernstig zedendelict betreft.¹²² Daar komt nog éénmaal € 52,81 bij als de verhoorbijstand op een zaterdag, zondag, een algemeen erkende feestdag of een daarmee gelijkgestelde dag is geleverd.¹²³ Een en ander leidt er dus toe dat de raadsman mogelijk drie dagen in verhoor zit voor iets meer dan € 100,-. – of zijn agenda voor drie dagen moet vrijhouden volgend op

¹²¹ Daud, par. 40.

¹²² Artikel 23a j° 3 lid 1 Besluit vergoedingen rechtsbijstand 2000.

¹²³ Artikel 23a lid 2 j° 23 lid 6 Besluit vergoedingen rechtsbijstand 2000.

zijn piketdienst, terwijl vervolgens geen beroep op hem wordt gedaan om daadwerkelijk bijstand te leveren. Men hoeft geen accountant te zijn om in te zien dat dit geen duurzaam stelsel is.

De oplossingen die worden gezocht om ten dezen het onverenigbare te verenigen zijn verschillend. Een van de gekozen wegen is, om de cliënt te instrueren om zich bij zijn verhoren volledig op zijn zwijgrecht te beroepen. Met die instructie verschaft de advocaat zich een alibi om vervolgens niet bij die verhoren aanwezig te hoeven zijn – want de cliënt zal toch zwijgen. De bezwaren van deze “oplossing” zijn evident: niet elke verdachte is gebaat bij een beroep op het zwijgrecht, en niet elke verdachte die bij zijn verhoor wil zwijgen, kan dat ook. Het risico is dan ook zeer reëel dat de verdachte verkeerd wordt geadviseerd of toch zonder bijstand van een advocaat een verklaring aflegt, met alle mogelijke gevolgen van dien. Om deze redenen is deze aanpak kwalitatief ondermaats, en mijns inziens al snel tucht-rechtelijk verwijtbaar.

Het enige echte alternatief is dan om te voorkomen dat men in zo’n onmogelijke positie komt. Dat kan alleen door te stoppen met de – onverplichte – deelname aan het piketstelsel en daar zien wij dan ook voorbeelden van. Als we niet uitkijken lopen degenen die nog alternatieven hebben uit het stelsel weg.

Wat mij betreft staat voorop dat de Staat gehouden is om een duurzaam niveau van vergoedingen te hanteren voor de rechtsbijstand aan on- en minvermogenden. Maar ik sluit niet uit dat de introductie van de figuur van een “*accredited representative*” in de Nederlandse situatie kan bijdragen aan diversificatie van de kostenniveaus van rechtsbijstand, daarmee tot een bedrijfseconomisch gezondere *businesscase* voor sommige advocatenkantoren – en daarmee tot behoud van de kwaliteit van en in het stelsel. Dat leidt mij tot het standpunt dat het alleszins redelijk is om te onderzoeken of van de introductie van zo’n klasse van rechtshulpverleners enig positief effect kan worden verwacht voor de oplossing van de knelpunten waar rechtsbijstandsverleners op dit moment mee worstelen.

Daarbij zou ook ingegaan moeten worden op de bezwaren die tegen de inzet van paralegals worden geuit. Zie ik goed, dan vallen deze bezwaren in drie categorieën uiteen.

Het eerste type bezwaar ziet op de inbedding van paralegals in de bestaande structuren, waarbij met name aan geheimhouding, verschoningsrecht en tuchtrecht moet worden gedacht. Dat vergt inderdaad aandacht en onderzoek, maar dat lijkt voornamelijk vooral een technisch probleem, dat in beginsel een bevredigende oplossing zou moeten kunnen krijgen.

Het tweede type bezwaar is dat van het hellende vlak. Als paralegals zouden worden geïntroduceerd in het kader van de verhoorbijstand, dan worden ze na verloop van tijd ook ingezet aan de ZSM tafel, bij de politierechter of bij supersnelrechtzittingen, is het veelgehoorde bezwaar. Deze kritiek is mede ingegeven door het terecht wantrouwen dat door de organen van de Staat die verantwoordelijk zijn voor het terugdringen van de kosten van de rechtsbijstand in de laatste jaren bij de advocatuur is gekweekt, en is niet van redelijke grond ontbloot. De overheid ziet de figuur van de paralegal immers uitsluitend als instrument voor verdere bezuinigingen. Als overwogen zou worden een systeem van “*accredited representatives*” in Nederland te introduceren, dan zouden daarbij dus voldoende waarborgen tegen “*function creep*” van de paralegal moeten worden aangedragen.

Het derde type bezwaar ziet op de kwaliteit van de paralegal. Een paralegal heeft niet de opleiding en ervaring die een advocaat wel heeft. De paralegal heeft ook niet de kennis en ervaring die voortvloeit uit de verdediging ter terechtzitting, en kan dan ook in zijn consultatie- en verhoorbijstand minder goed anticiperen op de uitwerking die een bepaalde proceshouding op de zittingsrechter zal hebben, en dus zal hebben op de uitkomst van de zaak. Ten gronde ben ik het met dit bezwaar eens. Ook mijn standpunt is dat een paralegal de gevraagde rechtsbijstand niet in alle gevallen even goed zal kunnen leveren als een advocaat. Maar het is de vraag of daarmee de lat niet te hoog wordt gelegd. Immers, niet voor bestrijding vatbaar is dat in elk geval in een deel van de zaken dit verschil in kwaliteit tussen een paralegal en een advocaat niet van belang is. Elke advocaat kan uit zijn eigen praktijk voorbeelden geven waarin de verhoorbijstand niet meer inhoudt dan zorgen dat de bekende verklaring van de cliënt netjes wordt opgetypt. Of niet meer inhoudt dan er alleen maar bijzitten voor de ondersteuning van een ervaren verdachte die besloten heeft zich volledig op zijn zwijgrecht te beroepen – en aan wie die klus ook veilig kan worden toevertrouwd. De vraag is dus niet, of een paralegal *dezelfde* kwaliteit heeft als een advocaat. De vraag is veel meer of het mogelijk is om juristen (om ons daar maar toe te beperken) die geen advocaat zijn zodanig op te leiden, zodat zij *voldoende* kwaliteit hebben om in *daarvoor in aanmerking komende* zaken verhoorbijstand te kunnen leveren.

Het kwaliteitsargument heeft dus niet alleen, en mijns inziens zelfs niet primair, betrekking op de absolute kwaliteit van de paralegal, maar eigenlijk veel meer op diens *relatieve* kwaliteit: wordt de inzet van paralegals ook echt beperkt tot die zaken waarin die inzet verantwoord is? Het kwaliteitsargument ziet dus niet zozeer op de kwaliteit van de paralegal, maar vooral op de kwaliteit van de beslissing dat in een bepaald geval kan worden volstaan met bijstand door een paralegal. Als we er van uit zouden kunnen gaan dat deze laatste beoordeling altijd, in alle gevallen, juist uit zou vallen, blijft er aanzienlijk minder ruimte over voor kritiek op de kwaliteit van de paralegal. Daarmee wordt het oog gericht op de beslissing van verantwoordelijke advocaat, en de kwaliteitswaarborgen die daarvoor bestaan.

In beginsel behoort het tot de inschatting die we in het algemeen van advocaten verlangen, dat hij de behoefte aan rechtsbijstand inventariseert, en vervolgens adequaat op die behoefte acteert. Wij verlangen van advocaten dat zij in voorkomende gevallen een meer gespecialiseerde confrère erbij halen, of zelfs de zaak helemaal aan een specialist overdragen. Wij verlangen dat de advocaat kan inschatten of rechtsbijstand bij een verhoor überhaupt noodzakelijk is, gelet op de aard van de zaak, de persoon van de verdachte en de overige omstandigheden van het geval. In dat licht is het maar een kleine stap naar de inschatting of, indien verhoorbijstand noodzakelijk is, die verhoorbijstand door de advocaat persoonlijk moet worden verricht, of dat daarvoor kan worden volstaan met de inzet van een onder de verantwoordelijkheid van de advocaat opererende paralegal.

Maar deze vanzelfsprekende stand van zaken wordt al iets minder vanzelfsprekend als wij er van uitgaan dat aan een eventuele inzet van paralegals ook financiële consequenties verbonden zijn, die mogelijk als “perverse prikkel” zouden kunnen werken: als de inzet van een paralegal goedkoper is dan de inzet van een advocaat, heeft het advocatenkantoor er mogelijk zelf belang bij om zoveel mogelijk zaken door een paralegal te laten behartigen. En het geheel wordt nóg minder vanzelfsprekend, als we ons voorstellen dat een kantoor dat zich specialiseert in – bijvoorbeeld – huurrecht een roedel paralegals aanwerft om zich op de markt van de verhoorbijstand te gaan begeven. De introductie van paralegals brengt om deze redenen dan ook uitgesproken risico’s met zich mee.

Als men zou onderzoeken of en hoe eventueel “*accredited representatives*” zouden kunnen bijdragen aan het leveren van rechtsbijstand aan aangehouden verdachten, dan moet zo’n onderzoek mede betrekking hebben op de beheersbaarheid van deze risico’s, en moet het dus mede betrekking hebben op de vraag hoe te waarborgen dat de beslissing van de verantwoordelijke advocaat om een paralegal in te zetten met voldoende inzicht en op de juiste gronden wordt genomen. Denkbaar is dan bijvoorbeeld dat niet alleen de paralegal gecertificeerd zou moeten zijn, maar ook de advocaat die een paralegal wil inzetten, zodat alleen “gebrevetteerde” advocaten paralegals mogen “*runnen*”. De vergelijking met de gesloten cassatiebalie in strafzaken dringt zich op, met dien verstande dat goede bijstand in de piketfase in verreweg de meeste zaken heel veel belangrijker is voor de uitkomst van de zaak dan goede bijstand in cassatie.

Wetenschap is het vermeerderen van kennis door bestudering van feiten, door bespreking en weging van argumenten, door het formuleren van standpunten en conclusies die op feiten en argumenten zijn gebaseerd. De figuur van de “*accredited representative*” kan wetenschappelijk worden benaderd en de vraag of het wenselijk zou zijn deze in de Nederlandse procesvoering te introduceren, verdient een wetenschappelijk antwoord. Centraal daarbij zou de vraag moeten staan of verwacht kan worden dat daardoor de bijstand aan aangehouden verdachten in organisatorische en inhoudelijke zin verbetert, en of mogelijke negatieve bijeffecten van de introductie van deze figuur voldoende kunnen worden ondervangen. Er is in elk geval géén ruimte voor paralegals, als niet eerst deze vragen een deugdelijk onderbouwd en bevredigend antwoord hebben gekregen.

7. Dankwoord.

Ik dank het College van Bestuur van de Universiteit Maastricht, het bestuur van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, het College van Toezicht van de bijzondere leerstoel Verdediging in strafzaken en het bestuur van de Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten voor het in mij gestelde vertrouwen.

Waarde Klip, beste André, waarde Nelissen, beste Hans, beste leden van de Capgroep Strafrecht & Criminologie. Dank voor de open en hartelijke ontvangst en de bijstand bij het vinden van de weg in mijn nieuwe faculteit. Ik zie uit naar de samenwerking in de komende jaren.

Waarde Knigge, beste Geert. Ik heb velen van de toenmalige Groningse vakgroep Strafrecht te danken voor hun bijdragen aan mijn academische vorming. Maar jij neemt daarin een zeer bijzondere plaats in – niet alleen als mijn promotor, maar ook als mens. Jij paart ongeëvenaarde analytische kracht aan een al even ongeëvenaarde persoonlijke bescheidenheid en welwillendheid. Bij alles wat ik schrijf houd ik mij voor dat jij het mogelijk leest. Dat houdt – voor het grootste deel dan toch – mijn pen in het gareel.

Waarde Sjöcrona, beste Jan. Als mijn patroon houd ik je medeverantwoordelijk voor de advocaat die ik geworden ben. Jouw voorbeeld hield ons, jouw stagiaires, voor dat – binnen

grenzen van wet en tucht – het belang van de cliënt voor alles gaat, en alleen het beste daarvoor goed genoeg is. Als ik net zo integer, karaktervol, eloquent en authentiek kan zijn als jij in dit vak bent geweest, dan zou ik mij gelukkig prijzen.

Waarde collega's in de strafrechtadvocatuur. Advocaten zijn een bijzonder slag – strafrechtadvocaten zijn dat in het kwadraat. Zoals in elke beroepsgroep – dit speelt, naar het schijnt, zelfs in de rechterlijke macht – is er kinnesinne, profileringsdrang, concurrentiestress en broodnijd. Maar veel belangrijker is de saamhorigheid en de vriendschap, die ontspruit aan de wetenschap broeders (m/v) te zijn in dezelfde strijd.

Waarde cliënten. Ik heb u te danken voor het inzicht dat uw zaken en uw verhalen mij hebben gebracht. Onze gedeelde ervaringen in uw strafzaken hebben mij geleerd hoe betrekkelijk de waarheidspretentie van het strafproces is, hoe beperkt relevant soms de rechtsgeleerde theorie, hoe moeilijk het is om los te laten als een burger die je in gemoede voor onschuldig houdt, tóch onherroepelijk wordt veroordeeld.

Karin, jou heb ik voor meer te danken dan de tijd mij toestaat. Jij bent het anker in mijn leven, het fundament onder mijn bestaan. Alexander, Sebastiaan en Catharina: het is fijn en – meestal – gezellig met jullie. Maar je weet wat er gebeurt als je 18 wordt...

IK HEB GEZEGD