

HET RECHT OP RECHTSBIJSTAND

Patrick C. Heinrich*

'Even the intelligent and educated layman has small and sometimes no skill of the science of law. He requires the guiding hand of the counsel at every step in the proceedings against him. Without it, though he be not guilty, he faces the danger of conviction because he does not know how to establish his innocence'.¹

Mr. Justice George SUTHERLAND in *Powell versus Alabama*.

I. Inleiding

A. ALGEMEEN

Men mag zonder meer stellen dat elke individuele burger en de maatschappij in globo een fundamenteel recht op veiligheid bezitten. Het is één van de meest fundamentele plichten van de staat om in de bescherming van zijn burgers te voorzien. Het middel bij uitstek daartoe is het strafrecht, dat het mogelijk maakt preventief en repressief op te treden tegen criminelen.

De niet-criminele meerderheid van de maatschappij heeft alleen maar voordeel bij een harde aanpak van misdadigers door het justitiële apparaat.

In een democratisch beschaafd land mag echter de positie van de verdachte – de vermeende misdadiger – niet zonder meer uit het oog worden verloren. Ook hij geniet fundamentele rechten. Zo zal het gebruik van folterpraktijken, hoe zeer het ook de waarheidsvinding en de bereidheid tot bekentenissen zou bevorderen, vanzelfsprekend uit den boze zijn omwille van het fundamentele recht op fysieke en morele integriteit. Er dient dus een belangenafweging, een politieke beleidskeuze gemaakt te worden tussen enerzijds het belang van de maatschappij bij de waarheidsvinding en mogelijke veroordeling van eventuele schuldigen en anderzijds de fundamentele mensenrechten die aan iedere burger toekomen, zelfs aan de verdachte. Trouwens, niet iedere verdachte is schuldig en een gerechtelijke dwaling kan verstrekkende gevolgen hebben. Kafkaïaanse toestanden ('Hoe kunt U zeggen dat U onschuldig bent indien U het recht niet eens kent'²) moeten onmogelijk gemaakt worden.

Rechtshistorisch beschouwd, bepaalde iedere soevereine staat zijn beleidskeuze in zijn nationale wetgeving. Naar aanleiding van de gruwelen van het Nazi-regime, in casu misbruik van het strafrecht, besloot men op het niveau van de Raad van Europa een supra-nationale regeling uit te werken. Op het gebied van het materiële en vooral formele strafrecht koos men voor het principe van de gelijkheid van wa-

* Licentiaat in de rechten, K.U. Leuven. Dit artikel is de licht herwerkte versie van een seminarie-werk, gemaakt in het kader van het seminarie strafprocesrecht onder leiding van de professoren F. HUTSEBAUT en R. VERSTRAETEN.

1. GALLOWAY, J., *The Supreme Court & the Rights of the Accused*, New York, Facts On File Inc., 1973, 12.

2. KAFKA, F., *Der Prozess*, Frankfurt a. M., Fischer Taschenbücher, 1975, 11.

pens (*Waffengleichheit, Equality of arms*³). Aan de individuele verdachte worden enkele fundamentele rechten van verdediging toegekend zoals het fair trial-beginsel, het *presumptio innocentiae*- en het *nemo tenetur*-beginsel en het recht op rechtsbijstand, teneinde zijn positie ten aanzien van het almachtige justitieapparaat te verbeteren.

Zo geeft het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens (hierna afgekort als E.V.R.M.)⁴ aan de persoon die onder een 'criminal charge' staat in artikel 6, § 3 (c) het recht: 'to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require'.

Het bestaan van een uniforme regel op dit niveau garandeert echter nog lang geen uniforme toepassing in de Lidstaten van de Raad van Europa. Het E.V.R.M. geeft slechts de abstracte beginselen, onder de vorm van enkele minima, buiten welke de lidstaten volledig vrij zijn hun concreet beleid te kiezen.

De Belgische rechter, hierin gevolgd door de wetgever, staat over het algemeen eerder voorzichtig en sceptisch tegenover de mogelijkheden die het E.V.R.M. biedt op het vlak van uitbreiding van de fundamentele mensenrechten. Slechts heel voorzichtig en in kleine stapjes geeft de Belgische rechter zijn 'nationalisme dans le domaine juridictionnel'⁵ op en erkent de primauteit van het internationaal recht met directe werking en het gezag van het Hof van de Rechten van de Mens (hierna afgekort *E.H.R.M. of het Hof*). Het duurt dan meestal nog enkele jaren tot de wetgever in de nodige initiatieven voorziet.

Het opzet van dit werk is het toetsen van de concrete Belgische situatie in verband met het *Recht op Rechtsbijstand* zoals deze zich voordoet in wetgeving en rechtspraak aan de bepalingen van het E.V.R.M. en de jurisprudentie van het Hof. Waar staat België ten opzichte van andere lidstaten van de Europese Raad? Waar werden reeds de nodige aanpassingen aangebracht en wat zal de toekomst uitwijzen?

B. CONCRETISERING EN BEPERKING VAN HET THEMA

Artikel 6, § 3, lit. c geeft de beschuldigde een drievoudige garantie: ten eerste het recht zichzelf te verdedigen (*die Selbstverteidigung*), ten tweede het recht op bijstand van een raadsman naar eigen keuze bij de verdediging (*die Wahlverteidigung*) en ten derde – mits vervulling van bepaalde voorwaarden – het recht op gratis rechtsbijstand (*die Pflichtverteidigung*). De hierna volgende analyse zal slechts de eerste twee van deze fundamentele rechten bestrijken. Het recht op een 'Pro Deo Advocaat' vertoont wel vele raakvlakken met de eerste twee rechten maar is toch fundamenteel anders: voor de Staat is er immers een verschil tussen het dul-

3. Voor een beknopte analyse: MEYER, K., *Strafprozessordnung; Beck'sche Kurzkomentare*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1989, Einl. 88, 19. Het principe eist niet de gelijkheid van rechten doch het uitbalanceren ervan rekening houdend met de verschillende posities van de partijen in het strafproces.

4. Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend op 4 november 1950 te Rome; goedgekeurd bij Wet 13 mei 1955, *B.S.*, 19 augustus 1955, erratum *B.S.*, 29 juni 1961.

5. LAMBERT, P., *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence belge*, Bruxelles, Editions Nemesis, 1987, 7.

den van een situatie (het zich laten bijstaan door een raadsman) en de positieve verplichting om in de organisatie en de betaling van gratis rechtsbijstand te voorzien. Het laatste is een voorbeeld van een 'sociaal grondrecht'.

Tevens moet het recht op *rechtsbijstand* duidelijk worden onderscheiden van het recht op *rechtshulp*. Het recht op al dan niet kosteloze bijstand van een advocaat (Bureau van Consultatie en Verdediging) is niettegenstaande de nog steeds bestaande terminologische verwarring geenszins hetzelfde als het recht op het voeren van een kosteloze procedure (Bureau voor Rechtsbijstand).⁶ Dit laatste aspect wordt hier niet behandeld.

C. RELEVANTIE IN FUNCTIE VAN HET BELGISCHE STRAFPROCEDURERECHT

Alvorens over te gaan tot de gedetailleerde analyse van het verdragsartikel en de concrete toetsing van de Belgische strafprocedure, is het raadzaam enkele eventuele Belgische knelpunten aan te stippen: de raadsman wordt – in tegenstelling tot de situatie in vele andere landen – niet toegelaten in de fase van het opsporings- en gerechtelijk onderzoek (vooral bij verhoren en onderzoeksverrichtingen). Er bestaat geen verplichting voor de politie of de onderzoeksrechter om de verdachte te wijzen op zijn zwijgrecht en het recht alvorens te worden verhoord een raadsman te consulteren; dit in tegenstelling met de 'Miranda Warning' in de Anglo-Amerikaanse rechtsorde. Ook bestaat er in België geen verplichting om iemand te waarschuwen over het feit dat er een opsporingsonderzoek tegen hem gaande is. Een laatste knelpunt vormt de recente wijziging van de wet op de voorlopige hechtenis en de praktijk van de 'opsecretstelling'.⁷

Als epiloog van deze inleiding wens ik hier reeds het grote deficit aan wetgeving aan de kaak te stellen. Een geordende en systematische bepaling omtrent het recht op *rechtsbijstand* ontbreekt volledig. Duitsland beschouwd het zelfs als een constitutioneel recht en heeft het uitgewerkt in zijn *Strafprozessordnung* (StPO).⁸ Alle andere belangrijke lidstaten beschikken over een systematische behandeling van de rechten van de verdachte in hun wetboek van strafvordering.⁹ Ook in Nederland is het recht op rechtsbijstand een grondrecht. Artikel 18 van de Nederlandse Grondwet bepaalt immers dat ieder zich in rechte kan doen bijstaan. België wijdt in zijn Wetboek van Strafvordering – op één uitzondering in verband met de bovenvermelde opsecretstelling na – geen enkel artikel aan het fundamenteel recht op rechtsbijstand. Eens te meer worden belangrijke beslissingen afgewenteld op de rechterlijke macht, met alle gevolgen vandien voor de rechtszekerheid. Een regeling in het Wetboek van Strafvordering zou tevens de *autonomie van het straf(proces)recht* beklemtonen.

6. MERCKX, D., 'Over de rechtsbijstand in strafzaken', noot onder Antwerpen, 30 september 1988, R.W., 1988-89, 511-513.

7. Art. 20 van de Wet van 20 juli 1990 bepaalt dat op de regel van het vrije verkeer voor de advocaat geen enkele uitzondering kan worden gemaakt.

8. 'Das Recht, sich des Beistands eines Verteidigers zu bedienen, ist dem Angeklagten verfassungsrechtlich verbürgt', *BVerfGE* 39, 156, 163 = *NJW* 75, 1013, zoals geciteerd door MEYER, K., *Strafprozessordnung, Beck'sche Kurzkommentare*, München, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1989, 523.

9. B.v. art. 50 Ndl. Sv.; § § 136, 137, 138, 138a, 163a, Duitse StPO; § 45 Oostenrijkse StPO.

II. Artikel 6, § 3, c E.V.R.M.

A. INLEIDING

Dit hoofdstuk is verdeeld in twee delen. Het eerste beoogt via een beknopte analyse van de tekst van het verdrag zelf in samenlezing met de jurisprudentie van het Hof, de rechten onder artikel 6, § 3, c te verduidelijken. Het tweede deel behandelt het toepassingsgebied van artikel 6, § 3 in verband met pre-processuele fase en vormt derhalve de overgang naar het volgende hoofdstuk dat de concrete toetsing van de Belgische situatie aan de Europese normen behandelt.

B. ANALYSE TEKST

1. De vrije keuze van de rechtsbijstand en haar grenzen

'Een ieder, die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, heeft ten minste de volgende rechten: (...)

c) zichzelf te verdedigen of de bijstand te hebben van een raadsman naar keuze, of, indien hij niet over voldoende middelen beschikt om een raadsman te bekostigen, kosteloos door een toegevoegd advocaat te kunnen worden bijgestaan, indien het belang van de rechtspraak dit eist (...)'.

Een eerste vraag die rijst is deze of de beperking 'indien het belang van de rechtspraak dit eist' alleen betrekking heeft op de kosteloze rechtsbijstand of ook geldt voor de vrije keuze van een advocaat onder artikel 6, § 3, c? Oorspronkelijk was de Commissie de mening toegedaan dat het binnen de beleidsmarge van de lidstaten lag om advocaten naar eigen goeddunken uit te sluiten van het verschijnen voor de rechtbank.¹⁰ In 1978 veranderde ze haar standpunt radicaal door te verklaren dat de uitsluiting van advocaten niet mag, gezien de intimiderende werking op andere potentiële raadsliden alsmede op de verdediging in het algemeen.¹¹

Onmiddellijk rijst de vraag of het *recht op rechtsbijstand* dan een *absoluut recht* is dat aan geen enkele beperking mag onderworpen worden? In een beslissing van 9 oktober 1978 bekrachtigt de Commissie haar vroegere opinie in die zin dat het recht op vrije keuze van een raadsman in zeker mate mag beperkt worden middels enerzijds de bevoegdheid van de nationale wetgevers om het verschijnen van advocaten voor de rechtbanken wettelijk te regelen en anderzijds door de verplichting van raadsliden om bepaalde deontologische plichten niet te schenden.¹²

Deze algemene beperking wordt dan in verdere beslissingen van de beide Straatsburgse organen genuanceerd. Een eerste beperking is vanzelfsprekend. De

10. E.C.R.M., 6 mei 1962, X. t. B.R.D., *Collection of Decisions (CD)*, 9, 1-3: '... right limited by State's discretionary right to make regulations concerning appearances or exclusion of appearance of lawyers before courts'; GOLSUNG, H. (ed.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, losbladig, 199, nr. 521.

11. E.C.R.M., 8 juli 1978, Ensslin, Baader en Raspe t. B.R.D., *Decision and Reports (DR)*, 15, p. 114, overweging 19 en 20: 'Refusal to accept, or the exclusion of legal assistance, is a measure that may intimidate other potential defense counsel or may cast discredit on the defense in general'.

12. E.C.R.M., 6 mei 1962, X t. B.R.D., *CD*, 9, 3: '... not an absolute right, but limited by the right of the State to make regulations concerning the appearance of lawyers before the courts'.

staat kan de toegang tot de verdediging beperken tot daartoe gekwalificeerde personen, d.i. houders van bepaalde diploma's. Ten tweede staat het recht op een raadsman *naar eigen keuze* natuurlijk slechts open voor de verdachte die dit effectief kan betalen.¹³ Een derde beperking betreft het aantal advocaten, dat kan gereguleerd worden¹⁴ bij nationale wet. Een vierde nuancering van het principiële recht op vrije keuze betreft het opleggen van bepaalde verplichtingen inzake kledij of taalkennis.¹⁵ Even vanzelfsprekend lijkt het toelaatbaar verklaarde verbod voor de gekozen raadsman om op te treden indien hij zich schuldig heeft gemaakt aan heling, vernietiging van bewijzen enz. in verband met de zaak in kwestie.¹⁶ Een laatste beperking betreft het toelaatbaar verbod van de meervoudige verdediging om het misbruik van eventuele afspraken te kunnen uitsluiten.¹⁷

Samenvattend kan men stellen dat het *recht op rechtsbijstand geen absoluut recht maar wel een principiële recht is*. Het kan onder bepaalde voorwaarden beperkt worden maar deze eventuele uitzonderingen dienen restrictief te worden geïnterpreteerd.

2. Samenlezing met andere verdragsbepalingen

a. Samenlezing met andere verdragen

Artikel 14 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten¹⁸⁻¹⁹ geeft de verdachte, onder andere, de volgende minimumgaranties:

- (...) b) zich te verstaan met een door hem zelf gekozen raadsman;
(...) d) (...) zichzelf te verdedigen of de bijstand te hebben van een raadsman naar eigen keuze; ingeval hij geen rechtsbijstand heeft, van dat recht op de hoogte te worden gebracht (...).

Het behoeft geen betoog dat de rechten gegarandeerd door dit verdrag ruimer of tenminste specifiekier zijn gesteld dan door het E.V.R.M. Deze rechten kunnen echter niet worden afgedwongen voor een eigen supranationale rechtbank zoals het E.V.R.M. voor het Hof te Straatsburg. Slechts indien ze *directe werking* zouden hebben, zouden zij meer kunnen zijn dan louter *soft-law* en zou men hen kunnen inroepen voor de nationale rechter. Over de *directe werking* beslist echter in laatste instantie het Hof van Cassatie; met alle gevolgen vanden dien: artikel 14 blijft *soft law*. Toch hebben ze een groot moreel gezag en kunnen ze bij interpretatieproblemen de eventueel te volgen weg aanwijzen. Dit verdragsartikel blijft hier verder buiten beschouwing.

13. E.C.R.M., 30 mei 1956, *Yearbook I (1955-57)*, 231.

14. E.C.R.M., 8 juli 1978, Ennslin, Baader en Raspe t. B.R.D., *DR*, 15, 64. Bepaalde wetgevingen, zoals de Duitse en de Oostenrijkse, hebben trouwens deze beperking in hun wetboek van strafvordering opgenomen. De Belgische wetgever heeft in deze kwestie geen enkele beperking opgelegd en blijft dus liberaler dan de Europese rechtspraak vereist.

15. E.C.R.M., 20 juli 1972, X en Y t. B.R.D., *CD*, 42, 139. Voor de taalkennis zie GOLSUNG, H. (ed.), *o.c.*, nr. 520, 203.

16. E.C.R.M., 9 oktober 1978, X t. V.K., *DR*, 14, 248.

17. E.C.R.M., 8 juli 1978, Ennslin, Baader en Raspe t. B.R.D., *DR*, 14, 64

18.-19. *B.S.*, 6 juli 1983.

b. Samenlezing met andere artikelen van het E.V.R.M.

Hier moet vooral worden gewezen op het artikel 5, lid 4 van het E.V.R.M.: 'Eenieder die door arrestatie of gevangenhouding van zijn vrijheid is beroofd heeft het recht voorziening te vragen bij de rechter opdat deze op korte termijn beslist over de wettigheid van de gevangenhouding en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de gevangenhouding onrechtmatig is'.

Gezien de advocaat het enige middel uitmaakt voor de aangehouden verdachte om deze rechten waar te maken, impliceert dit artikel een recht op rechtsbijstand.²⁰ In tegenstelling tot het ruimer geformuleerde artikel 6, § 3 (c), heeft artikel 5, § 4 uitsluitend betrekking op personen die van hun vrijheid zijn beroofd.²¹

Een tweede verdragsartikel waarmee het recht op rechtsbijstand samen moet gelezen worden, is het *artikel 3 dat foltering en onmenselijke of vernederende behandeling* van de verdachte verbiedt. Welnu, één van de taken van de raadsman is juist om als een soort waakhond te fungeren om dit te voorkomen en zonodig de verdachte in zijn geschonden rechten te verdedigen. Bepaalde verhoortechnieken hebben in het verleden aanleiding gegeven tot een veroordeling op grond van artikel 3 E.V.R.M.²²

c. Samenlezing met artikel 6 E.V.R.M.

Artikel 6, § 1 E.V.R.M. formuleert het *recht op een eerlijk proces* (het Europese *fair trial* en het Amerikaanse *due process*). Onder eerlijke behandeling wordt verstaan het principe dat elke partij een redelijke kans heeft om haar zaak voor de rechter uiteen te zetten, in omstandigheden die haar niet in een nadelige positie plaatsen t.a.v. de tegenpartij.²¹ Het recht op rechtsbijstand maakt – zoals de andere rechten uit §§ 2 en 3 – zonder meer deel uit van deze eis van een eerlijke behandeling van het eerste lid.²³ Het zou echter verkeerd zijn om te stellen dat de opsomming van de rechten in de §§ 2 en 3 een loutere explicitering van paragraaf 1 zou zijn. De §§ 2 en 3 zijn weliswaar essentieel maar putten het begrip van de *eerlijke behandeling* geenszins uit.²⁴ Vooral m.b.t. eventuele teleologische interpretaties van de specifieke rechten van verdediging zou deze ruime eerste paragraaf m.i.

20. De verwarring die kan ontstaan, wordt geïllustreerd in de zaak Moudefo waar 'The Commission (...) stated however that, in its view, the complaint under Article 6, § 3 (c) should in fact be dealt with under Article 5, § 4', E.H.R.M., 11 oktober 1988, Moudefo, *Publ. Cour*, reeks A, vol. 131, 35, § 12.

21. VERLINDEN, J., 'De toepassing van artikel 6 van Het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens in strafzaken buiten het stadium van het vonnisgerecht', *Panopticon*, 1989, 7.

22. Zo b.v. de zaak Ireland versus United Kingdom, FIJNAUT, C., 'Het justitiële politieoptreden in het licht van het E.V.R.M.', *D.D.*, 19, 1989, afl. 6, 551.

21. E.C.R.M., besl. ontv., 16 juli 1968, Struppat / Duitse Bondsrepubliek, 2804/66, *Rec.*, vol. 27, (61), zoals geciteerd door LEMMENS, P., 'Het strafproces en het E.V.R.M.', 187, in *Strafrecht voor Rechtspractici*, Leuven, Acco, 1985, 198 p.

23. 'Das Recht, sich des Beistands eines Verteidigers zu bedienen (...). Es handelt sich um einen Ausdruck des Rechts auf faires Verfahren' (*BVerfGE* 68, 237, 255 = *NJW* 85, 727, 729) zoals geciteerd door MEYER, K., *o.c.*, 523; 'Les garanties prescrites à l'article 6 § 3, 2, constituent un autre aspect fondamental du droit à un proces équitable' (arrêt Monnelli et Morris du 2 mars 1987, *Publ. Cour*, serie A, n° 115, p. 21, § 53) zoals aangehaald door VELU, J. en ERGEC, R., *La Convention Européenne Des Droits De L'Homme*, Brussel, Bruylant, 1990, 493.

24. LEMMENS, P., *l.c.*, 187.

een grote rol toebedeeld kunnen worden. We zullen trouwens in de volgende afdeling over de toepasselijkheid van artikel 6 E.V.R.M. op de pre-processuele fase uitgebreid ingaan op de eisen en implicaties van artikel 6, § 1.

Een laatste verdragsbepaling die moet samengelezen worden met het recht op rechtsbijstand ex artikel 6, § 3 (c) is artikel 6, § 3, b dat de verdachte het recht toekent om 'te beschikken over voldoende tijd en faciliteiten welke nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging'. Het Hof heeft geoordeeld dat de advocaat juist één van de 'faciliteiten' is en dus indirect dat het recht op rechtsbijstand ook via deze littera b kan afgedwongen worden.²⁵

Bij wijze van conclusie kan worden gesteld dat de bepaling omtrent het recht op rechtsbijstand onlosmakelijk verbonden is met bepaalde andere verdragsrechten en in de praktijk ook steeds samen hiermee wordt ingeroepen.²⁶

C. HET TOEPASSINGSGEBIED VAN ARTIKEL 6, § 3, c E.V.R.M.

1. Vereiste van een 'criminal charge'

Allereerst moet men *wegens een strafbaar feit worden vervolgd* om aanspraak te kunnen maken op het recht op rechtsbijstand.²⁷ De Commissie gebruikt als criterium niet het moment van de officiële verwittiging van de beschuldiging, doch reeds het moment waarop maatregelen zijn getroffen '(...) which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect'.²⁸ FIJNAUT stelt dat een dagvaarding, een vordering tot gerechtelijk onderzoek of de inbewaringstelling zou kunnen volstaan opdat de verdachte van de fundamentele rechten van verdediging kan genieten.²⁹ Ook LEMMENS gaat er van uit dat er in sommige gevallen sprake kan zijn van een inbeschuldigingstelling in de zin van artikel 6, § 1 nog vóór er enige officiële kennisgeving is. Met andere woorden 'the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial (...) prompts the Court to prefer a 'substantive', rather than a 'formal', conception of the 'charge' contemplated by Article 6 (1).³⁰

2. Toepasselijkheid op de pre-processuele fase

Artikel 6, § 3 (c) is een van de artikelen die niet op zichzelf bepalen op welke fase van het strafproces ze van toepassing zijn en die derhalve op dit vlak open staan voor interpretatie. Het recht op rechtsbijstand behoort tot een groep van bepalin-

25. LEMMENS, P., *l.c.*, 189 die citeert uit E.H.R.M., 28 juni 1984, Campbell en Fell, § 99. Tevens verwijs ik naar de hoger geciteerde I.V.B.P.R.-bepaling.

26. Zie b.v. de *supra* geciteerde Moudefu-zaak.

27. Zie de hoger geciteerde aanhef van art. 6, § 3.

28. FIJNAUT, C., *l.c.*, 547; hij geeft tevens de Nederlandse 'vertaling' van de Hoge Raad van 24 november 1987 (*NJ*, 1988, nr. 563): 'criminal charge' als er '(...) vanwege de Staat jegens de betrokkene een handeling is verricht waaruit deze heeft opgemaakt – en in redelijkheid heeft kunnen opmaken – dat het OM het ernstige voornemen heeft tegen hem een strafvordering in te stellen'.

29. Zie ook FIJNAUT, C., *l.c.*, 547.

30. LEMMENS, P., *l.c.*, 176, met uitgebreide verwijzing naar de Straatsburgse rechtspraak; VAN DIJK, P. en VAN HOOF, G., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer, Kluwer, 1990, 307.

gen in artikel 6, § 3 E.V.R.M. die zowel op de processuele als op de pre-processuele fase van toepassing zouden kunnen zijn.

De vraag of artikel 6, §§ 1 en 3 toepasselijk is op de pre-processuele fase is – hoewel uitermate belangrijk – merkwaardig genoeg nog niet duidelijk opgelost door het Hof! Het staat vast dat het artikel bij het opstellen van het E.V.R.M. bedoeld was louter als waarborg voor de fase voor het vonnisgerecht.³¹ Anderzijds heeft een uitgebreide analyse aangetoond dat ‘die Strassburger Rechtsprechung zum Anwendungsbereich vom Artikel 6 *dynamisch und weit* ist’.³² Slechts op weinig gebieden is de verdeeldheid van de nationale en internationale rechtsleer zo groot. De uitspraken van het Hof en de Commissie zijn op zijn minst gezegd multi-interpretabel. Daarbij komt nog dat – zelfs indien de hiernavolgende beknopte analyse tot de toepasselijkheid van het artikel zou besluiten – het nog lang niet vaststaat of de rechten onder paragraaf 3 op dezelfde manier worden gewaarborgd als voor het vonnisgerecht.

In de zaak Can stelt het Hof dat ‘(...) the Court’s case law does already provide certain *indications* as to the answer to the question whether and to what extent Article 6 § 3, or a particular sub-paragraph thereof, is applicable at the stage of the preliminary investigations’³³ en geeft voorts de bronnen aan van deze ‘indicaties’.³⁴ Twee keer wordt het artikel 6 van toepassing verklaard op een niet-processuele fase, doch deze verwijzingen laten geenszins toe een duidelijk standpunt te distilleren. Oostenrijk maakte in de Zaak Can gebruik van de mogelijkheid tot minnelijke schikking en ontnam het Hof op die manier de kans om zich eindelijk eens duidelijk ten gronde uit te spreken over de draagwijdte van artikel 6. Ook in de zaak Ruga³⁵ kreeg het Hof de kans niet een arrest te vellen. De eiser was ondertussen in Italië vrijgesproken en zag er geen nut in om de strijd in Straatsburg voort te zetten. Bij wijze van conclusie kan men stellen dat de kwestie door het Hof nog niet beslecht werd.

Heel wat genuanceerder is daarentegen de rechtspraak van de *Commissie*. Zij is er wel in geslaagd om een echte theorie en een standpunt uit te werken.³⁶ ‘The application of Art. 6 *cannot be excluded categorically and without exception at this stage (preliminary investigation, P.H.), at least if, due to the particular organisation of the proceedings, the preliminary investigation is of crucial importance in the overall context*’.³⁷ Van zodra een element van de pre-processuele fase dermate belangrijk is voor zijn latere verdediging dat een schending van de rechten van de verdachte hem elke kans op een eerlijke behandeling ontnemt, is artikel 6, § 3

31. LEMMENS, P., *l.c.*, 177.

32. WEH, L., ‘Der Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK. Das Ende des ‘cautious approach’ und seine Auswirkungen in den Konventionalstaaten’, *EuGRZ*, 1988, 433.

33. E.C.R.M., verslag, 12 juli 1984, Can versus Oostenrijk, 9300/81, *Publ. Cour*, Reeks A, vol. 96.

34. E.H.R.M., 8 juni 1976, Engel and Others, Series A, n° 22, 38-39; E.H.R.M., Campbell and Fell, Series A, n° 29, 20.

35. E.C.R.M., 7 mei 1987, Ruga versus Italië, 10990/84, *R.R.*, vol. 55.

36. Hoewel het duidelijk om een abstracte theorie gaat waarnaar ook in andere arresten (b.v. Ruga arrest) wordt verwezen, anticipeert de Commissie eventuele kritiek door te bepalen ‘(...) that the Commission is not called upon to give a general answer to the question whether Article 6 is as such applicable at the stage of preliminary investigation proceedings. *It is only required to deal with the concrete case before it*’, E.H.R.M., 30 september 1985, geciteerd, p. 14.

37. E.H.R.M., 30 september 1985, Can versus Oostenrijk, geciteerd, p. 15, § 49.

van toepassing. LENSING spreekt van de 'fair hearing' en de wijze waarop deze zijn schaduw kan vooruitwerpen op de manier waarop het vooronderzoek in strafzaken gebeurt.³⁸

De Commissie heeft dit principe echter direct *genuanceerd*. 'The question whether the trial conforms to the standard laid down in § 1 must be decided on the basis of the consideration of the *trial as a whole*, and not on the basis of an isolated fact'.³⁹ De miskenning van de rechten van verdediging in één stadium van de pre-processuele fase van het strafproces sluit een eerlijke behandeling in globo niet a priori uit. VERLINDEN vat het zo samen: opdat artikel 6, § 3 van toepassing zou zijn op het vooronderzoek, moet er aan twee voorwaarden voldaan zijn: ten eerste moet de fase van het onderzoek van groot belang zijn voor de voorbereiding van de verdediging en ten tweede mag het niet louter gaan om de uitoefening van de rechten van de verdediging m.b.t. de aanhouding of de voorlopige hechtenis. De procedure moet verplicht verband houden met de gang van zaken voor het vonnisgerecht.⁴⁰

Niet onbelangrijk vind ik het feit dat de Commissie in een door de rechtsleer nog maar weinig aangehaalde zaak Ruga haar in de zaak Can gevestigde benadering onderschrijft.⁴¹

Maar zelfs met deze 'crucial-importance-doctrine' van de Commissie zijn de problemen in verband met het recht op rechtsbijstand geenszins van de baan. Men kan 3 groepen rechtsgeleerden onderscheiden. Een eerste meent te kunnen stellen dat op grond van de Can-beslissing van de Commissie het recht op rechtsbijstand in het vooronderzoek gewaarborgd is.⁴² Een tweede beweert het tegengestelde te moeten afleiden.⁴³ Een derde groep neemt een middenpositie in en probeert vooral de door de Commissie uitgewerkte benadering toe te passen en te nuanceren.⁴⁴ Gezien men het grondig oneens is over de vraag op welke concrete elementen van het vooronderzoek het *recht op rechtsbijstand* al dan niet van toepassing is, behandel ik deze verschillende standpunten in het volgende hoofdstuk over de Belgische regeling in het licht van het E.V.R.M.

38. LENSING, J., *De invloed van enkele onderdelen van art. 6 E.V.R.M. op het strafprocesrecht in Nederland*, 's-Gravenhage, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1988, 21.

39. FINAUT, C., *l.c.*, 531; Cass., nr. 4439, 15 maart 1985; VELU, J. en EERGEK, R., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Brussel, Bruylant, 1990, 493/2 en Cass., 23 januari 1990, *T.G.R.*, 1990, 65-66.

40. VERLINDEN, J., *l.c.*, 8.

41. 'The Commission has recognised that the right secured under Article 6 para. 3 (c) of the Convention may be relied upon at a preliminary stage in the proceedings (...)' E.C.R.M., 7 mei 1987, geciteerd, Ruga, 89, § 4.

42. VOGLER beroept zich in MEYER, K., *o.c.*, 196 op E.C.R.M., 9 oktober 1980, 8386/78, DR 21, 126 op het feit dat '(...) der Anspruch auf einen Verteidiger besteht schon im Ermittlungsverfahren'.

43. Zo b.v. LENSING die liever geen al te vergaande conclusies wil trekken uit Can. Hij zegt dat het Hof expliciet heeft uitgemaakt dat het beginsel van de Waffengleichheit niet van toepassing is in verband met de voorlopige hechtenis en dat dit beginsel derhalve geen algemene eis kan zijn voor de inrichting van het vooronderzoek. LENSING, J., *De invloed van enkele onderdelen van het art. 6 E.V.R.M. op het strafprocesrecht in Nederland*, 's-Gravenhage, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1988, 24-27.

44. B.v. VERLINDEN, J., *l.c.*, 8-12 en LEMMENS, P., *l.c.*, 176-178.

III. De Belgische regeling in het licht van het E.V.R.M.

A. INLEIDING

Het opzet van dit hoofdstuk is de verschillende stappen van het Belgische strafprocesrecht te toetsen aan de hoger uiteengezette rechten en beginselen van het E.V.R.M. Telkens wordt er beknopt verwezen naar de vigerende regelingen in onze buurlanden: Nederland, Duitsland, Frankrijk. Naargelang de rechtspraak van het Hof of de Commissie tracht ik tevens bij elke materie de regeling van een land dat als model of slecht voorbeeld dient, kort uiteen te zetten.

Volgende elementen van het strafproces worden in chronologische volgorde behandeld: het opsporingsonderzoek, de arrestatie, de voorlopige hechtenis, het gerechtelijk onderzoek en ten slotte de processuele fase voor het vonnisgerecht. Bewust *uitgesloten* zijn de rechten van de verdachte in *tuchtprocedures* alsmede het recht op rechtsbijstand van de *opgesloten definitief veroordeelde*.

In het inleidend hoofdstuk had ik het over het 'nationalisme op juridisch gebied' dat nog in hoge mate terug te vinden is in de wetgeving en rechtspraak. Maar ook de *rechtsleer* kan zich niet losmaken van nationale invloeden. Bijna iedere rechtsgeleerde interpreteert de Europese regelingen '*verfassungskonform*' met zijn eigen nationaal recht.⁴⁵ Telkens weer rechtvaardigt de Straatsburgse rechtspraak hun nationaal stelsel. Daarom is er *m.i. dringend nood aan een uniforme gedetailleerde regeling ofwel door het Hof of door een aanvullend protocol bij het E.V.R.M.*

B. HET OPSPORINGSONDERZOEK

Over het *opsporingsonderzoek* ontbreekt een wettelijke regeling volledig. Het is evenals de tweede vorm van het vooronderzoek – het *gerechtelijk onderzoek* – geheim, schriftelijk en niet tegensprekelijk. De verdachte heeft gedurende een eventuele ondervraging *niet het recht op de aanwezigheid van een raadsman* en de politie is niet verplicht hem te wijzen op zijn *zwijgrecht* en zijn *recht om een raadsman te consulteren*.⁴⁶ De rechtvaardiging van deze toestand biedt een a contrario redenering op een arrest van het Hof van Cassatie van 20 september 1976: 'Art. 6 heeft betrekking op de rechten van verdediging voor de vonnisgerechten (...)'⁴⁷ Met andere woorden, men kan zich niet beroepen op de rechten uit artikel 6 tijdens de pre-processuele fase.

De vraag rijst nu of deze regeling strookt met het E.V.R.M. M.i. is het opsporingsonderzoek slechts in uitzonderlijke gevallen van dermate groot belang voor de verdere procedure en de opbouw van de verdediging dat het de *crucial-importance-approach* niet zou doorstaan. Wel lijkt het mij absoluut noodzakelijk dat een regeling verplicht gesteld wordt waarbij de politie de verdachte ten eerste op zijn

45. TRECHSEL schrijft samenvattend voor een haast unanieme Duitse rechtsleer dat '(...) jeder Angeklagter ein absolutes und unbedingtes Recht darauf hat, sich durch einen Anwalt verteidigen zu lassen. An dieser fundamentalen Garantie darf nicht gerüttelt werden – es gibt keine legitimen Interessen, die ihr entgegenstünden und irgendwelche Abwägungen erforderten', in MEYER, K., *o.c.*, 199; *contra*: de Belgische auteur CHÂTEL, M., 'Het E.V.R.M. en het Belgische Strafprocesrecht', *R.W.*, 1979-80, 1477.

46. Voor meer informatie FINAUT, C., *De Advokaat bij het Politieverhoor*, Arnhem, Gouda Quint, 1988.

47. Cass., 20 september 1976, *Pas.*, 1977, I, 66, *Arr. Cass.*, 1977, 73.

zwijgrecht en ten tweede op zijn *recht op rechtsbijstand* moet wijzen. Zoniet zou men kunnen ontsnappen aan de rechten van de verdachte voor de onderzoeksrechter door de belangrijkste maatregelen onder het mom van – het van minder waarborgen voorziene – opsporingsonderzoek te laten doorgaan. Onder die voorwaarden lijkt me de verplichte aanwezigheid van de raadsman bij ondervragingen niet nodig.⁴⁸

De Duitse StPO verplicht de politie om de verdachte '(...) darauf hinzuweisen, dass es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äussern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit (...) einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen'.⁴⁹ De aanwezigheid van de advocaat is niet vereist maar kan toegelaten worden.

Ook in Nederland geniet de verdachte van bepaalde rechten. Artikel 29 Ndlse Sv. verplicht ook hier de politie om de verdachte in te lichten over zijn *zwijgrecht*. De Hoge Raad heeft echter uitgemaakt dat de opvatting als zou de raadsman het recht hebben bij politieverhoren aanwezig te zijn, in haar algemeenheid geen steun vindt in het recht.⁵⁰ Er is echter een wetsvoorstel hangende inzake de aanwezigheid van raadsliden bij het politieverhoor.⁵¹ In Amerika bestaat de door de Supreme Court opgelegde vereiste van de Miranda Warning die ook een manifestatie van het *zwijgrecht* en het recht op *rechtsbijstand* is.⁵² Indien de verdachte dit wenst, heeft hij het recht op de aanwezigheid van zijn raadsman bij alle ondervragingen. In Frankrijk is deze fase ook na de recente wetswijziging⁵³ niet wettelijk geregeld. De verdachte wordt evenals in België niet op zijn rechten gewezen. FIJNAUT spreekt van de 'antithese in het land van de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen'.⁵⁴

C. DE ARRESTATIE / HET BEVEL TOT MEDEBRENGING

De *arrestatie of aanhouding* werd in België voor het eerst geregeld door de nieuwe Wet van 20 juli 1990 op de voorlopige hechtenis.⁵⁵ Hoewel de wet op het vlak van de rechten van de verdachte grote verbeteringen inhoudt – o.a. de korte strikt na te leven termijnen en het verbod van volledige opsecretstelling –, bevat het geen bepalingen omtrent het *recht op rechtsbijstand*. Ook bij de behandeling van het *bevel tot medebrenging* in de artikelen 3 tot 15 bestaat geen verplichting om de 'persoon tegen wie ernstige aanwijzingen van schuld bestaan' te wijzen op zijn fundamenteel recht op *rechtsbijstand*.

48. Zie ook DE NAUW, A., 'Het opsporingsonderzoek nu en morgen', R.W., 1607-1628.

49. § 136 StPO. Immers, '(d)ie Vernehmung soll dem Beschuldigten Gelegenheit geben, die gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe zu beseitigen und die zu seinen Gunsten sprechenden Tatsachen geltend zu machen', § 136, II StPO.

50. HR, 22 november 1983, NJ, 1984, 805.

51. Voor meer informatie raadplege men best MELAI, A., *Het wetboek van strafvordering*, Arnhem, Gouda Quint, art. 50, 2-4.

52. Zie *infra*, D.

53. La loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

54. FIJNAUT, *o.c.*, 37.

55. Voor een uitgebreide analyse: HUTSEBAUT, F., *De voorlopige hechtenis in België*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1992, 51 p.

Ook hier kan men m.i. niet besluiten tot een schending van de bepalingen van het E.V.R.M. Het zou natuurlijk wenselijk zijn dat de potentiële verdachte reeds bij zijn aanhouding ingelicht zou worden omtrent zijn fundamentele rechten, maar bij de *aanhouding in se* kunnen er i.t.t. de situatie van het verhoor geen ernstige nadelen ontstaan die een eerlijke behandeling a priori zouden onmogelijk maken.

Het Duitse wetboek bevat de verplichting van de *Hinweis auf das Recht der Verteidigerkonsultation und die Aussagefreiheit* reeds bij de *Verhaftung* of *vorläufige Festnahme*.⁵⁶ De Nederlandse wetgeving bevat geen bepalingen omtrent het recht op rechtsbijstand bij arrestatie. Dit wordt echter rechtgetrokken doordat dit – zoals reeds hoger besproken – voor elke ondervraging of verhoor wel gebeurt. In Frankrijk kan men de positie van de verdachte nog best met die in België vergelijken. Hij wordt bij zijn arrestatie hoegenaamd niet op zijn rechten gewezen. Fundamenteel verschillend van deze continentaal Europese aanpak is de situatie in de Verenigde Staten van Amerika. De Miranda Warning vereist de letterlijke voorlezing van de hierna volgende tekst bij elke arrestatie en daaropvolgende 'custodial interrogations'. Na elke mededeling moet worden gevraagd: 'Do you understand?'

You have the right to remain silent.

Anything you say can be used against you in a court of law.

You have the right to the presence of an attorney to assist you *prior to questioning and to be with you during questioning if you so desire.* (...) ⁵⁷

De door de Supreme Court voorgeschreven regeling voorziet in een bijzonder efficiënte en volledige bescherming van de verdachte.

D. DE VOORLOPIGE HECHTENIS

De materie van de voorlopige hechtenis behoort tot de weinige recent herziene wettelijke regelingen binnen het Belgische strafprocesrecht. De wetgever kreeg de kans om de verouderde wetgeving op sommige punten aan te passen aan de eisen van de 20^e eeuw en de bepalingen van het E.V.R.M. In tegenstelling tot de bepalingen in verband met de *arrestatie*⁵⁸ werden op het vlak van het vrij verkeer van de verdachte met zijn raadsman waarlijk ingrijpende vernieuwingen ingevoerd.

Het behoeft geen betoog dat het vertrouwelijke vrije overleg tussen de advocaat en de verdachte in het verband met het verhoor en de te volgen strategie bij de verdediging de belangrijkste voorwaarde is voor een deugdelijke verdediging. Het is van groot belang in deze fase het recht op rechtsbijstand te garanderen gezien men anders discrimineert tussen de gearresteerde verdachte en zijn mededaders op vrije voet die te allen tijde rechtsadvies kunnen inhalen. De vroegere Wet op de Voorlopige Hechtenis van 20 april 1874 kende reeds als *principe* het *vrije verkeer* tussen verdachte en raadsman, maar de onderzoeksrechter kon dit recht bij gemotiveerde beschikking gedurende een termijn van drie dagen uitsluiten. De verdachte was

56. Duitse StPO § 136; MEYER, o.c., 675.

57. BAKER, L., *Miranda, Crime, Law and Politics*, New York, Atheneum, 1985, 409; GALLOWAY, J., o.c., 122-127 en NAEYE, J., *Een advocatenbalie op het politiebureau?*, in FUNAUT, C., o.c., 114-115.

58. Zie *supra*, C.

dan volledig het contact met de buitenwereld, met inbegrip van zijn advocaat ontzegt.⁵⁹

Nadat deze regeling in de nationale rechtspraak de laatste jaren reeds zware kritiek te verduren kreeg⁶⁰ werd de regering actief en diende een wetsontwerp in. Aan dit initiatief gingen enkele uitspraken van de E.C.R.M. vooraf. In de zaak Can⁶¹ veroordeelde de Commissie Oostenrijk omdat de Oostenrijkse wetgeving het contact met de raadsman slechts onder toezicht van een ambtenaar van justitie toeliet.⁶² Immers '(...) the accused will find it difficult to express himself freely vis-à-vis his lawyer (...) because he must fear that his statements might be used, or might be forwarded for use against him by the court official who is listening, Under these circumstances it is e.g. difficult to discuss with the accused the question whether or not it is advisable in his case to make use of the right of silence, or to make a confession. (...) (T)he accused may also find it difficult to raise complaints regarding his detention as he may fear reprisals if he expresses them in the presence of the court official. (...) Therefore it is *in principle incompatible with the right to effective assistance by a lawyer as guaranteed by Article 6 § 3 (c) of the Convention to subject the defense counsel's contacts with the accused to supervision by the court*'.⁶³ In de zaak Ruga veroordeelde de Commissie Italië omdat de verdachte gedurende meer dan 4 dagen opgesloten was zonder de mogelijkheid een raadsman te benoemen en met hem te communiceren.⁶⁴ Noch in de zaak Can (minnelijke schikking) noch in de zaak Ruga (intrekken van de klacht) kon het Hof zich erover uitspreken.

De regering koos in haar ontwerp een formulering die nauw aansloot bij de eisen van de Commissie, namelijk een *principiële vrijheid van verkeer* met enkele welomschreven uitzonderingen voor o.a. georganiseerde misdaad. De Commissie had in haar overwegingen immers gesteld dat '(...) this does not mean, however, that the right to free contact with the defense counsel must be granted under all circumstances and without any exceptions. Any restrictions in this respect must however remain an exception to the general rule, and therefore need to be justified by the special circumstances of the case'.⁶⁵ Als voorbeelden van dergelijke beperkingen geeft de Commissie terrorisme en 'un risque particulier pour le public' aan. In

59. DE NAUW, A. en VANDEBOTERMET, M., *Het bevel tot aanhouding*, in VERSTRAETEN, R. en DECLERCO, *Voorlopige Hechtenis*, 89-139.

60. Zo b.v. het arrest van de K.I. van Gent dat deze praktijk als schending van art. 6, § 3 (c) veroordeelde. Zie ook DE NAUW, A. en VANDEBOTERMET, M., *l.c.*, 125. Het is sowieso al merkwaardig dat de regering dit initiatief nam gezien het Hof van Cassatie in zijn vaste rechtspraak art. 6, § 3 c niet van toepassing achtte op de voorlopige hechtenis; Cass., 30 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1174, met noot.

61. Zie *supra*.

62. Richtingwijzend zijn ook de bepalingen van Rule 93 of the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Resolution (73)5 van de Raad van Ministers van de Raad van Europa) die stelt dat '(...) an untried prisoner shall be entitled, as soon as he is imprisoned to choose his legal representation... and to receive visits from his legal adviser with a view to his defense and to prepare and to hand to him, and to receive, *confidential instructions*. Interviews between the prisoner and his legal adviser may be within sight but *not within hearing*, either direct or indirect, *of a police or institution official*'. De Commissie beroept er zich trouwens op: E.H.R.M., 30 september 1985, geciteerd, 16, § 51.

63. *Ibidem*, 19, § 57.

64. E.C.R.M., 7 mei 1987, Ruga, geciteerd, 81, § 4.

65. Zoals geciteerd door het Hof in E.H.R.M., 30 september 1985, geciteerd, Can, 19, 57.

een vlaag van goede wil voor de rechten van de verdachte schoof de wetgever – via een amendement van de Senaatscommissie – de mogelijke beperkingen terzijde.⁶⁶ Artikel 20 van de Wet op de voorlopige hechtenis *verbiedt nu elke beperking op het recht op vertrouwelijk en vrij overleg* tussen raadsman en verdachte.

Daarmee heeft België een echte *koploperfunctie in Europa* ingenomen. Geen ander land garandeert het verbod van opsecretstelling op een *dergelijk absolute wijze*.⁶⁷ Het eerste lid van artikel 50 Ndlse Sv. waarborgt het vrije verkeer tussen de raadsman en de rechtens van zijn vrijheid beroofde verdachte. In twee gevallen echter is het recht op bijstand van een advocaat ondergeschikt gemaakt aan het belang van de materiële waarheidsvinding. Ten eerste bij poging om het recht te misbruiken om de waarheidsvinding te saboteren en ten tweede indien het gevaar bestaat dat de verdachte bekend wordt met een omstandigheid waarvan hij in het belang van het onderzoek tijdelijk onkundig moet blijven.

Het vrije verkeer tussen de van zijn vrijheid beroofde verdachte en zijn raadsman wordt in Duitsland geregeld door § 148 StPO.⁶⁸ Deze principiële vrijheid kent slechts één uitzondering en dat is terrorisme (§ 148, 2 StPO). Ook Oostenrijk, dat zijn StPO heeft moeten wijzigen na de Straatsburgse beschikking, kent de verdachte *geen absoluut doch slechts een principieel recht van vrij verkeer* toe.⁶⁹ Frankrijk heeft zijn wetgeving recent aangepast en van meer waarborgen voor de verdachte voorzien. Men moet er echter op wijzen dat de Franse 'garde à vue' niet helemaal overeenkomt met de Belgische voorlopige hechtenis. De 'garde à vue' is immers ook mogelijk voor getuigen en andere personen die te maken hebben met het misdrijf. De persoon in 'garde à vue' geniet voortaan twee rechten: 'la demande de s'entretenir avec un avocat' en 'l'entretien avec l'avocat'. Twintig uur na de aanhouding heeft hij het recht om een onderhoud met zijn raadsman te vragen. In geval van terrorisme en drugcriminaliteit kan de opsecretstelling tot 48 uur bedragen. Het onderhoud met de advocaat mag maximum 30 minuten duren.⁷⁰

Bij wijze van conclusie kan men stellen dat België veel verder is gegaan dan vereist was. Bij de afweging van enerzijds de belangen van de waarheidsvinding en anderzijds de rechten van de verdachte heeft men m.i. geen goede middenweg gekozen.

D. ONDERZOEKSRECHTER / GERECHTELIJK ONDERZOEK

De *onderzoeksrechter* leidt het *gerechtelijk onderzoek* dat evenals het opsporingsonderzoek schriftelijk, geheim⁷¹ en niet-tegensprekelijk verloopt. Zijn taken en be-

66. DE NAUW, A. en VANDEBOTERMET, M., *l.c.*, 127.

67. Voor een exhaustieve analyse: MOLS, G., 'Een Europese schets van het vrij verkeer tussen gedetineerde en raadsman', in MOLS, G. (ed.), *Schaduwten vooruit*, Arnhem, Gouda Quint, 1992, 79-124.

68. 'Dem Beschuldigten ist, auch wenn er sich nicht auf freiem Fuss befindet, schriftlicher und mündlicher Verkehr mit dem Verteidiger gestattet'.

69. § 45. (3) Oostenrijkse StPO: 'Der verhaftete Beschuldigte darf sich mit seinem Verteidiger ohne Beisein einer Gerichtsperson besprechen'. Alleen in het geval van 'Verdrückungsgefahr' of gevaar van 'Beeinträchtigung von Beweismitteln' bestaan er uitzonderingen.

70. BOYER, J., 'Actualités', *La semaine juridique, JCP*, 10 februari 1993, inleidende pagina's.

71. Voor een kritiek zie VAN HILLE, W., 'Het ontegensprekelijk onderzoek', *Annalen voor Rechtsgeleerdheid en Staatswetenschappen*, 1940, Deel VIII, nr. 33, 15-29. Hij concludeert (p. 18): 'Het onderzoek is geheim (met uitzondering der journalisten welke altijd meer over de zaak weten als de onderzoeksrechter en de betichte zelf).'

voegdheden worden, hoewel niet exhaustief, tamelijk volledig geregeld in het Wetboek van Strafvordering. De meeste van zijn onderzoeksbevoegdheden inzake huiszoekingen, verhoren enz. delegeert hij aan de politie. Ook in deze fase van het strafproces beschikt de verdachte over het *zwijgrecht* en het *recht op bijstand van een advocaat* maar niet over het recht op diens *aanwezigheid bij de verhoren* door de onderzoeksrechter of de gedelegeerde politieagenten. Het Hof van Cassatie heeft dit in alle duidelijkheid beslist.⁷² Dit zou normaal gezien ook niet nodig zijn, gezien de onderzoeksrechter idealiter een soort *neutrale schakel* in het strafproces is, die objectief zijn onderzoek doorvoert. Hij onderzoekt elementen zowel in het na- als in het voordeel van de verdachte⁷³, altijd op zoek naar mogelijke *bezwaren*. Zijn functie als rechter impliceert het respect voor het *presumptio innocentiae*-beginsel.

Dit alles klinkt mooi indien de realiteit zou beantwoorden aan de zojuist beschreven filosofie. Weliswaar is het zo dat men zich bij elk van de verhoren kan beroepen op zijn *zwijgrecht* maar ten eerste '(weet) iedere ervaren politiemans of onderzoeksrechter overigens dat, zelfs zonder folteringen, een heel arsenaal van middelen bestaat om, zonder sporen na te laten, bekentenissen te verkrijgen'⁷⁴ en ten tweede wordt deze houding in strijd met het *presumptio innocentiae*-beginsel zwaar gesanctioneerd door een totaal verlies aan geloofwaardigheid. Zelfs het Hof gelooft niet in de onpartijdigheid (in de objectieve zin) van de Belgische onderzoeksrechters.⁷⁵ Indien dit zo is, komt dan niet de *equality of arms* in het gedrang?

Niettegenstaande de twijfels aan de onpartijdigheid van het gerechtelijk onderzoek komt de Belgische rechtsleer haast eensgezind tot de conclusie dat er noch uit de bepalingen van het E.V.R.M., noch uit de Europese rechtspraak een recht op aanwezigheid van de raadsman bij de verhoren valt af te leiden.⁷⁶ Een van de argumenten bestaat in een a contrario redenering op de zaak Can. In deze zaak gaf de Commissie een opsomming van de functies van een advocaat tijdens de *preliminary investigations*. 'They include not only the preparation of the trial itself, but also the control of the lawfulness of any measure taken in the course of the investigation proceedings, the identification and presentation of any means of evidence (...), further assistance to the accused regarding any complaints which he might wish to make to his detention concerning its justification, length and conditions, and generally to assist the accused who by his detention is removed from his normal environment'.⁷⁷ VERLINDEN vermeldt een beslissing van de Commissie in het jaar 1971 – dus vóór de zaak Can – die oordeelt dat de verdachte geen recht heeft op overleg met zijn advocaat bij het verhoor door de politie en een arrest van het

72. Zie het *supra* vermelde arrest van het Hof van Cassatie van 20 september 1976: 'Art. 6 heeft betrekking op de rechten van verdediging voor de vonnisgerechten en niet op de uitoefening van deze rechten voor de onderzoeksgerechten'.

73. VERSTRAETEN, R., *Handboek Strafvordering*, Antwerpen, Maklu, 1993, nr. 398, 151.

74. Deze gevleugelde woorden komen trouwens uit de pen van een onderzoeksrechter: CHÂTEL, M., 'Het Europese Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en het Belgische Strafrecht', *R.W.*, 1979-80, 1477.

75. VERLINDEN, J., *l.c.*, 18, met verwijzing naar De Cubber-zaak.

76. B.v. FIJNAUT, C., *o.c.*, 41; VERLINDEN, J., *l.c.*, 16 en LEMMENS, P., 178.

77. E.H.R.M., 30 september 1985, Can versus Oostenrijk, geciteerd, 18, 55.

Hof in verband met artikel 5, § 3 waarin werd beslist dat de aanwezigheid van een advocaat bij het verhoor van de verdachte niet vereist is.⁷⁸

Zonder het gezag van de zojuist aangehaalde auteurs te willen in twijfel trekken en ook zonder hier een standpunt te willen kiezen in de aloude discussie over de al dan niet aanwezigheid van de raadsman bij verhoren, wens ik toch enkele nuances naar voren te brengen. De fase van het *gerechtelijk onderzoek* neemt een uitermate belangrijke positie in in het geheel van de strafprocedure. Indien hier het recht van verdediging geschonden wordt, b.v. door een onrechtmatig verkregen bekentenis, is het bijna uitgesloten om nog een *eerlijke behandeling in globo* mogelijk te maken. Bij het strikt doortrekken van de hoger beschreven *crucial importance approach* zou het m.i. dan ook niet uitgesloten zijn dat de Commissie tot een schending van artikel 6, § 1 *juncto* artikel 3 E.V.R.M. zou besluiten. Welnu, het enige mogelijke systeem om de *Waffengleichheit* ook tijdens het verhoor te waarborgen, is het institutionaliseren van de aanwezigheid van de raadsman.⁷⁹ Uit het arrest van het Hof van Cassatie van 10 september 1974 kan men een tweede argument afleiden. Omwille van de – louter formele – aanwezigheid van de raadsman bij het horen van zijn cliënt besloot het Hof van Cassatie dat de rechten van verdediging niet konden geschonden zijn. De advocaat was er immers als waakhond.⁸⁰ Een laatste nuance is dat verdachten zonder aanwezigheid van hun raadsman '(...) are likely to be put into a highly anxious and emotional state when formally charged (...). This is the point when at a state of increased suggestibility (...) such persons may be most easily persuaded to make statements which do not only increase their chances of conviction, but even sometimes incriminate them unjustly'.⁸¹ ANDREWS citeert zelfs een Amerikaanse strekking van auteurs die ervoor pleit de aanwezigheid van de raadsman verplicht te stellen. De verdachte mag er zelfs niet aan verzaken.

Ook in het buitenland heeft de discussie voor veel beroering gezorgd.⁸² De Franse Code de Procédure Pénale bepaalt sinds 4 januari 1993 uitdrukkelijk dat de advocaat niet aanwezig mag zijn bij de verhoren van politie of onderzoeksrechter.⁸³ In Nederland wordt een en ander geregeld door artikel 186, lid 1 Sv. 'Voor zoover het belang van het onderzoek dit naar het oordeel van de rechter-commissaris niet verbiedt, is de raadsman bevoegd de verhoren bij te wonen. (...) Indien de raadsman het verhoor bijwoont, noodigt de rechter hem uit (...) de vragen op te geven die hij wenscht te zien gesteld'.⁸⁴ In Duitsland is er geen *recht* op aanwezigheid van de raadsman bij de verhoren. Het is evenwel niet verboden dat hij ze bijwoont.⁸⁵ Het is zelfs zo dat uit deze mogelijkheid een algemeen aanvaarde praktijk

78. VERLINDEN, J., *l.c.*, 16, met verwijzing naar E.C.R.M., besl. ontv., 12 juli 1971, X / Duitse Bondsrepubliek, 4483/70, Rec., vol. 38, (77), 78-79 en E.H.R.M., 4 december 1979, Schiesser, *Publ. Cour.*, Reeks A, vol., 34, p. 16, § 36.

79. FJNAUT, C., *o.c.*, 33.

80. Cass., 10 september 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 36.

81. ANDREWS, J., *Human rights in criminal procedure*, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1982, 43.

82. Zie o.a. FJNAUT, C., *o.c.* en SCHAFFER, H.C., 'Zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei polizeilichen Vernehmungen des Beschuldigten', *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1977, 1980-1982.

83. Art. 10 van de Wet van 4 januari 1993 houdende hervorming van S.v.; BOYER, J., *l.c.*, inl.

84. Dit dus in tegenstelling met het verbod van aanwezigheid bij het politieverhoor in HR, 22 september 1983, *NJ*, 1984, 805.

85. FJNAUT, C., *o.c.*, 45.

is gegroeid, zodat nu quasi elke verdachte de aanwezigheid van zijn raadsman kan verkrijgen *zo hij dit eist*. Dit is pas mogelijk omdat de opperste Duitse rechtbank er een unieke visie over de advocaat op na houdt: 'Der Rechtsanwalt nimmt als *unabhängiges Organ der Rechtspflege* (...) Der Sinn der Verteidigung, den Beschuldigten vor einer ungerechten, unangemessenen Behandlung zu bewahren, erweist den Verteidiger als *Mitträger der Wahrheits- und Gerechtigkeitsfindung*'.⁸⁶ De advocaat wordt – althans formeel – niet als tegenstrever beschouwd. Krachtens §§ 136 moet de onderzoeksrechter de verdachte attent maken op zijn zwijgrecht en het recht op rechtsbijstand en tevens uitdrukkelijk het opzet van zijn verhoor te kennen geven.

Opmerkelijk is hoe de situatie geregeld is in Italië en Spanje.⁸⁷ Beide landen geven de advocaat het recht om aanwezig te zijn bij het verhoor door de politie of onderzoeksrechter van hun cliënt. Ook in de Scandinavische landen kent men dit recht.⁸⁸

Samengevat lijkt België voorsnóg in overeenstemming te zijn met de eisen van E.V.R.M. en E.H.R.M./E.C.R.M. Toch moet men ook hier wijzen op het feit dat het Hof recent geen kans kreeg om zich over deze kwestie uit te spreken. Gezien het feit dat de interpretatie van het Hof van het *toepassingsgebied van artikel 6 'weit und dynamisch'*⁸⁹ is en sommige rechters van het E.H.R.M. uit landen komen waar de aanwezigheid van de raadsman een vanzelfsprekendheid is, lijkt het mij niet uitgesloten dat de Straatsburgse rechtspraak zou kunnen keren.

E. VONNISGERECHT

Hier dient in eerste instantie te worden onderzocht of het Belgische recht de vrijheid van de beschuldigde eerbiedigt om te kiezen tussen de *Selbstverteidigung* en de *Wahlverteidigung*. De ratio legis van deze bepaling ligt in de vrees voor een 'ontmondiging' van de verdachte door een verplichte toevoeging van een raadsman.⁹⁰ In België is er een principiële vrijheid. Tenzij de wet het anders bepaalt, rust er geen verplichting op de verdachte om aan een advocaat een mandaat te geven. Slechts in vier gevallen werd dit gedaan. Het best gekende voorbeeld is dit van de verplichte bijstand voor het Hof van Assisen.⁹¹

Op de vraag of dit de bepalingen van artikel 6, § 3 (c) schendt, dat immers geen enkele beperking voorziet, zou ik ontkennend antwoorden. Artikel 6 formuleert minimumrechten van de verdachte en verbiedt de lidstaten geenszins om diens rechten – b.v. door toevoeging van een raadsman – uit te breiden. '*Le droit de se défendre en personne n'est pas un droit absolu. L'obligation de se faire représenter par un avocat, singulièrement devant les juridictions supérieures, n'est pas in-*

86. PFEIFFER, L., *StPO, Karlsruher Kommentar*, München, 1987, 25; Het Bundesverfassungsgericht stelt trouwens dat de verdachte niet het *object van de procedure* (*Objekt des Verfahrens*) mag zijn, doch als partij de mogelijkheid krijgen om in te grijpen in het verloop en het resultaat van het proces, BVfGE 26, 66, 71 = NJW 1969, 1423.

87. Voor een uitgebreide rechtsvergelijkende studie: FIJNAUT, *o.c.*, 32-35.

88. FIJNAUT, C., *l.c.*, 550.

89. Zie *supra*.

90. MEYER, K., *o.c.*, nr. 507 en VELU, J. en ERGEC, R., *o.c.*, 494.

91. Voor een bespreking zie MERCKX, D., *l.c.*, 511-512.

compatible avec la Convention'.⁹² Andere landen zoals Duitsland verplichten de bijstand van zodra vaststaat dat '(...) sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann' (§ 140 II dStPO).

Hoewel het Hof dit toelaat, stelt de Belgische wet geen beperkingen aan het aantal raadslieden en is daardoor zelfs ruimer dan andere landen.⁹³ Bij arrest van 22 september 1982 heeft het Hof van Cassatie beslist dat '(a)rt. 6, 3, c, krachtens hetwelk eenieder, die wordt vervolgd wegens een strafbaar feit, het recht heeft zich zelf te verdedigen of de bijstand te hebben van een raadsman naar eigen keuze, wordt niet geschonden indien (...) de beklaagde, wiens recht van verdediging overigens ten volle was geëerbiedigd, door *zijn toedoen* niet werd bijgestaan door een advocaat'.⁹⁴ Deze vanzelfsprekende beperking vindt steun in de rechtspraak van de Commissie.⁹⁵

De positie van de verdachte voor het Belgische vonnisgerecht schendt artikel 6, § 3 (c) niet. De Belgische wet maakte zelfs geen gebruik van de mogelijkheid om het aantal advocaten voor één verdachte te beperken. Men moet echter waarschuwen voor het geloof dat het eerbiedigen van het recht op rechtsbijstand in deze laatste fase van het strafprocesrecht eventuele schendingen ervan in op vroegere tijdstippen goedgemaakt. Wel integendeel! Eens in een voorafgaande etappe van de strafprocedure de rechten van verdediging, in casu het recht op rechtsbijstand, miskend werd, is een *faire en eerlijke* afloop haast uitgesloten.

IV. Besluit

A. HUIDIGE BELGISCHE SITUATIE

De Belgische wetgever is m.b.t. het *recht op rechtsbijstand* niet opgetreden. Zelfs het recht *an sich* wordt niet vermeld in het Wetboek van Strafvordering. Alleen de Wet op de Voorlopige Hechtenis vormt een uitzondering op deze toestand. Daarbij valt op dat in deze wet de verdachte zelfs meer rechten toegekend krijgt dan het E.H.R.M. vereist. Op alle andere vlakken heeft de rechtspraak dit vacuüm moeten vullen. In plaats van een moedige interpretatie van het E.V.R.M. in het voordeel van de verdachte, bleef de Belgische rechter uitermate terughoudend en sceptisch t.a.v. teleologische interpretaties.

Hoewel België nog nooit is veroordeeld door het Hof voor een schending van artikel 6, § 3 (c) en hoewel de fase voor het vonnisgerecht perfect in overeenstemming is met de eisen van het E.V.R.M., kan ik mij toch niet van de indruk ontdoen dat de *gelijkheid van wapens meer fictie is dan realiteit*. Het feit dat de verdachte niet wordt gewezen op zijn *recht op rechtsbijstand en het samenhangende zwijgrecht* alsmede de bedenkelijke (on)partijdigheid van de onderzoeksrechters, brengt de gelijkheid uit het evenwicht. Het lijkt echter niet denkbeeldig dat het Hof de reikwijdte van de waarborgen van artikel 6 in de nabije toekomst zal uitbreiden tot

92. VELU, J. en ERGEC, R., *o.c.*, 494.

93. De Commissie oordeelde dat een beperking tot drie raadslieden zoals in het geval van § 137 dStPO verenigbaar is met het Verdrag E.C.R.M., 8 juli 1978, 7572/7586/7587/76, DR, 14, 64.

94. Cass., 22 september 1982, Arr. Cass., 1982-83, 119-120.

95. MEYER, K., *o.c.*, 509.

het vooronderzoek en België – bij gebrek aan anticipatie – flagrant in overtreding zal zijn.

B. DE LEGE FERENDA

Het is absoluut noodzakelijk dat de wetgever optreedt. De fundamentele rechten van verdediging moeten coherent wettelijk geregeld worden. België is vrijwel het enige land dat dit nog niet heeft gedaan. Een wettelijke regeling verhoogt de rechtszekerheid en staat helemaal niet gelijk aan een uitbreiding van deze rechten. In de wet kunnen immers ook – limitatief te interpreteren – uitzonderingen worden ingeschreven. Wel zou ik – zoals de meeste landen reeds hebben gedaan – de verplichte kennisgeving van het *recht op rechtsbijstand en het zwijgrecht* in de wet opnemen om ook in de toekomst niet tegen de Straatsburgse rechtspraak in te gaan. Ook over meer waarborgen voor de onderzoeksrechter dient nagedacht te worden. Het hoger beschreven systeem van onze Noorderburen – de facultatieve aanwezigheid van de raadsman met beperkte uitzonderingen – lijkt me het perfect evenwicht tussen het *recht op rechtsbijstand* en de *belangen van de waarheidsvinding*.⁹⁶

Veel pleit voor het idee van een *uniforme regeling* op supranationaal niveau. Het Hof is er – door externe omstandigheden – nog niet in geslaagd om een eigen duidelijke approach uit te werken. Ook weet men niet wanneer het daartoe de kans zal krijgen? Het initiatief zou dus door de Raad van Europa moeten genomen worden. LENSING stelt voor een en ander door een aanvullend protocol op het E.V.R.M. te regelen. Meteen zouden de grote verschillen tussen de lidstaten wegvallen. Hij concludeert dat '(h)et uitgangspunt van een dergelijke regeling mag zijn (...) dat het grondrecht van een eerlijke berechting niet tot 'schone' schijn beperkt dient te blijven'.⁹⁷

96. Zie ook CHÂTEL, M., *l.c.*, 1478.

97. LENSING, J., *l.c.*, 30-31.