Verdediging : een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken

Citation for published version (APA):

Spronken, T. N. B. M. (2001). *Verdediging : een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Kluwer.
<https://doi.org/10.26481/dis.20010420ts>

Document status and date:

Published: 01/01/2001

DOI:

[10.26481/dis.20010420ts](https://doi.org/10.26481/dis.20010420ts)

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

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

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

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Verdediging

Verdediging

*Een onderzoek naar de normering van het
optreden van advocaten in strafzaken*

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan
de Universiteit Maastricht,
op gezag van de Rector Magnificus,
Prof.dr. A.C. Nieuwenhuijzen Kruseman
volgens het besluit van het College van Decanen,
in het openbaar te verdedigen
op vrijdag 20 april 2001
om 14.00 uur

door

Taru Nicolina Bertha Maria Spronken

Promotores:

Prof.mr. G.P.M.F. Mols

Prof.mr. E. Prakken

Beoordelingscommissie:

Prof.mr. A.W. Heringa (voorzitter)

Prof.mr. C.P.M. Cleiren (Universiteit Leiden)

Mr. G. de Jonge

Prof.mr. Th.A. de Roos (Universiteit Leiden)

Prof.mr. E.Ph.R. Sutorius (Universiteit van Amsterdam)

Inhoudsopgave	
Lijst van Afkortingen	XV
Inleiding	1
1. De dilemma's van de strafrechtadvocaat	1
2. Vraagstelling	2
3. Behandelplan	3
4. Terminologie: advocaat en verdediging	4
5. Datum afronding onderzoek en aanduiding twintigste eeuw	5
Hoofdstuk 1	
Opvattingen over de taak en rol van de advocaat in strafzaken	7
1.1 <i>Inleiding</i>	7
1.2 <i>De positie van de verdediging in het strafproces vóór 1926</i>	8
1.2.1 De argumenten voor en tegen de uitbreiding van de rechten van de verdediging	11
1.2.1.1 Is rechtsbijstand noodzakelijk?	13
1.2.1.2 Waarheidsvinding en rechtstatelijkheid	15
1.2.1.3 De taak van de advocaat	18
1.2.1.4 De functie van partijdigheid bij de waarheidsvinding	21
1.2.1.5 De grenzen van de partijdigheid	26
1.3 <i>Het Wetboek van Strafvordering 1926: keerpunt voor de verdediging in strafzaken</i>	28
1.3.1 De parlementaire discussie over het zwijgrecht, de rechtsbijstand en het vrij verkeer	30
1.4 <i>De anticlimax na 1926</i>	37
1.5 <i>De jaren dertig: de invloed van totalitaire stromingen</i>	42
1.5.1 De verdediger als magistraat	44
1.5.2 De advocatuur en de verdediging in de jaren dertig en veertig	46
1.6 <i>De jaren vijftig: advocatuurlijke desinteresse voor het strafrecht</i>	48
1.6.1 De invloed van schuld of onschuld op de strategie van de raadsman	50

1.6.2	Ambtelijke verdediging in het vooronderzoek?	52
1.6.3	Verdediging in een patriarchaal strafproces	54
1.7	<i>Het nieuwe elan van de jaren zestig en zeventig</i>	56
1.7.1	Verdediging in de aanval	61
1.7.1.1	De crisis in de rechtspleging	62
1.7.1.2	De rechtsvormende rol van de advocaat in strafzaken: een nieuw aspect van onafhankelijkheid	63
1.7.1.3	De rol en de taken van de raadsman	64
1.7.1.4	Concrete werkzaamheden	65
1.7.1.5	De verdeling van rechtsbijstand	68
1.7.1.6	Optimale taakvervulling	69
1.7.2	Reacties op Verdediging in de aanval	70
1.7.3	Hulpverlening en procesbewaking	72
1.7.4	Het strafproces als waardeconflict	73
1.7.5	Het dominus litis principe	74
1.8	<i>Politieke strafzaken</i>	75
1.8.1	Verdediging in politieke strafzaken	78
1.8.2	Het Maagdenhuisproces	79
1.8.3	De verdediging van leden van de RAF	82
1.8.4	Kritiek vanuit Nederland	84
1.8.5	Solidariteit en identificatie	86
1.8.5.1	Neutraliteit als waarborg voor vrijheid	89
1.8.5.2	Politisering als instrument van emancipatie	91
1.8.5.3	Het subtiële verschil tussen solidariteit en volledige identificatie	94
1.8.5.4	Politieke verdediging en professionele onafhankelijkheid	95
1.8.6	Gevolgen van politieke betrokkenheid van advocaten	98
1.9	<i>Uitbreiding rechtspositie verdachte in het vooronderzoek</i>	101
1.9.1	Het politieverhoor als kritieke fase	105
1.9.2	Advocaat bij het politieverhoor?	107
1.9.2.1	Een chronologisch overzicht van de ontwikkelingen in 1969-1988	108
1.9.2.2	De reikwijdte van de artikelen 28 en 50 Sv	112
1.9.2.3	Argumenten voor en tegen advocaat bij politieverhoor	114
1.9.2.4	Bevoegdheden bij politieverhoor	119
1.9.2.5	Het (gebrekkige) functioneren van de advocaat in het vooronderzoek	120
1.10	<i>De verzakelijking van de jaren tachtig en negentig</i>	125
1.10.1	Juridisering van het strafproces: versterking van de positie van de verdediging	125
1.10.2	Professionalisering van de verdediging	129
1.10.2.1	Stichting Strafrechtpraktijk	131
1.10.2.2	Specialisatie, publiciteit en reclame	133

1.10.3	Intensivering van de criminaliteitsbestrijding: crime control	137
1.10.3.1	De wetgevingsmachine op stoom	139
1.10.3.2	De IRT-affaire	140
1.10.3.3	De relativisering van processuele sancties	143
1.10.4	Alerte verdediging	146
1.10.5	Polarisering	151
1.11	<i>Moralisering: beroepsethiek in het centrum van belangstelling</i>	155
1.11.1	Ethische perikelen van de strafrechtadvocaat: grenzen van partijdigheid	158
1.11.2	Misbruik van bevoegdheden	163
1.11.3	Tarzangedrag en publiciteit	164
1.12	<i>Criminalisering van de advocaat</i>	166
1.12.1	Gestolen gegevens à décharge	167
1.12.2	Cautie aan de advocaat ter terechtzitting	170
1.12.3	Negatieve beeldvorming	172
1.12.4	Betrokkenheid advocaten bij georganiseerde criminaliteit	173
1.12.5	Zelfregulering	179
1.12.5.1	Helende advocaten	182
1.12.5.2	Richtlijnen ter voorkoming van betrokkenheid van advocaten bij criminele handelingen	187
1.13	<i>Samenvatting en conclusies</i>	191
1.13.1	Naar een nieuw Wetboek van Strafvordering	191
1.13.2	Van de jaren dertig tot de jaren zestig	193
1.13.3	De jaren zestig en zeventig	195
1.13.4	Van idealisme naar pragmatisme, het einde van het millennium	197
1.13.5	De betekenis van partijdigheid en onafhankelijkheid	199

Hoofdstuk 2

Strafprocessuele normen voor het optreden van de advocaat		201
2.1	<i>Inleiding</i>	201
2.2	<i>Relevante strafprocessuele bepalingen in het Wetboek van Strafvordering</i>	202
2.3	<i>Organisatorische bepalingen</i>	203
2.3.1	Wie kan als raadsman optreden	203
2.3.2	Functionele betekenis van de term 'raadsman' versus de term 'advocaat'	204

2.3.3	Vrije advocatenkeuze	206
2.3.4	Stelbrief	207
2.3.5	Toevoegingsregeling	207
2.3.5.1	Ambtshalve toevoeging	208
2.3.5.2	De piketregeling	210
2.3.5.3	Toevoeging op verzoek	210
2.3.5.4	De bij de toevoeging betrokken instanties	212
2.3.5.5	Kennisgeving van toevoeging	212
2.3.5.6	Verschillende toevoegingsvoorwaarden	213
2.3.5.7	De invloed van de inschrijvingsvoorwaarden ingevolge de WRB	214
2.3.5.8	Beroepsmogelijkheden	217
2.3.5.9	Vrije advocatenkeuze bij toevoegingen?	221
2.4	<i>Bepalingen die betrekking hebben op bijstand</i>	223
2.4.1	Geen verplichte rechtsbijstand	224
2.4.2	Artikel 28 Sv als beginselbepaling	225
2.4.3	Bijstaan	227
2.4.3.1	Onderscheid horen - verhoren: de verdachte als procespartij	228
2.4.3.2	Betekenis van 'bijstaan' en 'in verbinding stellen' in artikel 28 Sv	229
2.4.3.3	Bijstaan in enge en ruime betekenis	230
2.4.3.4	In verbinding stellen	231
2.4.3.5	Jurisprudentie over artikel 28 Sv	232
2.4.3.6	Inhoud bijstand	235
2.4.4	Horen	237
2.4.4.1	Moet ook de raadsman worden gehoord?	238
2.4.4.2	Horen: een bevoegdheid van de verdachte?	238
2.4.5	Bijwonen	240
2.4.6	Verzoeken	242
2.4.7	Overeenkomstige bevoegdheden	245
2.4.7.1	Betekenis toekenning overeenkomstige bevoegdheden	246
2.4.7.2	De mini-instructie	248
2.4.7.3	Verhouding raadsman-verdachte	250
2.4.7.4	Vrijheid van pleidooi	254
2.4.7.5	Kennisneming en kennisgeving van processtukken	256
2.4.7.6	De praktische uitwerking van het recht op kennisneming	257
2.4.7.7	Wettelijke uitzonderingen op de regel: kennisneming komt alleen aan de raadsman toe	260
2.4.7.8	'Interne openbaarheid' in de relatie tussen raadsman en verdachte	262
2.4.7.9	De jurisprudentiële uitzondering op de regel: het Dev Sol-arrest	266
2.4.7.10	Inzagerecht en vertrouwensrelatie	270
2.4.7.11	Kennisgeving van processtukken aan de raadsman	271
2.4.8	Bevoegdheden die uitsluitend aan de verdachte zijn toegekend	272
2.4.9	Vertegenwoordigen bij het aanwenden rechtsmiddelen	275
2.4.9.1	'Op zijn woord geloofd'	276

2.4.9.2	Geen machtiging: advocaat strafbaar wegens valselijk laten opmaken van een akte?	282
2.4.10	Bevoegdheden die uitsluitend aan de raadsman zijn toegekend	283
2.4.10.1	Naar een verplichte procesvertegenwoordiging in cassatie	284
2.4.10.2	De verantwoordelijkheid van de raadsman in cassatiezaken	286
2.5	<i>Tussenbalans</i>	287
2.5.1	De organisatie van de rechtsbijstand	288
2.5.2	Het recht op bijstand	290
2.5.3	Vrijheid van verdediging	291
2.5.4	Verhouding raadsman-verdachte	292
2.5.5	Bijstand is zelfstandige aangelegenheid	292
2.5.6	Eenheid van de verdediging	293
2.5.7	De systematiek van toekenning van bevoegdheden	294
2.6	<i>Verdediging van de afwezige verdachte</i>	296
2.6.1	Vertegenwoordigen en verdedigen	296
2.6.2	Verdediging bij verstek	298
2.6.3	De huidige regeling van bijstand bij afwezigheid van de verdachte	302
2.6.4	Kritische kanttekeningen	305
2.6.4.1	Het recht op aanwezigheid en verdediging	305
2.6.4.2	De machtiging	308
2.6.4.3	Bijstand bij verstek toch mogelijk; voordelen executie marginaal	310
2.6.5	Samenvatting verdediging afwezige verdachte	314
2.7	<i>Normering van het gebruik van (proces)bevoegdheden</i>	316
2.7.1	Voorbeelden van vermeend misbruik van bevoegdheden	316
2.7.2	Heeft de raadsman een publieke taak?	320
2.7.3	Kan de verdachte misbruik maken van zijn bevoegdheden?	324
2.7.4	Handhaving van de procesorde	330
2.7.5	Samenvatting van de betekenis van beginselen van behoorlijke procesorde voor de verdediging	332
2.8	<i>De uitoefening van de rol van verdediger</i>	334
2.9	<i>Vrij verkeer</i>	335
2.9.1	Eerste beperkingsgrond artikel 50 lid 1 Sv: het 'vereichte toezicht' en de huishoudelijke reglementen	337
2.9.1.1	Vrij verkeer tijdens verblijf op politiebureau	339
2.9.1.2	Door derden gekozen advocaat	340
2.9.1.3	De Penitentiaire Beginselenwet	342
2.9.1.4	Rechtsmiddelen	344
2.9.1.5	Toegang tot de cliënt in een penitentiaire inrichting	345
2.9.1.6	De bloktijdenregeling	346
2.9.1.7	Toezicht bij bezoek	349

2.9.1.8	Telefonisch contact	356
2.9.1.9	Correspondentie	360
2.9.1.10	Het primaat van de organisatie van de penitentiaire inrichting	362
2.9.2	Tweede beperkingsgrond artikel 50 lid 1 Sv: zonder dat het onderzoek mag worden opgehouden	364
2.9.3	Beperkingen op grond van artikel 50 lid 2 Sv	367
2.9.3.1	Misbruik van vrij verkeer	370
2.9.3.2	Omstandigheden waarvan de verdachte tijdelijk onkundig moet blijven	372
2.9.3.3	De consequenties van de beperkende maatregelen op grond van artikel 50 lid 2 Sv	376
2.9.3.4	Artikel 50a Sv	378
2.9.4	Samenvatting vrij verkeer	380
2.10	<i>Het professionele verschoningsrecht</i>	382
2.10.1	Verhouding tussen verschoningsrecht, geheimhoudingsplicht, getuigplicht en aangifteplicht	384
2.10.2	Verschoningsrecht: verschoningsplicht?	388
2.10.3	De invloed van het standpunt van de cliënt	391
2.10.4	De omvang van het verschoningsrecht	393
2.10.4.1	De 'normale' beroepsuitoefening: procesbijstand en advies	394
2.10.4.2	'Toevertrouwd'	397
2.10.5	Het verschoningsrecht en de strafvorderlijke dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden	398
2.10.6	Doorzoeking en inbeslagneming bij een advocaat	401
2.10.6.1	In beginsel geen inbeslagneming van stukken die onder de geheimhoudingsplicht vallen	402
2.10.6.2	Beperkte doorzoekingsbevoegdheid bij verschoningsgerechtigden	405
2.10.6.3	Toestemming verschoningsgerechtigde	408
2.10.6.4	Toetsing reikwijdte geheimhoudingsplicht	410
2.10.6.5	Wie is bevoegd tot doorzoeking en inbeslagneming?	412
2.10.6.6	Procedurale en praktische aspecten van de doorzoeking en inbeslagneming bij een advocaat	412
2.10.7	De geheimhoudingsplicht en de overige dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden	419
2.10.7.1	De positie van de advocaat onder de oude regeling tot opnemen van telecommunicatie	420
2.10.7.2	De positie van de advocaat onder de Wet Herziening GVO en de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden	423
2.10.7.3	De vernietigingsverplichting van artikel 126aa lid 2 Sv	429
2.10.8	Samenvatting verschoningsrecht	432
2.11	<i>Strafprocessuele normen voor het optreden van de advocaat in internationale regelingen</i>	435
2.11.1	Het recht op verdediging in het EVRM	438

2.11.2	De bijstand van de raadsman in relatie tot het recht van de verdachte zichzelf te verdedigen	442
2.11.3	Gekozen versus toegevoegde advocaat	446
2.11.4	Positieve verplichting staat	447
2.11.5	Vrije advocatenkeuze bij toevoeging?	449
2.11.6	Aanvangsmoment recht op bijstand	452
2.11.7	Recht op bijstand tijdens het politieverhoor?	454
2.11.8	Eenheid van verdediging	459
2.11.9	Verantwoordelijkheid raadsman en de vrijheid van verdediging	463
2.11.10	Verhouding raadsman/verdachte	467
2.11.11	Vrij verkeer	469
2.11.12	Beperkingen van het vrij verkeer	471
2.11.13	Verschoningsrecht en artikel 8 EVRM	476
2.11.14	Samenvatting positie verdediging in het EVRM	479
2.11.14.1	De processuele functies van het recht zichzelf te verdedigen en het recht op bijstand	480
2.11.14.2	Positieve verplichting van de staat	480
2.11.14.3	Verantwoordelijkheid, onafhankelijkheid en vrijheid van de verdediging	480
2.11.14.4	Eenheid van de verdediging	481
2.11.14.5	Aanvangsmoment recht op rechtsbijstand	481
2.11.14.6	Het vrij verkeer	482
2.11.14.7	Het verschoningsrecht	483
2.12	<i>Samenvatting en conclusies</i>	483
2.12.1	De van de verdachte afgeleide bevoegdheden	483
2.12.2	De zelfstandige bevoegdheden van de raadsman	485
2.12.3	De bevoegdheden van de verdediging en het EVRM	487

Hoofdstuk 3

Gedragrecht en het optreden van advocaten in strafzaken	491
3.1 <i>Inleiding</i>	491
3.2 <i>De organisatie van de advocatuur en de tuchtrechtspraak</i>	492
3.3 <i>De materiële normen van gedragrecht</i>	493
3.4 <i>Internationale gedragscodes</i>	499
3.5 <i>De uitgangspunten van Gedragsregels voor advocaten 1992</i>	501
3.5.1 De afzonderlijke gedragsregels	502
3.5.1.1 Algemene regels	503

3.5.1.2	Verhouding tot de cliënt	503
3.5.1.3	Optreden in rechte	506
3.5.1.4	Betrekkingen tussen advocaten	507
3.5.1.5	Financiële regels	507
3.5.1.6	Enige praktijkregels	508
3.6	<i>Tuchtrechtspraak met betrekking tot het optreden van advocaten in strafzaken</i>	509
3.7	<i>Procedurele aspecten</i>	511
3.7.1	Ontvankelijkheid officier van justitie of rechter	512
3.7.2	Onrechtmatig verkregen bewijs uit strafzaak	516
3.7.3	Beroepsgeheim en de tuchtprocedure	522
3.8	<i>De relatie tussen de advocaat en de cliënt</i>	526
3.8.1	Advocatenkeuze	526
3.8.2	Betaling en toevoeging	530
3.8.3	Vergoeding van schade ex artikel 591a Sv aan gewezen verdachte	533
3.8.4	Dominus litis	534
3.8.5	Nalatigheid van de advocaat	540
3.8.6	Beroepsgeheim	545
3.8.6.1	Principieel belang geheimhoudingsplicht	546
3.8.6.2	Omvang geheimhoudingsplicht	550
3.8.7	Tegenstrijdige belangen	553
3.8.7.1	Specifieke problemen met betrekking tot tegenstrijdige belangen in strafzaken	555
3.8.7.2	De tuchtrechtspraak op het gebied van tegenstrijdige belangen in strafzaken	557
3.9	<i>Verdediging en waarheidsvinding</i>	564
3.9.1	Beïnvloeding waarheidsvinding	564
3.9.2	Misbruik vrij verkeer	570
3.9.3	Getuigen OM	575
3.9.4	Processtukken	579
3.9.4.1	Informatieverstrekking aan de cliënt	580
3.9.4.2	Informatieverstrekking aan derden	582
3.9.5	Vrijheid van verdediging	585
3.9.5.1	Gebruikte bewoordingen of argumenten	585
3.10	<i>Contacten met de media</i>	590
3.10.1	Toestemming van de cliënt	592
3.10.2	Opsporingsbelang en fair play	593
3.10.3	Grievende opmerkingen	594
3.10.4	Debat in de media	595

3.11	<i>Eerbied voor de rechterlijke macht en behoorlijke procesorde</i>	596
3.12	<i>Betrokkenheid bij strafbare feiten</i>	600
3.12.1	Ne bis in idem?	602
3.12.2	Strafbare feiten en de uitoefening van het beroep	604
3.12.2.1	Verzet tegen inschrijving	604
3.12.2.2	Bewijs van strafbaar feit	606
3.12.2.3	Tuchtrechtelijke sancties bij handelingen die tevens een strafbaar feit (kunnen) inhouden	607
3.12.2.4	Grensgevallen	610
3.12.3	Advocaat als medeverdachte van zijn cliënt	615
3.12.4	De Bruyninckx-richtlijnen	618
3.12.4.1	Samenvatting richtlijnen	618
3.12.4.2	Tuchtrechtelijke jurisprudentie	620
3.13	<i>Samenvatting en conclusies</i>	623
3.13.1	Procedurele aspecten	623
3.13.2	De relatie tussen de advocaat en de cliënt	623
3.13.3	Verdediging en waarheidsvinding	625
3.13.4	Eerbied voor de rechterlijke macht en behoorlijke procesorde	626
3.13.5	Betrokkenheid bij strafbare feiten	627

Hoofdstuk 4

Slotbeschouwing en aanbevelingen		629
4.1	<i>Een drieluik</i>	629
4.2	<i>Het verband tussen de positie van de verdediging en de structuur van het strafproces</i>	629
4.3	<i>Een vergelijking tussen de strafprocessuele en gedragsrechtelijke normering</i>	636
4.3.1	De onafhankelijkheid en vrijheid van de verdediging	636
4.3.2	De verantwoordelijkheden van de raadsman	639
4.4	<i>Het gebruik van de aan de raadsman toekomende geprivilegieerde bevoegdheden</i>	641
4.4.1	Vrij verkeer en waarheidsvinding	641
4.4.2	Verschoningsrecht en geheimhoudingsplicht	642
4.5	<i>Aanbevelingen</i>	643
4.5.1	Aanbevelingen ten aanzien van het strafproces	643
4.5.2	Aanbevelingen ten aanzien van de gedragsregels	647

4.6	<i>Een statuut voor de verdediging</i>	69
	<i>Samenvatting</i>	63
	<i>Summary</i>	61
	<i>Literatuur</i>	69
	<i>Jurisprudentie</i>	69
	<i>Dankwoord</i>	79
	<i>Curriculum vitae</i>	71

Lijst van afkortingen

A	Series A, Publications of the European Court of Human Rights
AA	Ars Aequi
Adv.bl.	Advocatenblad
AG	advocaat-generaal
art.	artikel, artikelen
Awb	Algemene wet bestuursrecht
B	Series B, Publications of the European Court of Human Rights
Ber.cie	Beroepscommissie uit de Centrale Raad voor Strafrechtstoepassing
BNB	Beslissingen in belastingzaken, Nederlandse Belastingrecht-spraak
CID	Criminele Inlichtingendienst
CPT	European Committee for the Prevention of Torture and inhu-man or degrading treatment and punishment
CRI	Centrale Recherche Informatiedienst
DD	Delikt en Delinkwent
DR	Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights
EBI	extra beveiligde inrichting
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
EHRC	European Human Rights Cases
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EK	Eerste Kamer
GVO	gerechtelijk vooronderzoek
gepubl.	gepubliceerd
Gw	Grondwet
Hudoc	Human Rights Documentation Database of the Case-law of the supervisory organs of the European Convention on Human Rights, < www.dhcour.coe.fr/Hudoc.htm >
HvB/hvb	huis van bewaring
HvD	Hof van Discipline
HMG	Hoog Militair Gerechtshof
HR	Hoge Raad
HRC	Human Rights Committee
IBA	International Bar Association
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten
jo	juncto
KG	Kort Geding
MOT	Wet melding ongebruikelijke transacties

MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
Nieuwsbr.Sr	Nieuwsbrief Strafrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM	Nederlands Juristencomité voor de Mensenrechten
NJV	Nederlandse Juristen Vereniging
NOvA	Nederlandse Orde van Advocaten
NVvR	Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak
OM	openbaar ministerie
ORO	oorspronkelijk regeringsontwerp
OvJ	officier van justitie
PBW	Penitentiaire Beginselenwet
PG	procureur-generaal
PI	Penitentiair Informatie (tijdschrift); penitentiaire inrichting
Pres.	president
RAC	Recherche Advies Commissie
Rb	rechtbank
RC	rechter-commissaris
red.	redactie
Reports	Reports of Judgments and Decisions
RvD	Raad van Discipline
RvR	Raad voor Rechtsbijstand
RvT	Raad van Toezicht
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stert.	Staatscourant
Sv	Wetboek van Strafvordering
TBR	ter beschikkingstelling van de regering
TBS	ter beschikkingstelling
TK	Tweede Kamer
Trb.	Tractatenblad
TvS	Tijdschrift voor Strafrecht
WODC	Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie
WOTS	Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen
WRB	Wet op de rechtsbijstand
WvSv	Wetboek van Strafvordering
Yearbook	Yearbook on the European Convention on Human Rights

"The jurist, who has taken as his symbol the scales of right and the sword of justice, usually uses the latter not merely to keep any extraneous influences away from the former, but wil throw the sword into one of the scales if it refuses to sink"¹.

Inleiding

1. De dilemma's van de strafrechtadvocaat

Het optreden van advocaten in strafzaken is een voortdurende bron van discussie, zowel in de media als in de rechtswetenschap als binnen de advocatuur². Bij de verdediging in strafzaken heeft de advocaat tot taak de belangen van de individuele verdachte te behartigen. Daarover bestaat geen misverstand. Maar over de wijze waarop de advocaat de verdediging moet voeren en de middelen die hij daarbij mag gebruiken lopen de meningen uiteen.

Een klassiek heet hangijzer is de vraag hoe de advocaat moet omgaan met een cliënt die tegenover hem schuld heeft bekend, maar die tegenover justitie ontkent. Met het antwoord dat het OM moet bewijzen dat de verdachte een strafbaar feit heeft begaan en dat de verdachte geen bewijs tegen zichzelf hoeft te leveren, zijn nog niet alle dilemma's opgelost. De advocaat hoeft weliswaar niet bij te dragen aan de bewijslevering tegen zijn cliënt, maar mag de advocaat, die weet dat zijn cliënt schuldig is, met veel verve twijfel zaaien over de belastende feiten³? Of is dat in strijd met de gedragsregel voor advocaten die luidt dat zij zich dienen te onthouden van het verstrekken van gegevens waarvan zij weten of behoren te weten dat die onjuist zijn⁴?

De advocaat mag de overheid niet hinderen bij het vinden van de waarheid, maar wat wordt er precies verstaan onder hinderen? Welke activiteiten mag de advocaat ontplooiën bij een zelfstandig onderzoek naar de feiten, als zijn cliënt in alle beperkingen zit en geen contact mag hebben met de buitenwereld⁵? Is het hem dan toegestaan potentiële ontlastende getuigen te benaderen en met hen de feiten van de zaak te bespreken, zoals hij die heeft vernomen van zijn cliënt?

1 I. Kant, Perpetual peace, in: Hans Reiss (ed.), Kant, Political writings, 1991, p. 115.

2 Zie bijvoorbeeld De Roos 1991 I; Bakker Schut e.a. 1997; Spronken 1998 III; Prakken 1999 II.

3 H.G. van der Werf, vice-president van de Rechtbank 's-Hertogenbosch heeft daar moeite mee, zie Van der Werf 1997.

4 Regel 30 Gedragsregels voor advocaten 1992.

5 Hier wordt bedoeld op het bevel beperkingen dat de officier van justitie of rechter-commissaris kan geven op grond van de art. 222 en 225 Invoeringswet Wetboek van Strafvordering, waarbij de verdachte wegens collusiegevaar kan worden verboden contact te hebben met derden. Alleen de advocaat van de verdachte is van deze maatregel uitgezonderd.

Mag de advocaat gebruik maken van onrechtmatig verkregen materiaal, als hij hiermee een gunstige wending kan geven aan de tegen zijn cliënt ingestelde strafvervolgning?

Nog een ander discussiepunt is of de advocaat in een strafzaak rekening moet houden met andere belangen dan die van zijn cliënt. Draagt de advocaat, die met een beroep op een vormfout van justitie zorgt dat zijn cliënt in vrijheid wordt gesteld, verantwoordelijkheid voor eventuele gevolgen van die invrijheidstelling, bijvoorbeeld als het gaat om een gevaarlijke TBS-gestelde die naar verwachting in herhaling zal vallen en wellicht weer een kind zal misbruiken⁶?

Mag de advocaat in de publiciteit treden met gegevens die voor derden schadelijk of kwetsend zijn? Mag hij zijn cliënt adviseren gebruik te maken van procedurele bevoegdheden met als doel de voortgang van de strafprocedure te frustreren of te vertragen⁷? Heeft de advocaat een eigen verantwoordelijkheid voor de processtrategie⁸ en voor de juistheid van feiten die hij ter verdediging presenteert⁹?

Dit is maar een greep uit de veelheid van vragen en dilemma's waarmee advocaten in de dagelijkse strafpraktijk geconfronteerd worden en waarvoor zij nauwelijks kunnen terugvallen op een normatief referentiekader. Er is veel geschreven over de taak en de rol van de advocaat, waarbij ook de hiervoor genoemde dilemma's aan de orde komen, maar door welke normatieve kaders het werk van de advocaat in strafzaken wordt bepaald, is nauwelijks systematisch in kaart gebracht¹⁰. Het Wetboek van Strafvordering bepaalt weliswaar welke bevoegdheden aan de advocaat toekomen, maar laat in het midden hoe hij van deze bevoegdheden gebruik moet of kan maken¹¹. Andere voor strafvordering relevante, regelgeving zoals het EVRM, is wat de positie van de advocaat in de Nederlandse strafrechtspleging betreft, tot nog toe niet onderzocht. Aan de Advocatenwet en de gedragsregels voor advocaten kunnen algemene normen worden ontleend, maar deze zijn in zijn algemeenheid niet toegespitst op het optreden op een bepaald rechtsgebied, zoals het strafrecht. De tuchtrechtelijke jurisprudentie is tot nu toe evenmin systematisch onderzocht op voor strafrechtadvocaten relevante aspecten.

2. Vraagstelling

Dit onderzoek heeft tot doel na te gaan of er een consistent systeem van normen kan worden gevonden voor het optreden van advocaten in strafzaken in de voor

6 Kaptein 1998; Korvinus 1998.

7 Van der Horst e.a. 2000; Franken en Prakken 1999; Knigge 2000, p. 1-2.

8 Regel 9 lid 1 Gedragsregels voor advocaten 1992 luidt: "De advocaat draagt de volledige verantwoordelijkheid voor de behandeling van de zaak. De advocaat kan zich niet aan deze verantwoordelijkheid onttrekken met een beroep op de van zijn cliënt verkregen opdracht. Hij mag evenwel geen handelingen verrichten tegen de kennelijke wil van zijn cliënt".

9 Regel 30 Gedragsregels voor advocaten 1992 luidt: "De advocaat dient zich te onthouden van het verstrekken van feitelijke gegevens waarvan hij weet, althans behoort te weten, dat die onjuist zijn".

10 Aldus ook Prakken 1999 II, p. 27.

11 Blom en Hartman 2000, p. 200.

de Nederlandse strafvordering relevante regelgeving en het advocatentuchtrecht. Daarbij staan de navolgende vragen centraal:

1. Op welke wijze is in de recente historie gedacht over de rol en professionele verantwoordelijkheid van de advocaat in strafzaken?
2. a) Welke normen voor het optreden van de advocaat in strafzaken kunnen aan de Nederlandse strafprocessuele bepalingen (inclusief de op het Nederlands strafproces toepasselijke verdragen) worden ontleend en welke normen aan het tuchtrecht en de gedragsregels?
- b) hoe verhouden deze twee categorieën normen zich tot elkaar?

De resultaten van dit onderzoek kunnen een bijdrage leveren aan een beter inzicht in de rol en beroepsverantwoordelijkheid van de advocaat in het strafproces en kunnen de advocaat een normatief kader bieden bij het maken van keuzes in de dagelijkse strafpraktijk.

3. Behandelplan

Problematisch bij een onderzoek naar de positie van de advocaat in het strafproces is, dat het erg verleidelijk is het onderzoek te verbreden naar de positie van de verdachte in het strafproces en uit te komen bij de bespreking van allerlei strafprocessuele bevoegdheden, die al dan niet aan de verdachte in het kader van zijn verdediging zouden moeten toekomen. Het is echter de bedoeling om dit onderzoek te beperken tot die aspecten in de strafprocessuele regelgeving, die voor de taakuitoefening van de advocaat als verdediger relevant zijn. Daarbij kan uiteraard niet voorbij worden gegaan aan de positie die de verdachte in het strafproces inneemt. De taak en functie van de advocaat is immers onlosmakelijk met de verdachte verbonden en de standpunten over de rol- en taakopvatting van de strafrechtadvocaat kunnen pas begrepen worden tegen een achtergrond van meer algemene opvattingen over het doel van het strafproces. Bij de historische analyse van de denkbeelden over de taak en functie van de advocaat in het strafproces zijn dan ook steeds verbanden gezocht met de ontwikkelingen in het strafprocessuele systeem, om de rol van de advocaat te verhelderen.

In het eerste hoofdstuk worden de denkbeelden over de rol- en taakopvatting van de advocaat in strafzaken in Nederland in kaart gebracht. Dit gebeurt aan de hand van de discussie die door juristen (waaronder advocaten) en de wetgever vanaf het eind van de negentiende eeuw over de taak en rol van de strafrechtadvocaat is gevoerd, voorzover deze in de literatuur en wetsgeschiedenis terug te vinden is. Aan de hand van dit historische onderzoek wordt getracht vast te stellen wat de essentiële normerende elementen zijn, die de inhoud van de rol en taak van de verdediger in strafzaken bepalen. In het tweede hoofdstuk wordt geanalyseerd welke normen voor het optreden van de advocaat in strafzaken kunnen worden ontleend aan de strafprocessuele bepalingen en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie. Wat de toepasselijke internationale verdragen betreft zal met name

aandacht worden besteed aan de jurisprudentie met betrekking tot het EVRM over de rol en functie van de advocaat in het strafproces. In het derde hoofdstuk komen het tuchtrecht en de gedragsregels aan de orde, die met name zullen worden onderzocht aan de hand van de tuchtrechtspraak over het optreden van advocaten in strafzaken. Tot slot worden de strafprocessuele en gedragsrechtelijke normen met elkaar vergeleken en wordt bezien in hoeverre deze een consistent geheel vormen.

4. Terminologie: advocaat, raadsman en de verdediging

In de literatuur over het optreden van advocaten in strafzaken worden de termen 'advocaat', 'raadsman' en 'de verdediging' min of meer als synoniemen gebruikt. In dit boek worden deze termen onderscheiden. De term 'advocaat' wordt gebruikt om de persoon die het beroep van advocaat uitoefent aan te duiden. Met de term 'de verdediging' wordt de advocaat en de verdachte tesamen, als eenheid in de zin van procespartij, bedoeld. 'De verdediging' is dus niet alleen de advocaat die de verdachte bijstaat. Afgezien hiervan wordt de term 'verdediging' ook gebruikt om de activiteit van de raadsman en de verdachte aan te duiden. De term 'raadsman' heeft met name bij de bespreking van de strafvorderlijke bepalingen in hoofdstuk 2 een bijzondere functionele betekenis. In het Wetboek van Strafvordering wordt de term 'raadsman' gebruikt voor de door de verdachte gekozen of aan hem toegevoegde advocaat. Zodra er sprake is van bijstand aan een persoon in het strafproces die niet de status van verdachte heeft, maar bijvoorbeeld *van benadeelde partij*¹² of *anderszins belanghebbende*¹³, of *gewezen verdachte*¹⁴ wordt de term 'advocaat' gebruikt¹⁵. In hoofdstuk 2 zal dan ook consequent de wettelijke terminologie van 'raadsman' worden aangehouden voor de advocaat die een verdachte bijstaat. Nu is het al lang niet meer zo dat de advocatuur bij uitspraak een mannenberoep is, al valt de wettelijke term 'raadsman' zo wel historisch te verklaren. Het zou in de huidige tijd consequenter zijn om de term 'raadsman/vrouw' te gebruiken. Maar dan moet er ook steeds 'hij/zij' op volgen. Bij mij wint de leesbaarheid het van het emancipatoire principe, maar de lezer moet in gedachten houden dat waar 'raadsman' staat geschreven, ook 'raadsvrouw' bedoeld is, of zoals Gerlings het in 1922 charmant uitdrukte:

"Voor de eenvoudigheid spreken wij niet van de man of de vrouw. De vrouwelijke collega's worden verzocht hierin alleen eene navolging der wet te zien en zich overtuigd te houden, dat ik haar geen oogenblik vergeet"¹⁶.

12 Art. 51 e Sv.

13 Zie bijvoorbeeld art. 23 Sv waarin is bepaald dat naast de verdachte ook andere procesdeelnemers zich bij de behandeling in raadkamer kunnen doen bijstaan door een advocaat.

14 Zie bijvoorbeeld art. 91 lid 2 Sv.

15 Zie verder § 2.3.2.

16 Gerlings 1922, p. 102.

5. Datum afronding onderzoek en aanduiding twintigste eeuw

De tekst van dit boek is afgerond op 1 september 2000. Na deze datum verschenen literatuur en gepubliceerde jurisprudentie zijn slechts incidenteel verwerkt. Een groot deel van het (historische) onderzoek heeft betrekking op de twintigste eeuw. De millenniumwisseling is nog betrekkelijk vers en het doet wat gekunsteld aan om anno 2000 te verwijzen naar de vorige eeuw of de twintigste eeuw¹⁷. Dit is dan ook nagelaten. Dit betekent bijvoorbeeld dat met de verwijzing naar de jaren dertig, de jaren dertig van de twintigste eeuw worden bedoeld.

17 Volgens sommigen is daarvan ook pas sprake in het jaar 2001.

Opvattingen over de taak en rol van de advocaat in strafzaken

1.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt beschreven hoe er in de recente historie is gedacht over de taak en de rol van de advocaat in strafzaken. Hierbij is het einde van de 19e eeuw als het beginpunt gekozen, omdat in deze periode de aanloop wordt genomen voor een nieuw Wetboek van Strafvordering dat in 1926 is ingevoerd en dat – hoewel vaak gewijzigd – nog steeds van kracht is. Tegen het einde van de 19e eeuw ontstaan over de betrekkelijk rechteloze positie van de verdachte in het strafproces andere opvattingen. Deze ontwikkeling vindt in meer Europese landen plaats en is van invloed op de wijzigingen die in het Wetboek van Strafvordering van 1926 worden doorgevoerd. In Frankrijk is de positie van de verdachte in het vooronderzoek in 1897 versterkt door de 'Loi Constans', waarin aan de raadsman het recht wordt toegekend de verhoren in het vooronderzoek bij te wonen en waarin de rechter de verplichting wordt opgelegd de verdachte voorafgaande aan zijn verhoor op zijn zwijgrecht te wijzen. Ook in België en Duitsland wordt het strafproces herzien en worden aan de verdachte in het vooronderzoek meer rechten toegekend¹. In deze periode is er over de rol van de advocaat in het strafproces door juristen veel gediscussieerd en geschreven. In deze discussie speelt het onderscheid tussen de inquisitoire en de accusatoire procesvorm een belangrijke rol. De hervormingen die in de continentale Europese landen in het strafproces worden doorgevoerd zijn geïnspireerd door de accusatoire procesvorm in de Anglo-Amerikaanse landen, waarin de verdachte veel meer bevoegdheden heeft.

Omdat de termen inquisitoir en accusatoire in het debat over de hervormingen van het strafproces regelmatig terugkomen, wordt hier een korte beschrijving gegeven van de belangrijkste uitgangspunten van de inquisitoire en accusatoire procesvormen².

Het belangrijkste kenmerk van de inquisitoire procesvorm is, dat er een ambts-halve onderzoek naar een strafbaar feit plaats vindt dat gericht is op het vaststellen van de waarheid. De verdachte is daarbij object van onderzoek en wordt verplicht geacht aan de waarheidsvinding mee te werken. De bekentenis van de verdachte is een belangrijk bewijsmiddel en het vooronderzoek is mede hierop gericht. Tot de afronding van het vooronderzoek is de verdachte maar vagelijk op de hoogte van de tegen hem ingebrachte beschuldiging en is hij, als hij in voorlopige hechtenis zit verstoken van contacten met de buitenwereld en van rechtsbijstand. Alle resultaten van het vooronderzoek worden schriftelijk vastgelegd en

1 Deze buitenlandse ontwikkelingen zijn onmiskenbaar van invloed geweest op de Nederlandse situatie, zie § 2 van de Inleiding van de MvT bij het oorspronkelijk ontwerp van het Wetboek van Strafvordering, TK 1913-1914, 286, nr. 3.

2 Zie Damaška 1973, p. 557-559; Drenth 1939; Garé 1994, p. 18-22.

vormen het belangrijkste materiaal waarop de rechter zijn beslissing baseert. Deze beslissingen worden meestal in een besloten zitting op basis van schriftelijke stukken genomen, zonder dat de verdachte hierover door de rechter gehoord wordt.

Het uitgangspunt van de accusatoire procesvorm is, dat de procedure geconstrueerd is als een geschil tussen twee partijen, die (in theorie) gelijkwaardig zijn. De verdachte heeft van begin af aan recht op rechtsbijstand en de advocaat speelt bij de presentatie van de feiten een belangrijke rol. De partijen zijn verantwoordelijk voor het aandragen van bewijs voor hun stellingen en de verdachte kan niet door de rechtbank of de vervolgende instantie ondervraagd worden, maar beslist zelf of hij een verklaring aflegt of niet. Als de ene partij de andere zou kunnen gebruiken als bron van bewijs, zou de gelijkheid tussen partijen worden verstoord. De waarheidsvinding wordt gedomineerd door het uitgangspunt van tegenspraak tussen beide partijen. Door de botsing op het scherp van de snede van twee tegengestelde standpunten wordt een zo volledig mogelijk beeld van de zaak verkregen. De rol van de rechter is die van bewaker van de regels van het proces. Belangrijk is dat het concept van 'de objectieve waarheid' in de accusatoire procesvorm wordt gerelativeerd. De werkelijkheid kan immers vanuit verschillende perspectieven heel anders uit zien. Partijen dienen zich bij het onderbouwen van hun standpunten vooral eenzijdig en strijdvaardig op te stellen, om te waarborgen dat zoveel mogelijk aspecten van een zaak aan de orde komen. De uiteindelijke beslisser (rechter/jury) stelt zich passief op ten aanzien van het onderzoek naar de feiten. De ratio hiervan is dat als de beslisser hiermee zelf actief bezig is, er altijd een zekere vernauwing van het gezichtsveld optreedt. Dit heeft te maken met de wijze waarop mensen de werkelijkheid construeren. Feiten krijgen pas betekenis in een bepaalde context en kunnen moeilijk onderzocht worden, zonder dat de onderzoeker zich vooraf een beeld heeft gevormd van wat er zich mogelijk heeft afgespeeld. Dit betekent dat een onderzoeker nooit helemaal onbevangen of onbevooroordeeld kan zijn omdat hij de neiging heeft de feiten te toetsen aan zijn eigen perceptie en eigen interpretatie van gebeurtenissen, die zich in het verleden hebben afgespeeld.

Het pure inquisitoire model, waarvan hiervoor een ruwe schets is gegeven, bestaat na de eerste helft van de 19e eeuw in het continentale Europa niet meer. Er ontstaan dan tussenvormen waarbij het vooronderzoek inquisitoir en geheim blijft en in welke fase de verdachte geen rechtsbijstand heeft en een openbaar accusatoir eindonderzoek ter terechtzitting waar de verdachte zich door een raadsman kan laten bijstaan³.

1.2 De positie van de verdediging in het strafproces vóór 1926

De voornaamste kritiek⁴ op het Wetboek van Strafvordering van 1886⁵ (WvSv 1886) geldt de positie van de verdachte in het vooronderzoek. In vergelijking met

3 Corstens 1999, p. 7-8; Minkenhof/Reijntjes 1999, p. 4-10.

4 Zie § 1.2.1 hierna.

andere West-Europese staten⁶ loopt Nederland achter in de erkenning dat de verdachte ook in het voorbereidend onderzoek meer is dan alleen een object van onderzoek⁷. Het WvSv 1886 is gebaseerd op de uitgangspunten van een inquisitoir strafproces⁸. Het vooronderzoek vindt in het geheim plaats zonder dat de verdachte, in het WvSv 1886 ook beklaagde genoemd, recht heeft op informatie of rechtsbijstand⁹. Hij weet gedurende het vooronderzoek, de instructie genaamd, zelfs vaak niet waarvan hij precies beschuldigd wordt. De instructie heeft in eerste instantie tot doel, voorafgaande aan de beschuldiging, te onderzoeken of er wel voldoende gronden zijn om iemand in rechte te betrekken en is een onderzoek naar de feiten onder leiding van de rechter-commissaris, die zowel belastend als ontlastend materiaal moet verzamelen. Juridische bijstand van de verdachte wordt in deze fase niet nodig geacht, want wie weet nu beter wat er feitelijk is gebeurd dan de verdachte zelf? Zijn lot is veilig in handen van de onpartijdige rechter-commissaris die ervoor zal zorgen dat alleen schuldigen worden vervolgd¹⁰. De beklaagde die op vrije voeten is kan zich uiteraard gedurende de instructie voorzien van rechtsbijstand, maar de raadsman krijgt ook niet meer informatie dan de beklaagde en mag de verhoren van de beklaagde niet bijwonen. Als de beklaagde in voorlopige hechtenis zit, die in het WvSv 1886 niet aan een termijn gebonden is¹¹, is hij helemaal verstoken van rechtsbijstand. Gedurende de instructie bestaat er geen recht op vrij verkeer. Pas na sluiting van de instructie wordt de beklaagde op de hoogte van de beschuldiging gesteld en heeft hij een processueel middel om invloed uit te oefenen op de vervolging: hij kan gedurende 8 dagen na de betekening van de sluiting van de instructie een 'memorie van suggestie' indienen bij de rechtbank, waarin hij zijn standpunt over de vervolging

5 Dit Wetboek van Strafvordering vervangt het Wetboek van Strafvordering dat in 1838 is ingevoerd ter vervanging van de voordien in Nederland geldende Franse Code d'Instruction Criminelle, die met een aantal wijzigingen na de afscheiding van Nederland van Frankrijk bij Souverein Besluit van 11 december 1813 werd gehandhaafd.

6 Zie voor een uitgebreide rechtsvergelijking met Duitsland en Engeland: Hingst 1874, p. 94-144; voor een vergelijking met de bepalingen over rechtsbijstand in het vooronderzoek in Duitsland en Italië: de bijlage bij het preadvies van Rethaan Macaré 1889, p. 120-128; voor de situatie in Duitsland en Frankrijk: De Pinto 1886, p. 32-44. Zie ook het preadvies van Van den Bergh 1902, p. 189-198. De Loi Constans van 8 december 1897 wordt besproken door Vonkenberg 1918, p. 91 e.v.

7 Zie Hingst 1874, p. 94-144; Simons 1897, p. 19 e.v.; Van der Vies 1899, p. 88 e.v.; Vonkenberg 1918, p. 61 e.v. en p. 93 e.v.

8 De Pinto 1886, deel I, p. 24 e.v. en Drenth 1939, p. 210-220.

9 Een uitzondering vormt het recht van de beklaagde, om aanwezig te zijn bij een onderzoek van papieren of boeken ex art. 113 WvSv 1886, maar ook hier kan alleen of een gemachtigde of de beklaagde zelf aanwezig zijn. De beklaagde kan niet door zijn raadsman-gemachtigde worden bijgestaan.

10 Rethaan Macaré 1889, m.n. p. 101 e.v.; Vaillant 1889 m.n. p. 3; Nederburgh 1919, p. 318-319. Zie ook de polemiek tussen Rethaan Macaré en Simons in: Rethaan Macaré 1898, p. 301-307 en Simons 1889, p. 468-488.

11 Art. 116 WvSv 1886. De beklaagde heeft op grond van art. 227 WvSv 1886 wel de bevoegdheid te verzoeken de gevangenhouding op te heffen.

schriftelijk aan de rechtbank kan mededelen¹². Na de sluiting van de instructie dient de officier van justitie 'rechtsingang' bij de rechtbank te verzoeken¹³. Als de rechtbank rechtsingang verleent dan kan zij de zaak verwijzen naar de terechtzitting, of de voortzetting van de instructie bevelen. Bevindt de verdachte zich op het moment dat rechtsingang wordt gevraagd in voorlopige hechtenis, dan heeft hij het recht over het indienen van een memorie van suggestie met een gekozen raadsman te overleggen¹⁴. Als hij geen raadsman heeft kan hij de president van de rechtbank om toevoeging van een raadsman verzoeken¹⁵. Gedurende deze 8 dagen heeft de beklaagde recht op vrij verkeer, dat wil zeggen recht op bezoek van zijn raadsman zonder toezicht. Het schriftelijk verkeer tussen raadsman en beklaagde wordt door het OM of de rechter-commissaris vooraf gelezen¹⁶. Dit recht van vrij verkeer geldt alleen gedurende de 8 dagen dat een memorie van suggestie kan worden ingediend. Acht de rechtbank de zaak nog niet rijp voor berechting, dan beveelt zij de voortzetting van de instructie. In dat geval herleeft het recht op vrij verkeer pas nadat de rechtbank na de hernieuwde sluiting van de instructie de zaak naar de terechtzitting heeft verwezen¹⁷. Pas dan krijgt de beklaagde het recht de stukken in te zien. Als hij voorlopig gehecht is, kan alleen de raadsman de stukken ter griffie van de rechtbank inzien.

Alle beslissingen van de rechtbank die voorafgaan aan het onderzoek ter terechtzitting (het verlenen van rechtsingang, de beslissing over de voorlopige hechtenis en de verwijzing) worden genomen in raadkamer op basis van schriftelijke stukken zonder dat de verdachte of diens raadsman worden gehoord.

Nadat de zaak naar de terechtzitting is verwezen, wordt alleen aan de beklaagde die in voorlopige hechtenis zit, ambtshalve door de president van de rechtbank een raadsman toegevoegd¹⁸.

In de fase van het onderzoek ter terechtzitting heeft de verdachte meer rechten om zich te verdedigen. Deze fase wordt dan ook als contradictoir aangemerkt¹⁹. Het onderzoek is openbaar, de beklaagde kan zich ter terechtzitting laten bijstaan door zijn raadsman, kan getuigen oproepen²⁰ en heeft het recht zich te verdedigen tegen de beschuldigingen van het OM.

De inquisitoire inslag van het strafproces in deze tijd blijkt ook uit het feit dat het zwijgrecht van de beklaagde niet in de wet is vastgelegd. Er wordt van uitgegaan

12 Van dit recht om een memorie in te dienen werd echter zelden gebruik gemaakt, zie Huizinga 1927, p. 7.

13 Art. 125 WvSv 1886.

14 De raadsman mag ook namens de beklaagde een memorie van suggestie indienen, zie art. 119-123 WvSv 1886.

15 Dit is een 'verruiming' van de bevoegdheden van de verdediging ten opzichte van WvSv 1838, waar de beklaagde deze rechten pas na de verwijzing had.

16 Huizinga 1927, p. 8-10.

17 Art. 134 WvSv 1886.

18 Art. 121 en 132 WvSv 1886. De verdachte behoudt de vrijheid om zelf een raadsman te kiezen. In dat geval treedt de toegevoegde raadsman terug.

19 Zie Smidt 1886 en De Pinto 1886 II, p. 7-8; zie voor kritiek op de positie van de verdediging tijdens het onderzoek ter terechtzitting, m.n. voor wat betreft het ontbreken van het rechtstreekse ondervragingsrecht van getuigen, Van Stipriaan Luiscius 1890, p. 368-384.

20 Art. 146 WvSv 1886.

dat de beklaagde verplicht is aan het onderzoek mee te werken. Dit blijkt uit artikel 199 WvSv 1838, waarin staat:

"Indien bij den aanvang of in den loop van het onderzoek de beschuldigde weigert of in gebreke blijft op de aan hem gedane vragen te antwoorden, zal het hof bevelen dat niettemin met de zaak zal worden voortgegaan, nadat de president aan den beschuldigde zijne verplichting om te antwoorden zal hebben onder het oog gebracht".

In het WvSv 1886 is de verplichting van de verdachte om te antwoorden weggelaten, waarschijnlijk omdat deze verplichting toch niet afgedwongen kan worden²¹. Men blijft er echter van uitgaan dat de verdachte aan de waarheidsvinding behoort mee te werken. In het WvSv 1886 is niet opgenomen dat de beschuldigde het recht heeft om te zwijgen²².

1.2.1 *De argumenten voor en tegen de uitbreiding van de rechten van de verdediging*

De voorstanders van uitbreiding van de rechten van de verdachte in het vooronderzoek vinden dat de verdachte ook bij het voorbereidend onderzoek de mogelijkheid moet krijgen invloed uit te oefenen op het onderzoek en het recht moet krijgen op informatie en rechtsbijstand²³. Dit geldt vooral voor de verdachte die in voorlopige hechtenis zit. De Pinto merkt daarover op:

"Is hij (beklaagde TS) in verzekerde bewaring, dan drukt die rechteloosheid dubbel. Wel is waar, onder de aandaagde uit op vrije voeten is, heeft in de instructie geen rechten te doen gelden, maar dit belet niet, dat hij rechtsgeleerden raad kan inwinnen over zijne in de instructie aan te nemen houding, dat hij van zijne zijde deskundigen kan raadplegen waar de officieele expertises buiten hem om gaan, in één woord, dat hij in of zonder overleg met den rechtsgeleerden raadsman ook gedurende de instructie op verschillende wijzen werkzaam kan zijn voor zijne verdediging of althans ter tijdige voorbereiding zijner verdediging ingeval van verwijzing naar de terechtzitting. Die mogelijkheid nu ontneemt met den in verzekerde bewaring gestelde tegelijk met zijn vrijheid, hij moet lijdelijk aanzien, dat het gebouw der beschuldiging wordt opgetrokken met alle middelen, die der justitie ten dienste staan, zonder dat hij eenig middel kan aanwenden tot verdediging.

De preventieve hechtenis is onder alle wetgevingen een noodzakelijk kwaad, maar in ons stelsel van instructie schept zij tevens een stuitende rechtsongelijkheid tusschen den gevangenen en den vrijen man, wien al dadelijk niemand kan beletten om zich van het Kabinet van den Rechter-Commissaris te begeven naar het kantoor van zijn advocaat om diens raad in te winnen"²⁴.

- 21 De Pinto 1886 II, p. 146, schrijft dat de verplichting om te antwoorden volgens art. 199 Sv 1838, bij gebreke van een dwangmiddel niet veel voorstelde.
- 22 Nederburgh 1919, p. 297, stelt dat men voor de bewijsvoering nog steeds van de veronderstelling uit gaat dat de verdachte aan de waarheidsvinding behoort mee te werken.
- 23 Zie Hingst 1874, m.n. p. 102-105 en De Pinto 1886 I, p. 44 e.v. en p. 302-307.
- 24 De Pinto 1886 I, p. 44-45. Dezelfde kritiek heeft Simons: zie Simons 1897, m.n. p. 22 e.v.; Simons 1889, p. 468-488; Simons 1920 en Simons 1921.

De kritiek op de rechteloze positie van de verdachte wordt echter door velen niet gedeeld.

Het belangrijkste argument de raadsman uit het vooronderzoek te weren is de vrees dat deze misbruik zou kunnen maken van zijn bevoegdheden²⁵. Men is bang dat advocaten gaan knoeien met de feiten en zo schuldigen de dans laten ontspringen:

"Is eenmaal een advocaat er in geslaagd door misbruik van zijn recht tijdens het vooronderzoek een verdachte vrij te krijgen, dan is herhaling te verwachten, omdat het in de misdadigerswereld spoedig bekend zal zijn welke advocaat zich tot die fraaie practijken leent e die advocaat daardoor het aantal zijner cliënten snel zal zien groeien. Zelfs is de mogelijkheid van organisatie van misdadigers en advocaten (het hoeft er slechts een te zijn, die zich in hun dienst stelt en tijdens het vooronderzoek hun geëerde bode is) niet denkbeeldig"²⁶.

De voorstanders van vrij verkeer en uitbreiding van de rechten van de verdediging stellen hiertegenover dat er streng disciplinair moet worden opgetreden tegen advocaten die weinig scrupules hebben over de uitoefening van hun bevoegdheden²⁷. Maar de tegenstanders vinden dat disciplinair toezicht nauwelijks effect zal hebben, omdat het kwaad dan al is geschied. Bovendien kan achteraf moeilijk worden achterhaald wat er 'heimelijk' tussen de verdachte en de advocaat wordt afgesproken²⁸.

Alhoewel het misbruik dat de advocaat zou kunnen maken van het vrij verkeer vaak als argument wordt genoemd tegen de uitbreiding van het recht van de verdachte op bijstand, is dit niet het belangrijkste bezwaar tegen het toestaan van vrij verkeer in het vooronderzoek. De tegenstanders van uitbreiding van het recht van de verdachte op bijstand van een advocaat vinden vooral de partijdigheid van de advocaat problematisch. De raadsman heeft immers niet de plicht de waarheid aan het licht te brengen. Zij verwachten dat bijstand van een advocaat in het begin van het onderzoek ook schuldige verdachten ertoe zal brengen te blijven ontkennen²⁹.

De discussie, die voorafgaande aan de wijziging van het Wetboek van Strafvordering in 1926, over het vrij verkeer en rechtsbijstand in het vooronderzoek gevoerd wordt, is eigenlijk een gevolg van wezenlijke meningsverschillen over de functie van de verdediging in het strafproces als zodanig en gaat niet alleen over advocaten die de waarheidsvinding op onfatsoenlijke wijze manipuleren ten gunste van hun cliënt.

De belangrijkste vraag, die aan deze discussie ten grondslag ligt, is of rechtsbijstand van een advocaat in het strafproces eigenlijk wel nodig is. Uit de discussie blijkt dat de beantwoording van deze vraag afhankelijk is van de visie die men

25 Zie bijvoorbeeld Besier, *Handelingen NJV* 1918 I, p. 115-116 en *Nederburgh* 1919, p. 308 e.v.

26 Van Heijnsbergen 1920.

27 Simons 1920 en 1897, p. 23; E.N. de Brauw, *Handelingen NJV* 1918 I, p. 136-137 en B.M. Cohen, *Handelingen NJV* 1918 I, p. 141.

28 *Nederburgh* 1919, p. 307 e.v.

29 Van Hanswijk Pennink 1920.

heeft op het doel van het strafproces en op welke wijze aan de waarheidsvinding vorm moet worden gegeven.

1.2.1.1 *Is rechtsbijstand noodzakelijk?*

Of rechtsbijstand in het strafproces noodzakelijk is, komt het meest expliciet aan de orde in de vergadering van de NJV in 1889³⁰, tijdens welke vergadering wordt beraadslaagd over de navolgende vragen:

“Moet in het contradictoir geding wegens misdrijf, in het algemeen of onder eenige beperking, worden aangenomen de noodzakelijkheid van rechtskundigen bijstand van den beklaagde?

Zo ja, hoe moet in dien bijstand worden voorzien, indien niet een door den beklaagde gekozen raadsman voor hem optreedt?”³¹.

De preadviseurs voor deze vergadering, Vaillant en Rethaan Macaré vinden rechtsbijstand voor een goede strafrechtspleging niet noodzakelijk in de zin van ‘onontbeerlijk’. De kwaliteit van de strafrechtspleging wordt bewaakt door de magistratuur: de rechter en het OM en hierbij is de verdachte in veilige handen. Als de verdachte maar de kans krijgt zichzelf te verdedigen, dan is dat voldoende. Het OM en de rechter moeten immers ambtshalve ontlastende informatie voor de verdachte meenemen³². Rethaan Macaré is van mening dat de verdachte helemaal niet in een ongelijke positie verkeert ten opzichte van het OM, maar dat de verdachte eigenlijk een voorsprong heeft op het OM: de verdachte weet immers wat feitelijk gebeurd is, terwijl het OM in het duister tast³³.

Ook al wordt bijstand door een advocaat niet noodzakelijk geacht, nuttig vinden de preadviseurs bijstand door een advocaat wel, omdat ook officieren van justitie en rechters fouten kunnen maken. Ambtshalve toevoeging van een advocaat is volgens de preadviseurs alleen nodig in de ernstiger zaken.

De preadviseurs stellen ook de vraag aan de orde of de advocaten die ambtshalve worden toegevoegd, door de staat zouden moeten worden betaald. De toegevoegde rechtsbijstand wordt in die tijd namelijk door de balie *pro deo* verleend, dus zonder dat de advocaat daarvoor een betaling ontvangt³⁴. De preadviseurs vinden dat dit zo moet blijven omdat betaling van toegevoegde rechtsbijstand in strijd met de stand van de advocatuur is. Vaillant vindt het zelfs een stuitende gedachte:

“Volkomen onderschrijf ik te dezen opzichte het oordeel der balie van Leeuwarden (...), dat ‘zelfs integendeel de diensten, welke de advocaat thans zonder bezwaar kosteloos verricht in ‘t belang van personen, wier daden hem met weersin, ja, soms met afgrijzen vervullen, veel

30 Als preadviseurs traden op: Vaillant 1889 en Rethaan Macaré 1889.

31 Handelingen NJV 1889 I, p. 169 e.v.

32 Handelingen NJV 1889 I, p. 101, 106, 112 en 116.

33 Dit argument wordt wel vaker aangevoerd, zie bijvoorbeeld ook Nederburgh 1919, p. 318.

34 Handelingen NJV 1889 I, p. 92-96.

onaangenamer, ja zedelijk onmogelijk zou worden indien hem daarvoor belooning werd toegekend"³⁵.

Tijdens de vergadering van de NJV in 1889 krijgen Rethaan Macaré en Vaillant tegengas. Voorstanders van uitbreiding van de rechten van de verdediging vinden rechtsbijstand in het strafproces wél noodzakelijk³⁶. Volgens hen heeft de verdachte geen voorsprong op het OM, zoals door Rethaan Macaré wordt gesteld. Integendeel: de verdachte wordt, doordat hij niet weet wat er in het onderzoek gaande is, moreel en fysiek afgemat en het OM verkeert in de positie de rechter eenzijdig te informeren. Rechtsbijstand is nodig, omdat de verdachte onvoldoende inzicht in zijn rechten heeft en om de rechter ook de andere kant van de medaille te laten zien³⁷. Het gaat in strafzaken niet alleen om schuld of onschuld, maar ook om toerekenbaarheid, kwalificatie van het strafbare feit, strafmaat en controle op de in acht te nemen vormvoorschriften. Met name Asscher wijst op het algemeen maatschappelijk belang van rechtsbijstand, dat gewaakt moet worden voor de belangen van het individu en dat erop moet worden toegezien dat de wet behoorlijk wordt nageleefd. De waarborgfunctie van het Wetboek van Strafvordering is voor de verdachte zonder rechtsbijstand een dode letter "zolang niet in elke gevangenis een hoogleeraar in het strafrecht wordt aangesteld om een cursus te geven voor de beklaagden die in preventieve hechtenis zijn"³⁸.

De vergadering van de NJV stemt met algemene stemmen vóór een wettelijke regeling, waarbij wordt voorzien in rechtsbijstand voor de verdachte, maar kan het niet eens worden over de invulling van een dergelijke regeling³⁹. Ook de discussie over de honorering van de toegevoegde advocaat geeft een verdeeld beeld. Een deel van de sprekers vraagt zich af waarom een advocaat voor toegevoegde bijstand niet gewoon betaald zou mogen worden⁴⁰ en een ander deel vindt dat hierdoor de waardigheid en onafhankelijkheid van de advocatuur zou worden aangetast⁴¹. De verdeeldheid over deze kwestie komt ook tot uitdrukking in de stemming. Het vraagpunt, of de balie aanspraak kan maken op een honorarium te betalen door de Staat voor toegevoegde rechtsbijstand, wordt door de vergadering van de NJV met 27 stemmen vóór en 19 stemmen tegen aangenomen.

35 Handelingen NJV 1889 I, p. 7.

36 Asscher, Handelingen NJV 1889 II, p. 170; Van Eck, Handelingen NJV 1889 II, p. 179 e.v.; Van Hamel, Handelingen NJV 1889 II, p. 227 e.v.

37 Zie in dit verband ook de twee proefschriften die in deze tijd zijn verschenen van Van der Vies, 1899, p. 5-6, p. 12 en p. 35 en Vonkenberg, 1918, p. 17, p. 21-22 en p. 24-27. Van der Vies en Vonkenberg stellen, dat ook al moet het OM alle ontlastende factoren meenemen, van het OM niet kan worden verwacht dat het actief op zoek gaat naar ontlastende feiten. Zij achten het OM evenmin onpartijdig. Ook de rechter kan volgens hen niet de rol van de verdediging op zich nemen. Daarom is een rolverdeling in het strafproces noodzakelijk.

38 Handelingen NJV 1889 II, p. 173.

39 Het gaat dan met name om vragen of rechtsbijstand moet worden gegarandeerd in alle gevallen, of alleen bij bepaalde misdrijven, of bij voorlopige hechtenis, of instructie, of op verzoek, of alleen bij onvermogen van de verdachte.

40 Asscher, Handelingen NJV 1889 II, p. 177; Eyssell Handelingen NJV 1889 II, p. 206.

41 Zie naast de hierboven weergegeven standpunten van Vaillant en Rethaan Macaré ook Levy, Handelingen NJV 1889 II, p. 204.

1.2.1.2 *Waarheidsvinding en rechtstatelijkheid*

De twee standpunten over de functie van de raadsman in de strafrechtspleging, die naar voren komen tijdens de vergadering van de NJV in 1889 komen in vrijwel iedere discussie, die in deze periode over de functie van de raadsman in de strafrechtspleging wordt gevoerd, terug.

Het ene standpunt gaat uit van de in oorsprong inquisitoire opvatting van het strafproces. Omdat de waarheidsvinding in handen is van onafhankelijke overheidsambtenaren, de zittende en staande magistratuur, die geen enkel belang hebben bij de uitkomst van de procedure en die een onkreukbare reputatie genieten, is rechtsbijstand niet echt noodzakelijk voor het bereiken van het doel van het strafproces: de waarheidsvinding. Rechtsbijstand is alleen nuttig als daarmee aanvullende informatie kan worden verkregen.

Daartegenover staat het uitgangspunt dat waarheidsvinding niet eenzijdig kan plaatsvinden, ook al gebeurt dit door onafhankelijke overheidsambtenaren. Het is onrechtvaardig de verdachte, zonder een reële mogelijkheid van verdediging, vrijwel geheel van het proces van waarheidsvinding uit te sluiten. In het strafproces gaat het bovendien niet alleen om waarheidsvinding, maar ook om de wijze waarop deze tot stand komt. De rechtstatelijkheid van het strafproces, waarbij wordt gewaarborgd dat de belangen van het individu worden bewaakt en waarbij wordt toegezien op het naleven van vormen door de vervolgende en rechterlijke autoriteiten, overstijgt het individuele belang van de verdachte en is een publiek belang. Daarom is rechtsbijstand in een goede strafrechtspleging noodzakelijk.

Deze twee uitgangspunten blijven botsen, in de eerste plaats omdat door velen niet wordt erkend dat de rechtsbeschermende functie van het strafproces zonder adequate bewaking door een raadsman snel aan betekenis zal verliezen. Het vertrouwen in de overheid is grenzeloos en alleen al het idee dat de raadsman een controlerende functie zou moeten worden toegekend, wordt als een belediging gezien voor de integriteit van de justitiële magistratuur⁴². Het begrip 'rechtsorde' wordt in deze discussie in twee volstrekt verschillende betekenissen gebruikt. Voor degenen die de waarheidsvinding hoog in het vaandel hebben, is de rechtsorde geschonden als een schuldige wordt vrijgesproken. Degenen die opkomen voor de belangen van de verdachte en diens rechtsbescherming verstaan onder de rechtsorde de rechtstatelijkheid van het strafproces, met name dat niemand behoort te worden veroordeeld zonder zich te kunnen verdedigen en dat niemand voor schuldig wordt gehouden totdat de rechter hierover een oordeel heeft geveld. Deze rechtstatelijkheid weegt voor hen zwaarder dan een incidentele vrijpraak van een schuldige⁴³. Zij vestigen er de nadruk op dat het Wetboek van

42 De Pinto 1886 I, p. 47-48, schildert de emotionele reacties van de zijde van het van het OM en rechterlijke macht op de pleidooien voor een versterking van de rechtspositie van de beklaagde, waarin de kamerleden, die opkomen voor de belangen van de beklaagde, ervan beschuldigd worden de 'rechten der magistratuur' tekort te doen en 'wantrouwen in haar te prediken'.

43 Simons 1898, p. 472 drukt dit als volgt uit: "het belang der gemeenschap schijnt soms te vorderen, wat met het recht in strijd is: menigmaal offert men het laatste aan het eerste op en

Strafvordering is geschreven voor de *verdachte* en niet de *schuldige*⁴⁴. Ook mag volgens hen bij de toekenning van rechtsbijstand niet worden uitgegaan van de raadsman die de waarheidsvinding frustreert⁴⁵. Een tweede oorzaak van de tweespalt in meningen over de functie van de verdediging in het strafproces is dat in de opvatting, waarin rechtsbijstand in het strafproces niet per se nodig wordt geacht, het vinden van 'de waarheid' niet wordt geproblematiseerd. In feite wordt de functie van tegenspraak in de strafrechtelijke procedure, als middel om de waarheid vast te stellen, ontkend en wordt bij de inrichting van het strafproces en het toekennen van rechten aan de verdachte uitgegaan van de schuldige verdachte. Deze zal immers proberen kost wat kost te verhinderen dat de werkelijke toedracht bekend wordt, terwijl de onschuldige verdachte er belang bij heeft, dat de waarheid boven water komt⁴⁶. Dit komt ook naar voren in een eerdere vergadering van de NJV in 1874, waarin de vraag centraal staat welke bevoegdheden de verdachte moeten worden toegekend in het vooronderzoek⁴⁷. Tijdens deze vergadering blijkt dat de meesten ervan overtuigd zijn dat zonder een inquisitoir vooronderzoek de feiten niet boven water zullen komen. Van een meer op accusatoire leest geschoeid vooronderzoek, waarin de standpunten van de vervolging en verdediging kunnen botsen, wordt verwacht dat dit alleen maar polariserend zal werken. Men wil de verdachte pas rechten geven, nadat het onderzoek naar de feiten is afgerond. Illustratief zijn de opmerkingen in deze vergadering van Van Buren en Feith. Van Buren⁴⁸ is niet zo voor het botsen van standpunten tussen vervolging en verdediging zoals dat in de accusatoire procesvorm gebruikelijk is:

dikwijls gaat het besef verloren, dat verkrachting van het recht ten slotte de hoogste belangen der gemeenschap meer schaadt dan ten goede komt"

- 44 Zie bijvoorbeeld Geuns, *Handelingen NJV 1918 II*, p. 118-122, die stelt dat men niet ervan mag uitgaan dat het feit dat een onschuldige verdachte met justitie in aanraking komt puur hypothetisch is en Cohen, *Handelingen NJV 1918 II*, p. 140-141, die erop wijst dat men niet mag blijven uitgaan van de mening dat hij die verdacht of beschuldigd is, ook daadwerkelijk schuldig is, alsof het OM de waarheid in pacht zou hebben. In dezelfde zin: Francken, *Handelingen NJV 1918 II*, p. 142 en Gerlings, die stelt dat het niet altijd gaat om veroordelingen van volledig onschuldigen, maar dat het ontelbare malen voorkomt dat een verdachte verkeerd beoordeeld wordt, *Handelingen NJV 1918 II*, p. 149-150.
- 45 Met name De Brauw protesteert tijdens de vergadering van de NJV in 1918 tegen hetgeen Besier in deze vergadering zegt over 'onscrupuleuze' advocaten, vooral omdat dit soort uitlatingen steeds gebaseerd worden op vermoedens en niet op feiten, *Handelingen NJV 1918 II*, p. 135-137.
- 46 Nederburgh 1919, p. 307-309, vindt het dan ook begrijpelijk dat men voorzichtig is met het toekennen van bevoegdheden aan de raadsman, nu die zich toch in zekere mate zal vereenzelvigen met de beklaagde en deze door tussenkomst van de raadsman de gelegenheid krijgt in contact te blijven met de buitenwereld en invloed uit te oefenen op de loop van het onderzoek. Nederburgh begrijpt dan ook niet dat advocaten zich gegriefd voelen door dergelijke in het algemeen belang getroffen voorzorgsmaatregelen, zoals het onthouden van vrij verkeer of het uitoefenen van toezicht daarop.
- 47 *Handelingen NJV 1874 II*, p. 83-150, met preadviezen van Hingst, *Handelingen NJV 1874 I*, p. 94-144 en Van Gigch, *Handelingen NJV 1874 I*, p. 145-153.
- 48 Van Buren, *Handelingen NJV 1874 II*, p. 88.

"Strafrechtspleging en verdediging, in uiterlijk voorkomen opposiet, behooren daarin door één streven bestuurd te worden, dat ware justitie beoefend wordt. Justitie die in 't afgetrokken door iedereen als deugd beaamd en erkend wordt: want deugd is het ware karakter, de kern van alle recht: *justitia virtus esto*. Met dat besef voor oogen kan men echter uit der aard der zaak den persoon die onderzoeken en vervolgen moet, niet gelijktijdig een verdediger tegenoverstellen, om oponthoud strijd, en botsing teweegtebrengen. Onderzoek na betrapping op heterdaad en op aanklacht is uit den aard der zaak een eenzijdige handeling der rechterlijke macht, die geen opposiet persoon toelaat, waarvan het karakter tegenstrevend is. Het denkbeeld van gemeen overleg is hier utopie. Want het product is stoornis en belemmering".

Ook Feith⁴⁹ ziet niets in rechtsbijstand gedurende het vooronderzoek:

"Nu vraag ik, of, wanneer van den beginne af een advocaat in de instructie wordt toegelaten, en hij van den aanvang af inlichtingen krijgt omtrent al de getuigenissen, welke de rechter-commissaris heeft ontvangen, en die natuurlijk aan zijn cliënt mededeelt, zoodat dit op het eerstvolgend verhoor invloed kan uitoefenen, op die wijze de beklaagde niet in de gelegenheid wordt gesteld om zijne onwaarheden zoo in te kleeden, dat zij met de verklaringen der getuigen niet, of slechts zelden in strijd geraken. Aldus zal de ambtenaar, met den instructie belast, van den weg worden geleid, en het vinden der waarheid hoogelijk worden belemmerd".

Ook de vergadering van de NJV in 1918, tijdens welke vergadering het ontwerp van het Wetboek van Strafvordering op de agenda staat, wordt sterk beïnvloed door het onderscheid tussen het accusatoire en inquisitoire strafproces en de daarmee samenhangende rechten van de verdediging. In het ontwerp van het Wetboek van Strafvordering worden meer accusatoire elementen in het strafproces gebracht, waaronder het recht op vrij verkeer tijdens het vooronderzoek, het recht van de raadsman om in het vooronderzoek verhoren bij te wonen en de bevoegdheid tot kennisneming van de processtukken in het vooronderzoek. Blok en Besier vinden dat de weegschaal in het ontwerp te sterk is doorgeslagen ten gunste van de verdediging.

Blok⁵⁰ acht een accusatoir stelsel gerechtvaardigd indien het strafproces inderdaad een strijd zou zijn tussen twee partijen met *rechtmatige* belangen. Volgens hem gaat deze vooronderstelling echter niet op. Het belang van de gemeenschap in het strafproces is in de eerste plaats het ontdekken van de waarheid en vervolgens het vaststellen of de strafwet op de gevonden feiten van toepassing is. Zolang de verdachte onschuldig is lopen de belangen van de verdachte en gemeenschap parallel. Bij schuldige verdachten lopen deze belangen niet meer parallel, maar in dat geval is het belang van de verdachte niet meer een rechtmatig belang⁵¹. Door dit gegeven komt volgens Blok de rechtvaardiging aan het accusatoire proces te ontvallen en ook de hieraan verbonden consequentie dat aan beide partijen dezelfde rechten moeten worden toegekend. Nu is Blok realistisch ge-

49 Feith, Handelingen NJV 1874 II, p. 100.

50 Blok, Handelingen NJV 1918 II, p. 91-104.

51 Zie voor een gelijksoortige redenering Hijmans 1923. Overigens wordt heden ten dage deze mening nog steeds verkondigd: zie Groenhuisen en Knigge 2000, Algemeen deel, p. 24 en p. 35 en Knigge 2000 I.

noeg om te erkennen, dat ook de idealen van het inquisitoire stelsel niet verwezenlijkt kunnen worden omdat het OM in de praktijk niet onpartijdig kan zijn. Daarom acht hij het terecht dat aan de verdediging, zowel ten aanzien van het vaststellen van de feiten als ten aanzien van de toepassing van het recht al in het vooronderzoek bevoegdheden worden toegekend, die de ontdekking van de waarheid ten goede kunnen komen. Gelijke rechten voor de verdachte lijken Blok echter gelet op de omstandigheden onmogelijk. Het doel van de schuldige verdachte zal immers altijd zijn de sporen van zijn misdrijf te vernietigen, en dit gegeven moet volgens Blok de leidraad worden bij het toekennen van bevoegdheden aan de verdachte: deze moet niet in de gelegenheid worden gesteld het onderzoek naar de waarheid te vertroebelen. Dezelfde mening is Besier⁵² toegedaan. Hij vreest dat het strafproces door uitbreiding van de rechten van de verdediging in het vooronderzoek gefrustreerd zal worden. Hij is ook van mening dat bij de contacten tussen de raadsman en de verdachte tijdens het vooronderzoek een rechter-commissaris of een officier van justitie aanwezig moet zijn. Hij is met name bang voor de 'onscrupuleuze' advocaat die de waarheidsvinding kan belemmeren:

"Dit alles wat ik hier nu schets zal natuurlijk uitzondering blijven, vooral in onbelangrijke zaken; maar wanneer zal er gevaar dreigen? Wanneer de omvang of het geruchtmakende van het gepleegde misdrijf het belang, dat de beklaagde er bij heeft, zeer groot maakt, en wanneer dan tevens de financiële positie van dien beklaagde welke misschien juist door het misdrijf vooruit is gegaan is, hem de gelegenheid geeft, zijn verdediger zelf te kiezen en zijne keuze te vestigen op een buitengewoon onscrupuleus advocaat, die er voor een hoog salaris niet voor terugdeinst om hem, hoe dan ook, te helpen (...). Een systeem dat dit toelaat is verkeerd"⁵³.

1.2.1.3 De taak van de advocaat

De verschillende visies op de rechtsbeschermende functie van het strafproces en de wijze waarop aan de waarheidsvinding in het strafproces vorm moet worden gegeven, hebben consequenties voor de opvattingen over de taak die de advocaat in het strafproces heeft. Een centrale rol speelt hierbij de vraag hoe de partijdigheid, die nu eenmaal onafscheidelijk met de rol van de verdediger verbonden is, moet worden ingevuld. Die invulling van de partijdigheid is nauw verbonden met de taak die aan de advocaat wordt toegekend. De in § 1.2.1.2 weergegeven tweedeling in standpunten komt in de opvattingen over de taak van de advocaat in het strafproces terug. Bij diegenen die de waarheidsvinding als ultiem doel van het strafproces zien, moet de verdediger zich ditzelfde doel voor ogen stellen en is verdergaande partijdigheid dan objectief en waarheidsgetrouw datgene naar voren brengen dat tot voordeel van de verdachte kan strekken, verwerpelijk. Een 'rechtschapen' verdediger hoort eendrachtig met het OM en de rechter vanuit de positie van de verdachte te zoeken naar de waarheid:

52 Besier, Handelingen NJV 1918 II, p. 112-118.

53 Ook Van Gigch is niet gerust op de onkreukbaarheid van de balie, zie Handelingen NJV 1918 II, p. 127-128.

"Niet een dienaar van den beklaagde, niet een dienaar desnoods van ongerechtigheid en van de logen, doch een dienaar van het algemeen belang, een dienaar van de gerechtigheid, een priester der waarheid zij ook de advocaat in strafzaken. Zijn doel zij niet beperkt tot het belang van den beklaagde, doch zijn doel zij eenig en alleen de triomf der waarheid. Al zijne krachten spanne hij in, om de veroordeeling van een onschuldige te voorkomen, om den rechter voor dwaling te behoeden, doch geen hand verlegge hij, geen woord zegge hij om een werkelijk schuldige aan eene welverdiende straf te onttrekken.

Waar hij overtuigd is van de schuld van den beklaagde, daar kan zijn éénige roeping slechts zijn, niet, (...) tegen beter weten in nog twijfel te wekken, doch louter en alleen om te zorgen, dat den beklaagde met inachtneming der bij de wet voorgeschreven vormen en bewijsregelen eene rechtvaardige en voor hem passende straf worde opgelegd"⁵⁴.

Sommigen benadrukken vooral de zelfstandige en onafhankelijke positie van de advocaat ten opzichte van de cliënt, zoals bijvoorbeeld Voûte, die uit het feit dat de wetgever heeft voorzien in ambtshalve toevoegingen afleidt, dat de taak van de verdediger van algemeen belang is en dat de verdediger zich zelfstandig moet opstellen. Hij vindt ook dat de advocaat zonder bezwaar, in het belang van zijn cliënt, over het hoofd van zijn cliënt heen een standpunt mag verkondigen dat in strijd is met hetgeen zijn cliënt zegt of wil:

"Juist in die onder alle omstandigheden te handhaven zelfstandige positie van den advocaat in strafzaken zie ik het aantrekkelijke van zijn taak en tevens den waarborg, dat hij zoowel tegenover de magistratuur als het algemeen belang zich op deugdelijke en eervolle wijze van zijn plicht zal kwijten. Omgekeerd acht ik in iedere afbrokkeling dier zelfstandigheid een groot gevaar gelegen voor tekortkomingen. De advocaat, die niet zijn eigen standpunt inneemt, doch blijkt te zijn mandataris, spreektrumpet of dienaar van den beklaagde kan niet achtung of vertrouwen van de zijde der magistratuur verwachten; hij zal tevens tekort schieten in de vervulling zijner taak in het algemeen belang, dat hem zelfstandig naast den beklaagde, niet als diens gemachtigde verlangt te zien"⁵⁵.

Diegenen, die vooral hechten aan de rechtsbeschermende functie van het strafproces en de presumpctie van onschuld, koppelen de taak van de advocaat uitdrukkelijk aan een principieel partijdig belang. Simons omschrijft

54 Rethaan Macaré 1898, p. 403-305. In dezelfde zin Nederburgh 1919, p. 281-332. Hij beschouwt de verdediger als een jurist, "die in het belang van zijn cliënt toeziet, dat de wettelijke bepalingen worden nageleefd, die bij den rechter de voor de verdachte meest gewenschte uitleggingen dier bepalingen bepleit, dit alles met het doel de handhaving der wet en de ontdekking der waarheid te bevorderen".

55 Voûte 1922, p. 88-89. Zie ook Trapman 1922, die eveneens het belang van objectiviteit van de raadsman in het strafproces benadrukt. De raadsman mag de rechter alleen van de onschuld van de verdachte overtuigen als naar objectieve maatstaven de schuld niet vaststaat. Nederburgh 1919, p. 311-312, vindt echter dat de advocaat moet worden verlost van de vage en dubbelzinnige rol als dienaar tegelijk van het recht en van de van onrecht beschuldigde verdachte. Daarom vindt hij dat de verdediger mag uitgaan van het partijbelang, nu "de natuur der zaak" dit met zich meebrengt, maar dat dit tegelijkertijd rechtvaardigt "dat de wet tegen hem (de verdediger TS) op haar hoede is, nu het strafproces een verplichte samenwerking is tussen de rechter het OM en de verdachten (met of zonder verdediging) tot ontdekking van de waarheid".

de taak van de advocaat in zijn inaugurele rede ter gelegenheid van zijn benoeming tot hoogleraar strafrecht aan de Universiteit van Utrecht als volgt:

"de taak van den advocaat is om bij wat zwart schijnt de mogelijkheid aan te toonen dat onder zwart wit verborgen is; de taak van den advocaat is om ook voor den vermoedelijk schuldige alles aan te voeren, wat zijn onschuld kan aannemelijk maken of zijn schuld verzachten, en dit blijft zijn taak ook dan, wanneer hij zelf naar zijne overtuiging de schuld bewezen acht, want ook dan blijft de mogelijkheid open dat hij zelf als anderen zich vergist, en zoolang er iets is, wat voor een niet-schuldige pleit, moet dit den rechter worden voorgehouden. Twijfel wekken en nog eens twijfel, ziedaar het werk voor de verdediger; een rechter die geen twijfel heeft te overwinnen gehad oordeelt lichtvaardig"⁵⁶.

De grens van de partijdigheid van de advocaat wordt in deze opvatting niet gelegd bij (zijn eigen opvatting over) de schuld van zijn cliënt, maar bij het wegmaken van sporen van het misdrijf of het overhalen van getuigen om in strijd met de waarheid te verklaren. Binnen de grenzen van de wet moet de raadsman alles doen om de nadelige gevolgen van een vervolging van zijn cliënt te vermindere⁵⁷. Nadruk wordt ook gelegd op het belang van psychische ondersteuning van de verdachte⁵⁸.

Met name de opvatting dat de advocaat zich niet mag laten leiden door zijn persoonlijke opvatting over de vraag of zijn cliënt al dan niet schuldig is, stuit op veel weerstand bij diegenen die van mening zijn dat de taak van de advocaat verbonden is aan de objectieve waarheidsvinding. Volgens hen behoort de advocaat zich terug te trekken, als een verdachte die schuld tegenover hem heeft bekend, in rechte wil blijven ontkennen⁵⁹. Als de advocaat persoonlijk van de schuld overtuigd is, dan is twijfel zaaien bij de rechter, zoals bijvoorbeeld door Simons in zijn inaugurele rede wordt gepropageerd, volgens hen onfatsoenlijk. Met name Rethaan Macaré haalt hierover fel naar Simons uit:

"Heeft de hoogleeraar (Simons TS) zich hier wel afgevraagd, hoe het den eerlijken advocaat te moede zal zijn indien de rechter in den hem aldus gespannen strik valt en den man, die naar 's advocaats overtuiging volkomen schuldig was, vrijspreekt op grond van een ten onrechte opgewekten twijfel? (...) Is deze (advocaat TS) inderdaad tot niets hoogers, tot niets edelers geroepen dan zijn cliënt, desnoods ten koste van de gerechtigheid, zoo mogelijk voor eene veroordeling te behoeden?"

56 Simons 1897, p. 30.

57 Van der Vies 1899, p. 3; idem: Vonkenberg 1918, p. 28-29.

58 Gerlings 1922: "De raadsman zal tot taak hebben zich in de gedachten van den beklaagde in te denken, tot het laatst toe de mogelijkheid van onschuld zich voor oogen te houden, zelfs bij afgelegde bekentenis (denk aan zelfbeschuldiging), het bewijsmateriaal te toetsen, schakel voor schakel, de betrouwbaarheid der getuigen nauwkeurig na te gaan en vrijspraak te eischen (in den vorm van vragen) wanneer het overtuigend en wettig bewijs niet is geleverd. Verder zal hij den beklaagde moeten terzijde staan in zijne moeilijke uren, hem moeten geven de troost en opbeuring die kan uitgaan van iemand, wien niets menselijks vreemd is, tot den medemens die in ellende is gekomen".

59 Zie bijvoorbeeld Voûte 1922, p. 90 en De Vrieze 1922, p. 98.

Simons reageert ontsteld. Hij benadrukt dat de advocaat in een strafzaak het recht van de eenling tegenover het belang van de gemeenschap verdedigt en dat het zijn taak is de rechter eenzijdig voor te lichten, juist om de rechter voor een lichtvaardige veroordeling te behoeden. Als de advocaat zijn eenzijdige uitgangspunt verlaat en mee gaat zoeken naar de waarheid en als hij, in de overtuiging dat zijn cliënt schuldig is, toewerkt naar een veroordeling, dan is volgens Simons zijn rol uitgespeeld en heeft hij zijn functie overbodig gemaakt. De advocaat die iemand weet vrij te pleiten, waarvan hij denkt dat deze schuldig is, heeft volgens Simons toch de gerechtigheid gediend, omdat de schuld van de cliënt voor de rechter kennelijk niet voldoende vast stond. "Een twijfel die den rechter tot vrijspraak leidt is eo ipso niet ongegrond, maar bewijst door zijn gevolg zijn recht van bestaan"⁶⁰. Simons benadrukt dat de overtuiging van de advocaat nog geen zekerheid van schuld is en even ongegrond kan zijn als de overtuiging van het OM. Simons behoort tot diegenen die de waarheidsvinding problematiseren (ook een verdachte die bekent, kan onschuldig zijn) en houdt vast aan de eenzijdige rol die de advocaat in het strafproces heeft⁶¹. Niet de persoonlijke overtuiging over schuld of onschuld van de advocaat zelf is van belang, maar het gegeven dat in het strafproces de *juridische* schuld door de rechter moet worden vastgesteld. Zolang dat niet gebeurd is, is het de taak van de verdediger uit te gaan van de onschuld, wat zijn persoonlijke mening daarover ook is. Bij deze taakopvatting hoort een advocaat die blijft zoeken naar ontlastend materiaal en die de verdachte ook morele ondersteuning biedt⁶². Dit betekent dat hij de verdachte ruimte geeft zijn eigen verhaal te vertellen, zonder dat belastende gegevens, die hij dan te horen krijgt, invloed hebben op zijn verdedigingsstrategie, in die zin dat hij de verdachte zou moeten overhalen de waarheid aan de rechter te vertellen of zich zou moeten terugtrekken als de verdachte in rechte niet wil bekennen.

1.2.1.4 De functie van partijdigheid bij de waarheidsvinding

Uit het voorgaande blijkt dat de opvattingen over de partijdigheid van de verdediger in strafzaken nauw samenhangen met de visie op de waarheidsvinding in het strafproces. Voor diegenen die van mening zijn dat de waarheidsvinding het beste gediend is met een onderzoek door een objectieve en onafhankelijke rechter, is de partijdige advocaat een stoorzender. De consequentie van een partijdige opstelling is immers dat het belang van de verdachte, ook als deze schuldig is, altijd voorrang heeft boven de waarheidsvinding. Daarom moet in deze opvatting de advocaat objectief blijven en wordt de partijdige advocaat gewantrouwd. Als de advocaat van mening is dat de verdachte schuldig is, dan mag hij geen vrijspraak bepleiten. Van de advocaat wordt verwacht, dat hij, gelet op zijn contacten met de verdachte, zich een oordeel over schuld kan en moet vormen. Zeker als de

60 Simons 1898, p. 472; zie ook Simons 1921, p. 359-360.

61 Zie ook Van der Vies 1899, p. 43 e.v. en Vonkenberg 1918, p. 46 e.v.

62 Van der Vies 1899, p. 46, stelt dat de advocaat de verdediging moet voeren met een partijdigheid, overtuiging en warmte, als gold het zijn eigen belangen.

verdachte tegenover de advocaat bekend schuldig te zijn, is het in deze visie absurd dat de advocaat nog zou moeten uitgaan van de onschuld.

Juridisering van de schuldvraag, door aan een veroordeling procedurele en bewijstechnische voorwaarden te stellen die, indien zij niet worden vervuld, tot vrij-spraak of anderszins straffeloosheid moeten leiden, is in deze opvatting onver-teerbaar, indien daardoor een materieel schuldige niet wordt gestraft. Dit is tevens het zwakke punt in de redenering, want hoe kan men weten dat een verdachte schuldig is, vóórdat het strafrechtelijke onderzoek geheel is afgerond en de rech-ter tot een oordeel komt? Hoe gemakkelijk over deze vraag wordt heen gestapt, wordt prachtig geïllustreerd in een discussie in de Tweede Kamer tijdens de par-lementaire behandeling van het Wetboek van Strafvordering in 1920. Van Sasse van Ysselt stelt op een gegeven moment, dat onbeperkt vrij verkeer van de ver-dachte met zijn raadsman onder omstandigheden toch wel erg bedenkelijk kan zijn. Hij noemt bij wijze van voorbeeld een uit de pers bekende zaak van een man, die ervan verdacht wordt vrouwen te hebben vermoord en verbrand en die, door te zwijgen, het de rechter-commissaris zo moeilijk maakt de waarheid te achterhalen. Dit voorbeeld ontlokt bij kamerlid Dresselhuys de opmerking: "Weet u dan of de man het gedaan heeft?" Waarop Van Sasse van Ysselt ant-woordt: "Ik heb alleen gezegd dat hij ervan verdacht wordt" en Dresselhuys droogjes opmerkt: "O, dat kan ons ook overkomen"⁶³.

Zoals al eerder gezegd⁶⁴, hebben de tegenstanders van de partijdige verdediger een ongecompliceerde opvatting over waarheidsvinding. Dat het vaststellen van feiten en schuld in het strafproces niet zo eenvoudig is en dat de partijdigheid van de verdediger daarin een nuttige functie kan hebben, komt aan de orde in een preadvies van Van den Bergh voor een vergadering van de NJV in 1902, waar de positie van de verdediging in het strafproces (weer) op de agenda staat⁶⁵.

Van den Bergh, zelf advocaat, geeft door middel van een rijke bloemlezing uit zijn eigen praktijk een heldere uiteenzetting van de noodzaak van partijdigheid van de advocaat in strafzaken. Hij illustreert daarmee dat partijdigheid nodig is, omdat niet alleen het OM maar ook de rechter in de processtukken niet objectief worden voorgelicht en op basis daarvan uit psychologisch oogpunt eenvoudig niet onbevooroordeeld kunnen zijn. Omdat de kracht van de argumenten van Van den Bergh vooral zit in de voorbeelden die hij uit zijn praktijk noemt, zullen deze voorbeelden hierna wat uitvoeriger worden uitgewerkt en geciteerd⁶⁶.

Volgens Van den Bergh begint de vertekening van de feiten al bij de verklaringen die de verdachte ten opzichte van de politie en de rechter-commissaris aflegt:

"Is het (vertellen van de waarheid door de verdachte TS) in de praktijk inderdaad zo eenvou-dig?

63 Handelingen TK 1919-1920 p. 1936.

64 Zie § 1.2.1.2.

65 Van den Bergh 1902; de andere preadviseur met dezelfde vraagstelling is Binnerts, Handelin-gen NJV 1902 I, p. 1-33.

66 Van den Bergh was duidelijk een voorloper van Leijtens adagium: "We need stories", zie de Nijmeegse afscheidsrede van J. Leijten 1991.

Men vergeet niet dat een beklaagde, gearresteerd, in den regel zooal geen strafbare, dan toch een laakbare daad heeft gedaan. Natuurlijk bestaat bij hem dan de neiging om een zoo gunstig mogelijke voorstelling der zaken te geven. Die neiging leidt dus tot allerlei afwijkingen van de waarheid die hem juridisch kunnen bezwaren. Bovendien tracht haast iedere beklaagde, beangst als hij is voor den schijn van schuld die, blijkens de vervolging, op hem rust, zijne voorstelling aannemelijker te maken door allerlei bijzonderheden in zijn verhaal in te vlechten, welke passen in zijne houding. Sommigen werken hun verhaal aldus hoe langer hoe meer uit, maken het hoe langer hoe mooier, totdat zij in velerlei bijzonderheden worden bevonden in strijd met de waarheid en zich aldus ernstig beschuldigen⁶⁷.

Van den Bergh geeft aan, hoe moeilijk het soms is een onderscheid te maken tussen schuld en onschuld in juridische zin en hoe snel er door een onbewuste interpretatie van de feiten misverstanden kunnen ontstaan die van wezenlijke betekenis zijn voor de vaststelling van de feiten:

"De gedetineerde is niet altijd iemand, die zich schuldig of onschuldig weet. Dikwijls is de vraag al of niet schuldig een moeilijke rechtsvraag. Laat ik twee gevallen noemen, die mij dezer dagen bezig houden. Het een is een geval van verduistering, waarin de hoofdvraag deze is: had de beklaagde over het goed het recht tot de beschikking die hij zich veroorloofd heeft. Een moeilijke vraag, gegeven de slordige regeling, met den eigenaar getroffen, een vraag die uit tal van feitelijke bijzonderheden haar antwoord zal moeten vinden. Herhaaldelijk zullen den beklaagde vragen worden gedaan, waarvan hij de juridische strekking niet begrijpt. Is het gevaar niet groot dat hij, in de meening antwoord te geven, dat hem verlicht, een onwaarheid zegt, die hem bezwaart, die straks als een belangrijke aanwijzing van schuld tegen hem gelden zal?

Evenzoo het tweede geval waarop ik doelde (bedrieglijke bankbreuk TS), waarin het de vraag geldt, of beklaagde's faillissement niet meer te voorkomen was, toen hij een crediteur betaalde; een vraag, die eveneens uit tal van omstandigheden zal moeten beantwoord worden, waarin allicht zelfs haar onderling verband van groote beteekenis wordt. Zal de beklaagde daarvan steeds de juiste voorstelling geven, onbekend als hij dikwijls is met de gevolgen, daaraan verbonden? En zal hij de juiste voorstelling kunnen geven, zich bevindende in een toestand als ik hierboven schetste.

Wat wordt aldus de waarde van de bekentenissen; de bekentenis, die haar bewijskracht ontleent aan de onderstelling dat de beklaagde zijn verklaring naar waarheid aflegt met volkomen besef van hare gevolgen. Nu sprak ik nog niet van het geval, dat een beklaagde iemand zijn kan van zeer beperkte vermogens. Toch is dat het geval met een groot deel der beklaagden⁶⁸.

Van den Bergh benadrukt dat de verdachte ten onrechte in het ongewisse wordt gelaten over het ten aanzien van hem aanwezige bewijsmateriaal en de precieze beschuldiging. Omdat het bewijsmateriaal vaak een aaneenschakeling van betrekkelijke kleinigheden is de verdachte in dat geval niet in staat zich te verdedigen. Hij haalt een voorbeeld aan van een man die zou zijn vermoord door zijn maitresse. Bij deze man werden drie zakdoeken vermist en hetzelfde getal zakdoeken had men gevonden in het koffer van de maitresse. Dit was een belastende aanwijzing. Omdat de maitresse in de gelegenheid bleek de winkel aan te wijzen

67 Van den Bergh 1902, p. 162.

68 Van den Bergh 1902, p. 163-164.

waar zij de zakdoeken had gekocht, was het belastende feit van de baan. Hoe zou dit nu zijn gelopen indien de maitresse niet op de hoogte was geweest van het belastende materiaal? Zou nog iemand in de bewuste winkel, nadat de instructie na vele maanden zou zijn afgerond, zich kunnen herinneren of de vrouw daar zakdoeken had gekocht? “De verdediging, buiten de zaak gehouden tot de instructie is geëindigd – zij is een verdediging, die werkeloos, die verlamd is op het oogeblik dat zij in volle actie moest wezen”⁶⁹.

Ook de RC kan volgens Van den Bergh niet objectief blijven. De RC zoekt naar bewijzen, ziet daarom allereerst de feiten die belastend zijn en wordt zonder de aanwezigheid van een verdediger niet geprikkeld deze kritisch te toetsen. Met het vinden van belastende feiten is zijn doel immers bereikt. De verdediger ziet de zaak anders: uitgaande van de onschuld van de verdachte wantrouwt hij alles wat belastend is, vraagt naar bewijs ervan en zet zijn vraagtekens bij ieder punt. Als de verdediger niet bij de verhoren van de RC aanwezig kan zijn resulteert dit in eenzijdige verhoren van de getuige en beklaagde. Want de verdediger luistert anders:

“de verdediger die een getuigenverhoor volgt, luistert allereerst naar alles wat zijn verdediging dienen kan. Hij heeft zich een stelsel van verdediging gedacht en nu ligt hij op de loer of de getuige of deskundige iets verklaart dat past in zijn stelsel. Hij hoort een woord in dien geest dat 's Presidents aandacht niet eens trekt en straks knoopt hij er vragen aan vast, waaruit feitelijk materiaal groeit, dat hem past in zijn stelsel. Hoort hij iets in anderen zin, dan wantrouwt hij; hij toetst het aan hetgeen door andere getuigen is verklaard, hij vraagt of wel nauwkeurig is waargenomen, of wel nauwkeurig de bedoeling is weergegeven, hij vraagt naar redenen van wetenschap. Alles eenzijdig, zeker, veel eenzijdiger dan de President. Aan die eenzijdigheid dankt de verdediger zijn waarde voor het onderzoek”⁷⁰.

Van den Bergh vestigt ook de aandacht op de psychologie van het getuigenverhoor. Hij benadrukt dat de ondervraging in de instructie van invloed is op het beeld, dat getuigen zich van het voorgevallene hebben gevormd:

“Geschiedde nu die verheldering door een objectieven invloed, door wat men in de fotografie noemt het ‘versterken’ van het beeld, kon men er nog geen bezwaar tegen maken. Doch het eenzijdige ondervragen (van de RC, TS) is een subjectief versterken, is tevens retoucheren (...). De getuige, aldus enige malen eenzijdig gehoord, is daardoor reeds bevooroordeeld geworden, is reeds min of meer in één richting geschoven, is dus niet meer een maagdelijke getuige”⁷¹.

De grootste kritiek van Van den Bergh op het Nederlandse strafproces is dan ook, dat men geen oog heeft voor wat er feitelijk allemaal mis kan gaan als de verdachte zich zonder rechtsbijstand van een raadsman, die met een eenzijdige en deskundige blik tegen de zaak aankijkt, moet zien te verdedigen. Hij stelt direct daarop de vraag waarmee zijn tegenstanders wel zullen komen: als er zoveel kri-

69 Van den Bergh 1902, p. 166.

70 Van den Bergh 1902, p. 169.

71 Van den Bergh 1902, p. 173-174.

tiek is op het functioneren van de rechtspraak waarom wordt er dan niet over geklaagd?

"Het antwoord daarop luidt: het is juist een eigenaardigheid van deze gebreken, dat zij slechts bij uitzondering bekend worden. Het gaat er mede als met misslagen der doktoren, welke het graf bedekt"⁷².

Het preadvies van Van den Bergh stuit met name bij de rechterlijke macht op weerstand. De toenmalige president van de Hoge Raad, F.B. Coninck Liefsting, is beledigd door het door Van den Bergh geschetste beeld van de rechter en blijft erbij dat de rechter-commissaris niet bevooroordeeld is⁷³. Eysell, eveneens lid van de Hoge Raad, spot een beetje met Van den Bergh:

"Ik zou haast meenen, dat wanneer die idealen der toekomst verwezenlijkt worden, geen veldwachter of politie-ambtenaar ooit meer iemand zal oppakken, zonder dat hij eerst een omweg over het kantoor van den eenen of anderen advocaat neemt"⁷⁴.

Engelen, ook rechter, voelt met de President van de Hoge Raad mee en "kan inderdaad niet goed begrijpen, dat men naast dien openbare ambtenaar nog wil hebben een dwarskijker, want daar komt het voor een groot deel op neer"⁷⁵. Engelen illustreert hoe hij verdachten tot bekennen brengt:

"Ik heb een zeer belangrijke diefstal te behandelen gehad in Apeldoorn. De zaak speelde gedeeltelijk ook in Amsterdam. Er waren tal van horloges, ringen en ik weet niet meer wat gestolen. Van tijd tot tijd ging ik alleen, zonder griffier, de vermoedelijke daders in de cel opzoeken om met hen, officieus, zonder daarvan proces-verbaal op te maken, te spreken. Ik wees hen op verschillende dingen. Langzamerhand begonnen zij te bekennen en het resultaat is geweest dat alles is terecht gekomen te Amsterdam (...). Wanneer ik nu telkens als ik iets vernam van de recherche te Amsterdam of iets wilde weten waarmee ik die recherche weder haar nut konde doen, een advocaat er bij had moeten halen, als ik erg 'ambtelijk' steeds had moeten optreden, zou men dan denken dat het gestolene terecht was gekomen? Wel neen"⁷⁶.

72 Van den Bergh 1902, p. 182-183. Eigenaardig is dat Van den Bergh geen bijstand van een advocaat vóór het eerste verhoor van de verdachte wil, weliswaar onder de voorwaarde dat dit verhoor slechts een voorlopig verhoor is waarin de verdachte aangeeft of hij bekend of ontkent. Hij wil de verdachte zelf zijn houding in het proces laten vaststellen, omdat hij "in sommige gevallen den invloed van den verdediger" vreest, zie *Handelingen NJV I*, p. 213. Bosman, Simons en Van Hamel vinden dit inconsistent en zien niet in waarom de advocaat niet ook voor het eerste verhoor met de verdachte zou mogen spreken, zie *Handelingen NJV 1902 II*, Bosman, p. 118, Simons, p. 179-180, Van Hamel, p. 199. Maar Van den Bergh staat in zijn standpunt niet alleen, ook Van Gigch is tegen toelating raadsman voor eerste verhoor, *Handelingen NJV 1902 II*, p. 139 en Brevet wil de raadsman helemaal niet bij de verhoren van de RC aanwezig laten zijn, *Handelingen NJV 1902 II*, p. 144.

73 *Handelingen NJV 1902 II*, p. 148.

74 Eijssell, *Handelingen NJV 1902 II*, p. 168.

75 Engelen, *Handelingen NJV 1902 II*, p. 152.

76 Engelen, *Handelingen NJV 1902 II*, p. 154-155.

Na deze ontboezeming kan Asscher, die het overigens helemaal met Van den Bergh eens is, het niet nalaten Engelen te plagen:

“van wien het ons zeker niet verwondert dat hij door zijne leuke gemoedelijkheid tal van bekentenissen wist te verkrijgen, vooral wanneer hij, zoo als wij uit zijn mond vernomen hebben, incognito, niet vergezeld van een griffier, in het gezellige schemeruur zoo knusjes bij den beklagde in de cel kwam”⁷⁷.

Al blijven met name bij de rechterlijke macht zorgen bestaan over de vragen of de advocaat zijn rechten niet zal misbruiken en of de waarheid bij rechtsbijstand in het vooronderzoek nog wel boven water zal komen, is de meerderheid tijdens de vergadering van de NJV in 1902 vóór vrij verkeer, aanwezigheid van de raadsman bij de verhoren van de rechter-commissaris en uitbreiding van de rechten van de verdediging in die zin, dat de verdachte in een vroeg stadium van de vervolging informatie moet krijgen en de kans moet krijgen zich te verdedigen. Ook het vraagpunt, waarin aan de orde wordt gesteld of de waarborgen, dat van het recht van verdediging niet een verkeerd gebruik wordt gemaakt, moeten worden versterkt, wordt op de vergadering van de NJV in 1902 vrijwel met algemene stemmen ontkennend beantwoord⁷⁸. Desalniettemin blijft de vrees van misbruik van bevoegdheden door de advocaat een steeds terugkomend thema⁷⁹.

1.2.1.5 De grenzen van de partijdigheid

Het antwoord op de vraag waarom de advocaat misbruik maakt van zijn bevoegdheden is nauw verbonden met de opvatting waar de grenzen van de partijdigheid van de verdediger liggen. Voor diegenen die van mening zijn dat de partijdigheid eindigt op het moment dat de advocaat de overtuiging krijgt dat hij een schuldige zou vrijpleiten, ligt de grens vrij duidelijk. De advocaat mag niet meewerken aan de vrijspraak van een schuldige verdachte⁸⁰. Opvallend is, dat de voorstanders van deze opvatting minder belang hechten aan vertrouwelijk contact tussen advocaat en cliënt en ook overigens van mening zijn dat de verdediger een zelfstandige koers moet varen die overeenkomt met zijn eigen opvatting en overtuiging over rechtvaardigheid en algemeen belang⁸¹. De advocaat mag, of moet zelfs, deze koers volhouden en moet zich terugtrekken als hij daardoor in conflict komt met zijn cliënt.

Degenen die van mening zijn dat de persoonlijke overtuiging van de advocaat over schuld van de verdachte er niet toe doet, trekken de grens bij het participeren in de (voorbereiding) van strafbare feiten, het wegmaken van bewijsmateriaal

77 Asscher, *Handelingen NJV 1902 II*, p. 163.

78 Zie voor de stemming over de vraagpunten *Handelingen NJV 1902 II*, p. 242-246.

79 Zie met name de parlementaire discussie over het zwijgrecht en het vrij verkeer voorafgaande aan de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926, beschreven in § 1.3.1 en zie ook de actuele discussie over misbruik van bevoegdheden § 1.11.2 en § 2.7-§ 2.7.5.

80 Zie voor een overzichtelijke bespreking van deze opvatting Hijmans 1923, p. 400-401.

81 Zie Voûte 1922, p. 89; Vrieze 1922, p. 98 en Trapman 1922, p. 157.

en het overhalen van getuigen onware verklaringen af te leggen⁸². De advocaat wordt verondersteld de verdachte te verdedigen, niet met hem samen te spannen. Moeilijker ligt de bepaling van de grens bij het adviseren van de cliënt. De *cliënt* mag sporen van het misdrijf weghalen of liegen. Men is het er over eens dat de *advocaat* dat zelf niet mag. Maar mag de advocaat de verdachte dit soort handelingen wel aanraden als dat in zijn zaak gunstig is? Eensgezind is men in de mening, dat de advocaat dergelijk gedrag niet *actief* mag adviseren, als de cliënt niet zelf op het idee gekomen is. Moeilijker is de beantwoording van de vraag, hoe de advocaat zich heeft te gedragen als de cliënt wel op dit soort ideeën komt en zijn advocaat hierover om raad vraagt. Moet de advocaat de cliënt dan voorlichten over de relevante wettelijke bepalingen, ook als deze daardoor (onterecht) zou worden vrijgesproken⁸³? Dit wordt, ook door de voorstanders van een principieel partijdige verdediging, niet vanzelfsprekend gevonden. Een illustratieve casus wordt in 1926 door Oskam geschetst⁸⁴. Het gaat om een inbraak, waarvan de officier van justitie in de veronderstelling verkeert dat deze om 24.00 uur door vier mannen is gepleegd, maar welke (naar de verdachten hun advocaten hebben bekend) in werkelijkheid om 4.00 's ochtends is gepleegd. Voor het tijdstip van 24.00 uur hebben alle verdachten een alibi en er zijn getuigen die dit kunnen bevestigen. De vraag die Oskam stelt is of de advocaten er aan mogen meewerken dat deze getuigen worden opgeroepen en vervolgens vrijspraak mogen bepleiten, terwijl zij van hun cliënten weten dat dezen de inbraak wel hebben gepleegd, maar dan 4 uur later? Oskam komt er niet uit⁸⁵. Hij vindt dat aan de ene kant gesteld kan worden dat de advocaat die de getuigen zou oproepen, overigens zonder de feiten te verdraaien, meewerkt aan misleiding van de rechter. Aan de andere kant heeft de advocaat volgens Oskam niet tot taak zijn eigen cliënt te laten veroordelen en justitie voor een foute voorstelling van zaken te behoeden. Ook Simons en Vonkenberg vinden het een moeilijke kwestie, hoe de verdediger zich heeft te gedragen als de verdachte tegenover hem bekent, maar in rechte wil blijven ontkennen. Simons stelt dat "waar de eerlijkheid eindigt, ook het recht van de advocaat eindigt" en dat als de advocaat de verdachte schuldig acht, hij ter zitting niet de persoonlijke overtuiging uit mag spreken dat de verdachte onschuldig is⁸⁶. Zowel Simons en Vonkenberg vinden dat de verdediger zich in een dergelijk geval op de vlakte moet houden en de belangen van zijn cliënt niet mag schaden. De advocaat zal het standpunt van zijn cliënt moeten respecteren en op basis van het aanwezige bewijsmateriaal de verdediging moeten voeren. Het is afhankelijk

82 Simons 1897, p. 23; Van der Vies 1899, p. 47; Gerlings 1922, p. 108.

83 Gerlings 1922, p. 108-109, vindt van wel. Ook Vonkenberg 1918, p. 51, is van mening dat de advocaat de verdachte mag voorlichten over zijn zwijgrecht en dat hij niet verplicht is te bekenen.

84 Oskam 1926.

85 In de strafpraktijk van heden ten dage zou de advocaat hier weinig moeite mee hebben: Het OM moet de feiten die gesteld worden in de tenlastelegging bewijzen. Door het oproepen van de getuigen toont de advocaat slechts aan dat de feiten gesteld in de tenlastelegging niet bewezen kunnen worden en handelt hij niet onoorbaar door getuigen op te roepen die een (overigens juist) alibi kunnen bevestigen.

86 Simons 1897, p. 30 en Simons 1898, p. 482.

van zijn eigen geweten of hij de cliënt probeert over te halen ook in rechte te kennen⁸⁷.

1.3 Het Wetboek van Strafvordering 1926: keerpunt voor de verdediging in strafzaken

In Wetboek van Strafvordering, dat op 1 januari 1926 is ingevoerd⁸⁸, wordt voor wat betreft de positie van de verdediging in het vooronderzoek vrij radicaal gebroken met de tot dan toe geldende regeling in WvSv 1886. In het nieuwe wetboek wordt een eind gemaakt aan de rechteloosheid van de verdachte in het vooronderzoek, maar worden ook de bevoegdheden van de overheid bij de vervolging uitgebreid. Daarbij is steeds gezocht naar een evenwicht tussen het belang van de overheid bij een effectieve strafvervolgning en dat van de verdachte burger, die zich moet kunnen verdedigen⁸⁹. Het resultaat van deze belangenafweging is dat de meeste bevoegdheden die aan de verdachte worden toegekend, de voortgang van het onderzoek niet mogen ophouden⁹⁰ of kunnen worden beperkt indien het belang van het onderzoek dat vordert⁹¹.

In de MvT op het wetsontwerp worden de wijzigingen voor de verdediging als volgt samengevat:

“Bij het ontwerp zijn ook reeds tijdens het vooronderzoek aan den verdachte belangrijke rechten toegekend, is ervoor gewaakt, dat hij voor zijne belangen bij den rechter kan opkomen en die belangen kan doen verdedigen, zich als procespartij kan doen gelden. Vermeld mogen worden de zeer groote uitbreiding van den rechtsgeleerden bijstand, die voortaan practisch ook voor den onvermogenenden verdachte niet zal behoeven te ontbreken, voorts de zeer tuime bevoegdheid tot de kennisneming der processtukken, het wegvallen van alle belemmeringen in het verkeer tusschen den verdachte en zijn raadsman, de gelegenheid, c.q. het recht van den raadsman om de verhooren door den rechter-commissaris bij te wonen, de groote waarborgen, waarmede de persoonlijke vrijheid van den verdachte is omringd, diens bevoegdheid om op het deskundigenonderzoek invloed te oefenen mede door de aanbeveling van tot deskundigen te benoemen personen, zijne uitgebreide bevoegdheid tot het aanstonds inroepen van de beslissing des rechters, indien hij meent in zijne rechten als procespartij te zijn verkort, de mondelinge behandeling zijner zaak door de raadkamer en in het algemeen de

87 Simons 1898, p. 476-477 en Vonkenberg 1918, p. 52-53; Simons 1921, p. 362-367. Tijdens de jaarvergadering van de Orde van Advocaten naar aanleiding van de preadviezen van Voûte, Vriezen en Gerlings, was het merendeel van de aanwezige advocaten van mening dat de advocaat in een dergelijk geval de verdediging niet moet neerleggen en dat de advocaat waar mogelijk de bewijsmiddelen behoort te bestrijden; maar de meningen waren verdeeld, zie Van Kuyk 1922.

88 KB 4 december 1925 (Stb. 465).

89 Zie TK 1913-1914, 286, nr. 3, MvT, p. 10 en 11 en p. 51 e.v.

90 Zie bijvoorbeeld art. 28 lid 2 Sv waarin het recht op contact met de raadsman is geregeld; idem de art. 50 lid 1 Sv (vrij verkeer), 186 lid 1 Sv (bijwonen verhooren).

91 Zie voor een tijdelijke beperking art. 30 lid 2 Sv (kennisneming processtukken) en voor het onthouden van het recht bij bepaalde onderzoekshandelingen aanwezig te zijn de art. 186 lid 1 Sv (verhooren verdachten, getuigen en deskundigen), 193 lid 1 (schouw), 231 lid 2 (onderzoek deskundigen)

bevordering der z.g. 'onmiddellijkheid' ook tijdens het vooronderzoek, zijne zo mogelijk persoonlijke deelneming aan tal van handelingen van instructie⁹².

Naast de mogelijkheden die aan de verdachte worden toegekend om invloed uit te oefenen op het vooronderzoek krijgt de verdachte de bevoegdheid zich ook gedurende het vooronderzoek te laten bijstaan door een advocaat⁹³, heeft hij recht op vrij verkeer⁹⁴ en recht op kennisneming van de processtukken⁹⁵. Verder is de toevoegingsregeling voor verdachten die niet over een gekozen raadsman beschikken uitgebreid⁹⁶.

De bevoegdheid van de verdachte om zich door een raadsman te laten bijstaan geldt vanaf het moment dat hij is aangehouden. Artikel 28 lid 2 Sv bepaalt dat de verdachte, telkens wanneer hij dit verzoekt, zich in verbinding kan stellen met zijn raadsman of raadsliden en artikel 38 lid 1 Sv bepaalt dat de verdachte ten allen tijde bevoegd is een of meer raadsliden te kiezen⁹⁷. Daarnaast staat in artikel 50 Sv dat de raadsman "vrijen toegang tot den verdachte die in verzekering is gesteld of zich in voorloopige hechtenis bevindt" heeft.

In ambtshalve toevoeging door de voorzitter van de rechtbank is voorzien vanaf het moment dat de dagvaarding of de kennisgeving van verdere vervolging wordt betekend en de verdachte zich in voorlopige hechtenis bevindt en niet over een gekozen raadsman beschikt⁹⁸. Maar de verdachte kan ook vóór dit tijdstip, indien hij zich in voorlopige hechtenis bevindt of wordt genomen, de voorzitter van de rechtbank verzoeken een raadsman toe te voegen⁹⁹. In alle andere gevallen¹⁰⁰ kan de raad voor rechtsbijstand een raadsman toevoegen indien de verdachte onvermogen is en er voor toevoeging voldoende grond aanwezig is¹⁰¹. Nieuw is ook de verplichting om de verdachte over de mogelijkheid van het verkrijgen van toegevoegde rechtsbijstand in te lichten¹⁰². Tevens is een bepaling opgenomen omtrent de vergoeding van de toegevoegde rechtsbijstand¹⁰³.

92 TK 1913-1914, 286, nr. 3, p. 11.

93 Zie de art. 28 en 39 Sv voor het invoeren van bijstand. Er is niet gekozen voor verplichte bijstand, hetgeen is af te leiden uit de term 'bevoegd' in art. 28, zie Huizinga 1927, p. 44; Blok/Besier 1925/1926 deel I, p. 117; zie art. 24 (thans 23) Sv voor de bijstand in raadkamer en de art. 63, 99, 186, 231 voor respectievelijk de bijstand bij het bevel bewaring, bij de huiszoeking, bij de verhoren van de verdachte of getuigen door de RC en bij een deskundigenonderzoek.

94 Art. 50 Sv.

95 Art. 30-34 en 51 Sv.

96 Art. 40-44 Sv.

97 Zie voor een uitgebreide bespreking van de betekenis van art. 28 Sv § 1.9.1 e.v. en § 2.4.2 e.v.

98 Toentertijd art. 40 en 43 Sv.

99 Art. 41 lid 1 Sv.

100 Het gaat dan om situaties waarin de verdachte niet in voorlopige hechtenis zit of in een andere strafzaak betrokken wordt dan waarvoor hij gedetineerd is.

101 Toentertijd art. 41 lid 2 Sv.

102 Art. 44 Sv.

103 Deze bepaling is echter pas op 1 januari 1950 in werking getreden in verband met "den toestand van 's lands financiën", Invoeringswet WvSv, 29 juni 1925, Stb. 308, art. 1 lid 2; KB 4 december 1925, Stb. 465 en KB 3 mei 1949, Stb. 190.

Een belangrijke bepaling voor de positie van de verdachte is de expliciete vermelding van het zwijgrecht van de verdachte in artikel 29 Sv. Door de verdachte dit recht uitdrukkelijk toe te kennen, in combinatie met het recht op informatie en rechtsbijstand, wordt hij van zuiver onderzoeksobject geëmancipeerd tot procespartij, die zelf zijn strategie in het strafproces kan en mag bepalen¹⁰⁴.

1.3.1 De parlementaire discussie over het zwijgrecht, de rechtsbijstand en het vrij verkeer

De kern van de hervorming van het strafproces voor de verdediging ligt in de wettelijke erkenning van het zwijgrecht, de cautieplicht en het recht op informatie, rechtsbijstand en vrij verkeer in het vooronderzoek. Deze rechten zijn tijdens de behandeling van de herziening van het Wetboek van Strafrecht in de Tweede en Eerste Kamer heftig bediscussieerd. Ondanks de roep om accusatoire veranderingen in het strafproces¹⁰⁵, blijft er een sterke stroming bestaan die wil vasthouden aan het inquisitoire principe¹⁰⁶.

Van Doorn opent de beraadslagingen in de Tweede Kamer met een regelrechte aanval op de hervormingen:

"Hoe heeft men nu in dit wetsontwerp trachten te bereiken dat de rechten van de beklaagden gewaarborgd worden? Vooreerst om de beklaagde het recht te geven om ab ovo een raadsman te kiezen en met dezen vrijelijk te spreken en brieven te wisselen en verder door den raadsman zelfs vrijen toegang te geven bij het vooronderzoek (...).

Verder wordt aan den verdachte de gelegenheid gegeven om telkens en telkens eigenlijk een spaak in het wiel te steken, den rustigen voortgang van het proces door allerlei maatregelen, door allerlei vertoogen, door allerlei requesten te belemmeren, en dat alles wordt dan overgoten met een saus van nietigheden (...).

En nu kom ik terug op hetgeen ik straks zei: wanneer het inderdaad is een algemeen belang dat er zij een krachtige repressie, dan moet men natuurlijk trachten zooveel mogelijk de rechten van den verdachte te handhaven. Maar men mag niet overslaan naar een ander uiterste: de rechten van den verdachte te handhaven en daaraan de voorkeur te geven boven het sociale belang: de repressie van de criminaliteit"¹⁰⁷.

De verplichting de verdachte voorafgaande aan zijn verhoor op zijn recht om te zwijgen te wijzen, vinden sommigen ronduit bespottelijk. Van Schaik zegt hierover:

104 Zie TK 1913-1914, 286, nr. 3, MvT, p. 56; Drenth 1939, p. 223 e.v.; Blok/Besier 1925/1926 deel I, p. 112 en 118 e.v.

105 Welke roep in het Weekblad voor het Recht door de redactie op 13-8-1886, W. 5317, als volgt werd aangekondigd: "Met dezen eersten September eindigt het tijdperk van den onstuimigen aandrang tot hervorming van het strafrecht; met deze eersten September begint de periode van ernstiger verzet tegen de beginselen, welke altijd ons strafproces beheerschen".

106 Zie § 1.2.1-§ 1.2.1.4 hiervoor en voor een illustratieve bloemlezing uit de wetsgeschiedenis en andere literatuur uit die tijd Drenth 1939, p. 224 e.v.

107 Handelingen TK 1919-1920, p. 1905.

"Naar mijn mening moet het in het strafproces er om te doen zijn, de waarheid aan het licht te brengen en gegevens te verkrijgen van alle mogelijke zijden, in de eerste plaats van dengene die beticht wordt het strafbare feit te hebben gepleegd. Door nu den verdachte opzettelijk erop opmerkzaam te maken, dat hij niet verplicht is te antwoorden, geeft men hem als het ware te kennen: houd je mond maar. Het gevolg zal dan ook zijn, dat in tal van gevallen de beklagden niets zeggen, terwijl zij anders misschien van plan waren de waarheid te zeggen"¹⁰⁸.

Ook valt er een zeker cynisme te bespeuren of de uitbreiding van de toevoegingsregeling enig effect zal hebben. Kleerekoper¹⁰⁹ erkent de noodzaak van rechtsbijstand voor de verdachte en vindt dit belang ruimschoots opwegen tegen de gevaren die uitgaan van de raadsman die obstakels opwerpt voor een goede rechtspleging. Maar van de inzet van toegevoegde advocaten in strafzaken heeft hij geen hoge pet op:

"is het in een samenleving als de onze niet een bescherming, welke practisch van veel meer beteekenis is voor dengene, die een advocaat kan betalen dan voor dengene aan wien een advocaat toegevoegd wordt? (...). Wij kennen uit de praktijk van vandaag toch reeds het eenvoudig verzoek om clementie voor den beklagde uit den mond van een verdediger, die slechts een zeer schemerachtige voorstelling heeft, om het zacht uit te drukken, van de strafzaak, waarin hij op het ogenblik als pleitbezorger optreedt. En niemand is zoo naïef, zelfs een meer naïef man dan deze geachte Minister is, om te veronderstellen, dat een toegevoegde verdediger, ganschelijk onbezoldigd of zelfs matig bezoldigd, van het begin van het vooronderzoek af tot het eindvonnis toe, steeds met volkomen kennis van zaken en met opoffering van zijn eigen tijd en zijn eigen particuliere belangen daar naast den hulpeloozen en geldmiddelenloozen verdachte zal staan (...)"

De Tweede Kamer blijkt verdeeld te zijn in twee kampen: de voorstanders van het primaat van de waarheidsvinding en diegenen die vinden dat er een eind moet worden gemaakt aan de rechteloze positie van de verdachte in het vooronderzoek. Deze laatsten¹¹⁰ wijzen erop dat men van het verhoor van de verdachte in het vooronderzoek een niet al te idyllische voorstelling moet maken. Volgens hen gaan in negentig procent van de gevallen de officier van justitie en de rechter-commissaris van de schuld van de verdachte uit en zijn deze magistraten alleen nog op zoek naar een methode om de verdachte te laten bekennen. Als de verdachte in die situatie belastende verklaringen aflegt, dan kan hij daarop moeilijk terugkomen. Daarom is de beschermende bepaling van de mededelingsplicht van het zwijgrecht noodzakelijk. De cautieplicht is bedoeld de verdachte ervoor te behoeden ten onrechte belastende verklaringen af te leggen¹¹¹.

108 Handelingen TK 1919-1920, p. 1927; idem: Kleerekoper Van Rappard Handelingen TK 1919-1920, p. 1927 welke laatste zegt: "de rechter-commissaris komt toch in een onmogelijke positie tegenover de verdachte, doordat hij moet zeggen: ge hoeft niet te antwoorden?"

109 Handelingen TK 1919-1920, p. 1910.

110 Zie bijvoorbeeld Marchant, Reijmer en Dresselhuys, Handelingen TK 1919-1920, p. 1905-1906 en 1908-1909.

111 Het is duidelijk dat het zwijgrecht vooral bedoeld was om ongeoorloofde pressie op de verdachte in verhoorsituaties te voorkomen en dat hieraan toentertijd geen bredere notie zoals het nemo tenetur beginsel ten grondslag lag.

Ook de tekst van artikel 50 Sv waarin het vrij verkeer tussen raadsman en verdachte is vastgelegd, is niet zonder slag of stoot tot stand gekomen. De bezwaren tegen het toestaan van vrij verkeer met de verdachte in het beginstadium van de vervolging hebben dezelfde achtergrond als de bezwaren tegen de cautie. Degenen die het onzinnig vinden dat de verdachte op zijn zwijgrecht moet worden gewezen, zijn er uiteraard ook op tegen dat de advocaat dit via het vrij verkeer doet. Bovendien zou de advocaat het onderzoek kunnen belemmeren. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat wantrouwen in de advocatuur een sterke leidraad is geweest bij de vaststelling van de tekst van artikel 50 Sv.

De in het ontwerp oorspronkelijk in artikel 46 opgenomen tekst luidt:

"De raadsman heeft vrijen toegang tot den verdachte die in verzekering wordt gehouden of zich in voorlopige hechtenis bevindt, kan hem alleen spreken en met hem brieven wisselen zonder dat van den inhoud door anderen wordt kennis genomen, een en ander onder het vereischte toezicht, met inachtneming van de huishoudelijke reglementen en zonder dat het onderzoek daardoor mag worden opgehouden"¹¹².

De gevaren van het onbeperkt toestaan van vrij verkeer worden, afgezien van de vrees dat de minder gewetensvolle advocaat het onderzoek kan belemmeren, vooral gezien in het 'spontane' advies van de advocaat aan de verdachte om niets te zeggen, waardoor een mogelijke bekentenis in de kiem gesmoord wordt. Hierdoor zou een verdachte, die best een verklaring zou willen afleggen, daarvan af zien. De minister van justitie, Heemskerk, komt dan ook in 1920 met een nota van wijziging, waarbij drie leden aan het (oorspronkelijk) uit één lid bestaande artikel 46 worden toegevoegd. Het tweede lid van artikel 46 komt dan te luiden:

"Voorzover dit dringend noodzakelijk is, kan tijdens het gerechtelijk vooronderzoek de rechter-commissaris en overigens tijdens het voorbereidende onderzoek de officier van justitie bevelen dat de raadsman geen toegang tot den verdachte zal hebben of dezen niet alleen zal mogen spreken en dat brieven of andere stukken, tusschen raadsman en verdachte gewisseld, niet zullen worden uitgereikt. Het bevel is slechts gedurende ten hoogste zes dagen van kracht, doch kan telkens voor gelijken termijn opnieuw worden gegeven. Van het bevel geschiedt schriftelijke mededeeling aan den raadsman en aan den verdachte"¹¹³.

De minister zegt in zijn toelichting dat misbruik geen grond mag zijn het vrij verkeer te ontfangen:

"met het oog op de ernstige praktische bezwaren, welke het recht van vrij mondeling en schriftelijk verkeer tusschen raadsman en gevangene verdachte in bepaalde gevallen kan opleveren, (dient TS) dat recht aan eenige beperkingen te kunnen worden onderworpen. Wat die

112 TK 1913-1914, 286.

113 TK 1919-1920, 18, nr. 1, p. 3; de twee laatste toe te voegen leden regelen dat het bevel on-
verwijld aan de rechtbank wordt voorgelegd, welke de raadsman hoort en het bevel kan op-
heffen, wijzigen of aanvullen en dat alle belemmeringen in het vrij verkeer eindigen zodra het
gerechtelijk vooronderzoek is gesloten of de kennisgeving van verdere vervolging of dag-
vaarding aan de verdachte is betekend.

practische bezwaren betreft heeft men nog niet eens aan een eventueelen minder consciëntieuzen raadsman te denken, al komt alles voor en al zou uiteraard een dergelijke raadsman aan artikel 46 bij uitstek de gelegenheid kunnen ontleenen om de strafzaak te doen mislukken, om getuigen en medeverdachten te instrueeren, om tot het wegmaken van stukken van overtuiging mede te werken, om als tusschenpersoon te dienen voor het overbrengen van mededeelingen van of aan den verdachte en alles wat dies meer zij. Artikel 46 opent daartoe inderdaad bij uitstek de gelegenheid. Al zou redelijk vermoeden, ja zelfs zekerheid bestaan, dat de raadsman zijn verkeer met den verdachte in bovenbedoelden zin misbruikt, dan nog zou hem toch op dien grond zijn recht tot vrij verkeer met den verdachte niet mogen worden ontnomen¹¹⁴.

Het voorstel, het recht van vrij verkeer te kunnen beperken is vooral gelegen in de omstandigheid dat ook een consciëntieus advocaat verplicht is zijn cliënt in te lichten over de onderzoeksresultaten die hem ter kennis zijn gekomen. Daarmee zou het doel dat ten grondslag kan liggen aan het toepassen van voorlopige hechtenis, namelijk collusiegevaar, illusoir worden, omdat de verdachte via de raadsman op de hoogte kan komen van feiten en omstandigheden waarvan de officier van justitie en de rechter-commissaris de verdachte tijdelijk onkundig willen laten.

De door de minister voorgestelde wijziging is volgens de Commissie van Voorbereiding te vaag geformuleerd en zij wil de gronden voor belemmering van het vrij verkeer nader gepreciseerd zien, zodat de beperkingen in het vrij verkeer niet volkomen aan de discretionaire bevoegdheid van de officier van justitie of de rechter-commissaris wordt overgelaten. In een tweede nota van wijziging past de minister de tekst aan. De woorden: "voorzover dit dringend noodzakelijk is" worden vervangen door "indien uit bepaalde omstandigheden een ernstig vermoeden voortvloeit". Verder wordt er ook een extra motiveringsplicht opgenomen. De nieuw voorgestelde tekst luidt als volgt:

"Indien uit bepaalde omstandigheden een ernstig vermoeden voortvloeit dat het vrije verkeer tusschen raadsman en verdachte hetzij zal strekken om den verdachte bekend te maken met eenige omstandigheid, waarvan hij in het belang van het onderzoek tijdelijk onkundig moet blijven, hetzij wordt misbruikt voor pogingen op de opsporing der waarheid te belemmeren, kan tijdens het gerechtelijk vooronderzoek de rechter-commissaris, en overigens tijdens het vooronderzoek de officier van justitie telkens bevelen, dat de raadsman geen toegang tot den verdachte zal hebben of dezen niet alleen zal mogen spreken en dat brieven of andere stukken, tusschen raadsman en verdachte gewisseld, niet zullen worden uitgereikt. Het bevel omschrijft de bepaalde omstandigheden in den voorgaanden zin bedoeld; het beperkt de vrijheid van verkeer tusschen raadsman en verdachte niet meer en wordt voor niet langer gegeven, dan door die omstandigheden wordt gevorderd, en is in elk geval slechts gedurende ten hoogste zes dagen van kracht. Van het bevel geschiedt schriftelijke mededeeling aan den raadsman en aan den verdachte"¹¹⁵.

Wat opvalt is, dat in deze versie misbruik van vrij verkeer wél als grond voor de beperking van het vrij verkeer is opgenomen, terwijl de minister aanvankelijk had

114 TK 1919-1920, 18, nr. 1, p. 3-4.

115 TK 1919-1920, 18, nr. 2.

gesteld dat dit geen grond zou kunnen opleveren voor een belemmering van het vrij verkeer¹¹⁶. De minister geeft niet aan waarom hij kennelijk van mening is veranderd. Er zijn nu dus twee concrete gronden aangegeven die aanleiding kunnen zijn het vrij verkeer te beperken: als de verdachte bekend dreigt te worden met een omstandigheid waarvan hij tijdelijk onkundig moet blijven en als het vrij verkeer zal worden misbruikt om de waarheidsvinding te belemmeren. Deze gronden moeten uit bepaalde omstandigheden, die in het bevel moeten worden omschreven, blijken. Bovendien mag het vrij verkeer niet méér beperkt worden dan strikt noodzakelijk.

Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer probeert Van Sasse van Ysselt de mogelijkheden om het vrij verkeer te beperken nog te verruimen door een amendement in te dienen waarbij als grond voor de beperking van het vrij verkeer toch wordt opgenomen: "Voorzover dit in het belang van het onderzoek noodzakelijk kan zijn" en door de motiveringsplicht te omschrijven met de woorden "het bevel is met redenen omkleed"¹¹⁷. Dit amendement wordt uiteindelijk verworpen, maar de discussie in de Tweede Kamer is (weer) kenmerkend voor de tweedeling in opvattingen over de strekking van de rechtsbeschermende bepalingen voor de verdachte en het wantrouwen in de advocatuur.

Voorstanders van het amendement noemen de volgende argumenten:

- de preventieve hechtenis dient hoofdzakelijk om het OM in de gelegenheid te stellen bewijsmateriaal te verzamelen. Als hierbij vrij verkeer met een raadsman wordt toegestaan, wordt het effect van de preventieve hechtenis weggenomen¹¹⁸;
- onbeperkt vrij verkeer met een raadsman is vooral bedenkelijk als het gaat om een vermogende verdachte die over voldoende intellectuele begaafdheden beschikt om zich aan een strafvervolgung te onttrekken. Onbeperkt vrij verkeer is daarom erg bedenkelijk;
- de officier van justitie en de rechter-commissaris genieten voldoende vertrouwen en zullen geen misbruik maken van een ruimer geredigeerde bevoegdheid het vrij verkeer te beperken¹¹⁹.

De tegenstanders van het amendement van Van Sasse van Ysselt voeren de volgende argumenten aan:

- de beperkingen die in het amendement van Van Sasse van Ysselt worden voorgesteld lijken wel heel onschuldig, maar in de praktijk zal het erop neerkomen dat de beperkingen van het vrij verkeer, die bedoeld zijn als uitzonderingen, regel zullen worden. Bij de parketten van het OM en ook bij de rechterlijke macht (waarvan Van Sasse van Ysselt deel uit maakt) is immers de

116 Zie het voorgaande citaat van de minister, TK 1919-1920, 18, nr. 1, p. 3-4.

117 Handelingen TK 1919-1920, p. 1934.

118 Van Doorn, Handelingen TK 1919-1920, p. 1940.

119 Van Sasse van Ysselt, Handelingen TK 1919-1920, p. 1936-1937.

- opvatting dominant, dat het in het algemeen wenselijker is de balie uit het vooronderzoek te weren¹²⁰;
- het is onjuist het algemeen belang en het privé-belang van de verdachte als tegengestelde belangen te presenteren. Het is immers in het algemeen belang dat er een behoorlijke rechtsgang wordt gewaarborgd:

“Wanneer dus de raadsman wordt toegelaten, doen wij dat niet omdat het privé belang in strijd met het algemeen belang dat meebrengt, maar omdat krachtens de eischen van het algemeen belang hier een goede rechtsgang verzekerd moet zijn. Op het ogenblik is de preventieve hechtenis een middel om den verdachte te onttrekken aan de bijstand van de menschen, die hem helpen kunnen. Wanneer hij wordt opgeborgen kan hij niemand raadplegen; hij wordt onttrokken aan de gedachtenwisseling met iedereen buiten zijn cel. Dat deze prikkeling wordt weggenomen om iemand te detineren, is een groote verbetering”¹²¹;

- de voorlopige hechtenis mag nooit worden aangewend om de verdachte onder druk te zetten¹²².

Nadat ook de Commissie van Voorbereiding zich tegen het amendement van Van Sasse van Ysselt heeft uitgesproken, stelt de minister op het laatste moment nog een wijziging voor om de woorden ‘wordt misbruikt’ te vervangen door ‘zal worden misbruikt’, omdat uit de zinsnede ‘wordt misbruikt’ zou kunnen worden afgeleid dat misbruik al moet hebben plaatsgevonden, terwijl het toch gaat om het voorkómen van misbruik¹²³. Daarop ontstaat er weer een discussie tussen Rink, de voorzitter van de Commissie van Voorbereiding¹²⁴ en de minister. Rink stelt dat het niet alleen gaat om een puur redactionele kwestie, maar om het scheppen van waarborgen dat aan het beginsel van vrij verkeer zo volledig mogelijk recht wordt gedaan¹²⁵. Rink wordt bijgevallen door Dresselhuys die benadrukt dat er wel degelijk een verschil is tussen ‘wordt misbruikt’ en ‘zal worden misbruikt’:

“Bij het eerste eischt men feiten, bij het tweede kan men persoonlijke overwegingen laten gelden. Ik kan mij voorstellen, dat een rechter-commissaris om den persoon des raadsmans vermoedt, dat misbruik zal worden gemaakt en alleen op dien grond weigert, maar dat is uitgesloten bij den preasens”¹²⁶.

120 Van Schaik, Handelingen TK 1919-1920, p. 1938-1939.

121 Marchant, Handelingen TK 1919-1920, p. 1940.

122 Kleerekooper en Dresselhuys, Handelingen TK 1919-1920, p. 1942-1943.

123 Dit waarschijnlijk naar aanleiding van een opmerking van Reijmer dat ter verduidelijking van de tekst in plaats van ‘wordt misbruikt’, ‘zal worden misbruikt’ zou kunnen worden opgenomen, Handelingen TK 1919-1920, p. 1943.

124 De Commissie van Voorbereiding bestond uit de Tweede Kamerleden Rink, Van Schaik, Sannes en Marchant.

125 Handelingen TK 1919-1920, p. 1944-1945.

126 Handelingen TK 1919-1920, p. 1945.

Naar aanleiding van de verwarring die in de Tweede Kamer over de precieze betekenis van 'wordt misbruikt' ontstaat, geeft de minister aan, dat het hem er alleen om te doen is te voorkomen, dat het vrij verkeer pas dan kan worden beperkt, als uit omstandigheden is gebleken dat er al een bepaald misbruik is geweest. Dat laatste gaat hem te ver. Als de Commissie van Voorbereiding wil toezeggen dat met 'wordt misbruikt' niet bedoeld wordt, dat er reeds misbruik moet hebben plaatsgevonden, dan is hij bereid de door hem voorgestelde wijziging in te trekken. Daarop antwoordt Rink, dat de Commissie van Voorbereiding vindt dat er sprake moet zijn van recente vermoedens van misbruik en dat bijvoorbeeld misbruik in een vroegere zaak geen grond mag opleveren het vrij verkeer te belemmeren: "Hieruit volgt niet, dat steeds een voltooid misbruik moet hebben plaats gehad, alvorens beperking van het verkeer kan worden bevolen"¹²⁷. Daarop gaat de minister door de bocht en is hij bereid de oorspronkelijke redactie van zijn tweede wijziging zoals deze hierboven is weergegeven¹²⁸ te handhaven en deze redactie wordt in de Tweede Kamer aanvaard.

In de Eerste Kamer vindt een herhaling van de discussie in de Tweede Kamer plaats. Volgens het Voorlopig Verslag van de Commissie van Rapporteurs achten velen de vrijheid van briefwisseling tussen raadsman en verdachte, zonder dat van de inhoud daarvan door anderen mag worden kennisgenomen, een 'verderfelijk beginsel'. Ook de redactie van het tweede lid van artikel 50 Sv over de mogelijkheden het vrij verkeer te beperken wekt weerstand. Men is bang dat het ingrijpen van de officier van justitie en de rechter-commissaris, door de strenge eisen waaraan een bevel beperking van het vrij verkeer moet voldoen, meestal te laat zal komen¹²⁹. Volgens de minister zijn de mogelijkheden om in te grijpen in het vrij verkeer voldoende gewaarborgd. Hij benadrukt dat de vrijheid van briefwisseling geen 'vrije briefwisseling met iedereen' betekent en dat de directeur van een inrichting maatregelen kan nemen om na te gaan dat de correspondentie inderdaad voor de advocaat bestemd is en van de advocaat afkomstig is. Als het vrij verkeer misbruikt wordt, zal naast de beperking van het vrij verkeer ook disciplinair gereageerd kunnen worden. Bovendien kan een bevel beperkingen op grond van artikel 50 lid 2 Sv telkens weer opnieuw worden gegeven en mag het onderzoek door het vrij verkeer niet worden opgehouden. Daarnaast is er al voldoende grond voor het nemen van maatregelen ex artikel 50 lid 2 Sv indien uit bepaalde omstandigheden blijkt van een *ernstig vermoeden* van misbruik van vrij verkeer. Al zal het mogelijk blijven dat het vermoeden van misbruik van vrij verkeer wel eens te laat ontstaat, de reputatie van raadsman ten aanzien van wie een dergelijk ernstig vermoeden van misbruik is gerezen, zal er niet beter op worden¹³⁰. Kennelijk heeft de minister (de meerderheid van) de Eerste Kamer met deze argumenten overtuigd, want met deze opmerkingen eindigt het debat in 1921 over het vrij verkeer. Maar het laatste woord is er nog niet over gesproken.

127 Zie voor de hiervoor weergegeven discussie Handelingen TK 1919-1920, p. 1944-1947 en p. 1966-1967.

128 Nota van wijziging TK 1919-1920, 18, nr. 2.

129 EK 1920-1921, 18, nr. 10, p. 7-8.

130 Memorie van Antwoord, EK 1920-1921, 18, nr. 10a, p. 8-9.

1.4 De anticlimax na 1926

Nadat, na een aanloop van 40 jaren, met de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926, een aantal zwaarbevochten rechten voor de verdediging in het vooronderzoek is gerealiseerd, volgt een periode waarin moet blijken wat deze rechten in de praktijk waard zijn. In het redactioneel van het Weekblad van het Recht van 30 december 1925, getiteld "1 januari 1926" wordt erop gewezen dat weliswaar met het zuiver inquisitoire karakter van het vooronderzoek is gebroken, maar dat veel rechten van de verdediging zijn toegekend onder de clausule "voorzover het belang van het onderzoek het naar het oordeel van den rechter-commissaris niet verbiedt". Het is dus afwachten, hoe met deze voorzichtigheidsclausule wordt omgesprongen. Het nieuwe Wetboek van Strafvordering vergt een omschakeling in mentaliteit bij zowel de staande en zittende magistratuur, die inmenging van de verdediging in het vooronderzoek tot nu toe niet gewend zijn. Er wordt ook een belangrijke verantwoordelijkheid op de schouders van de advocatuur gelegd, die van de nieuw toegekende rechten een zodanig gebruik moet maken dat het vertrouwen in de balie niet geschaad wordt¹³¹.

De hiervoor weergegeven meningsverschillen over de positie van de verdediging in het vooronderzoek, die onder andere tijdens de behandeling van het Wetboek van Strafvordering in de Eerste en Tweede Kamer naar voren zijn gekomen, zijn met de invoering van het Wetboek van Strafvordering niet verdwenen. Dat de acceptatie van de uitgangspunten van de wetgever, met betrekking tot de positie van de verdediging in het vooronderzoek, bij de rechterlijke macht, met name bij de rechter-commissaris, niet vanzelfsprekend is, blijkt uit een polemieek die vrij snel na de invoering van Sv 1926 in 1928 losbrandt in het NJB. De aanval op de positie van de verdediging wordt geopend door A.J. Marx, zelf rechter-commissaris, die in de bemoeienis van de raadsman in het vooronderzoek een ernstig maatschappelijk gevaar ziet¹³².

In de eerste plaats vindt Marx dat er een ergerlijke ongelijkheid is tussen de positie van de verdachte die een toegevoegde raadsman heeft en de verdachte die een gekozen raadsman heeft. De toegevoegde raadsman komt, door de enigszins langzame werking 'der gerechtelijke machine', de cliënt meestal pas bezoeken nadat deze al enige dagen in bewaring heeft gezeten, terwijl de gekozen raadsman zijn cliënt vaak al tijdens de in verzekeringstelling bezoekt. Ook ziet Marx een verschil van inspanning tussen de gekozen en toegevoegde raadsman. Gelet op deze ongelijkheid is Marx een voorstander van afschaffing van rechtsbijstand in het vooronderzoek: dan verkeren de vermogende en onvermogende verdachte in dezelfde positie.

Daarnaast maakt Marx melding van een praktijk waarbij van het vrij verkeer misbruik wordt gemaakt doordat advocaten zich al stellen als gekozen raadsman, voordat de verdachte een dergelijke keuze heeft gedaan en zich zo met een oneigenlijk middel de toegang verschaffen tot de verdachte, die dan omgepraat wordt

131 Weekblad van het Recht 1925, Nr. 11438.

132 Marx 1928 I.

hen als raadsman te kiezen¹³³. Zo lukt het advocaten, volgens Marx, zich een weg tot de verdachte te banen, die vervolgens door gebrekkig inzicht een raadsman kiest op een moment, dat hij er helemaal geen belang meer bij heeft, bijvoorbeeld in het geval dat het bewijs al is geleverd. Maar deze bezwaren zijn voor Marx niet eens de belangrijkste. Hij ziet de raadsman in het vooronderzoek als een 'sociaal gevaar' omdat het vooronderzoek zoveel mogelijk zuiver moet worden gehouden van partijdige verklaringen, die onder invloed van of in overleg met de verdachte zouden kunnen worden afgelegd. De bewaring van deze zuiverheid is volgens Marx onmogelijk als de raadsman toegang heeft tot de gedetineerde verdachte "en dan natuurlijk – zij het ook bona fide – ongewenste banden knoopt". Marx neemt dit de raadslieden zelf niet echt kwalijk, alhoewel zijn insinuaties in die richting niet van de lucht zijn. Zijn ernstigste bezwaren zijn gericht tegen het systeem van de wet:

"Wie goed leest zal hebben begrepen, dat mijn aanval zich hier keert tegen het stelsel der wet, en dus geenszins tegen de raadslieden, die, nu we eenmaal de aangevochten bepalingen hebben, niet anders kunnen doen dan er zich naar gedragen en zelfs hun plicht zouden verzaken, als ze zich niet gewillig leenden tot het overbrengen van allerlei wellicht suggestieve berichten en vragen van gedetineerde verdachten aan getuigen en omgekeerd, zoolang hun de kwaade trouw der hen in beweging brengende personen niet volstrekt evident is. En wanneer is ze dat eens? Hoe zelden zal het voorkomen, dat een verdachte of aan hem verbonden getuige zijn spel zoo grof speelt, dat de raadsman met eene zekerheid van 100% weet, dat men hem misbruiken wil!"¹³⁴.

Marx heeft ook geen enkele verwachting van de mogelijkheid voor de rechter om het vrij verkeer te beperken als het vrij verkeer zou strekken tot het belemmeren van de waarheidsvinding ex artikel 50 lid 2 Sv. Een ernstig vermoeden van misbruik moet uit omstandigheden blijken en een dergelijke bewijsvoering is voor een rechter-commissaris onmogelijk. Alleen al het idee, dat het vrij verkeer er niet toe zou strekken de waarheidsvinding te belemmeren, acht Marx een blijk van 'overstelpende onmenschkundigheid'.

Ook het recht van de raadsman om bij verhoren aanwezig te zijn en het recht op kennisneming van de stukken vindt Marx bijzonder hinderlijk, omdat de raadsman door suggestieve uitlatingen tijdens een verhoor, de getuigen en verdachte op een ander spoor dan dat van de waarheid kan brengen en door kennisneming van de stukken getuigen kan intimideren en het verweer door in de bewijsvoering ontdekte lacunes 'listig' kan voorbereiden.

Marx is een voorbode van het aanbreken van een meer totalitair getint tijdperk na de liberale periode, die aan de invoering van het Wetboek van Strafvordering in

133 Marx interpreteert de mogelijkheid van aanverwanten om een raadsman te kiezen ex art. 38 lid 3 Sv zeer beperkt, door te stellen dat alleen de verdachte die niet bij zinnen is en niet kan schrijven, verhinderd is van zijn wil ten aanzien van de keuze van een raadsman te doen blijken.

134 Marx 1928 I, p. 329.

1926 voorafging. Marx noemt in het einde van zijn artikel de recente wijziging van het Wetboek van Strafvordering:

"eene stuip trekking van een individualisme, dat we overwonnen mochten hopen. Gezonde gemeenschapszin eischt stellig, dat elkeen de onaangenaamheden ondervinde, verbonden aan zijn eigen gedragingen en die van zijn kring. Wijzen zulke gedragingen erop, dat zeker persoon een misdrijf heeft begaan en anderen dit willen verdoezelen, dan behoort het tot de onaangenaamheden, welke dien persoon kunnen treffen, ook diens geestelijke en menigmaal ook lichamelijke isolering, als middel om de waarheid omtrent zijn doen en laten ongestoord te doorgronden. Dat is niet onbillijk, ook dan niet, wanneer achteraf mocht blijken, dat de leelijke schijn ten onrechte op de betrokken verdachte viel: het veilig bestaan eener geordende gemeenschap immers vordert nu eenmaal, dat we somwijlen reeds enkel op grond van waarschijnlijkheden iets te lijden hebben".

Of Marx onder de rechterlijke macht veel medestanders heeft die even onverbloemd en openlijk durven uit te komen voor hun standpunten wordt uit de literatuur niet duidelijk¹³⁵. Uit de omstandigheid dat hij in 1934 door de NJV wordt gevraagd een preadvies te schrijven over de wijzigingen die in het Wetboek van Strafvordering zouden moeten worden aangebracht, waarover hierna meer¹³⁶, blijkt echter dat hij door juridisch Nederland wel serieus wordt genomen. De protesten tegen de opvattingen van Marx zijn voornamelijk afkomstig uit de advocatuur. Vooral tegen de suggestie die van zijn opvattingen uitgaat, dat advocaten niets meer zijn dan 'een zwarte bende van medeplichtigen' die verklaringen van getuigen en verdachten met elkaar in overeenstemming brengen en daarmee de betrouwbaarheid van het onderzoek teniet doen, wordt stelling genomen¹³⁷. Hiertegen wordt ingebracht dat de verdediging in het vooronderzoek ervoor moet zorgen dat ook ontlastend materiaal in het dossier wordt opgenomen. Niet valt in te zien dat hieruit een ernstig vermoeden kan worden afgeleid dat het onderzoek wordt geschaad. Maar Marx laat zich door deze kritiek niet uit het veld slaan en dient van repliek. Hij benadrukt dat hij nooit heeft betoogd dat advocaten willens en wetens het recht van vrij verkeer zouden misbruiken, maar dat "de heeren der balie den toelag van verdachten, om hen als trait d'union te misbruiken, lang niet steeds zullen doorzien"¹³⁸. Dat het vrij verkeer door de verdachte zal worden gebruikt om getuigen te intimideren vindt hij vanzelfsprekend en dit hoeft als feit van algemene bekendheid volgens hem niet te worden bewezen. Marx kondigt verder nog aan, dat hij het misbruik dat sommige advocaten volgens hem van het vrij verkeer maken, door zich al voortijdig als gekozen raadsman te stellen om vrije toegang tot de verdachten te krijgen, zal ondervangen, door steeds eerst bij

135 Zie voor de opvattingen van een rechter-commissaris die ook vindt dat de verdachte in het nieuwe wetboek van strafvordering te veel met fluwelen handschoenen wordt aangepakt Feith 1928; Weyl 1928 wijst er echter op dat er ook rechters-commissaris zijn die niet zulke vijandelijke gevoelens tegen de advocatuur koesteren als Marx.

136 Zie § 1.5.

137 Schölvinc 1928; Muller Massis 1928; Lind 1928; Hamming 1928.

138 Marx 1928 II.

de verdachte na te vragen of deze inderdaad betrokken advocaat als raadsman heeft gekozen, alvorens de raadsman toe te laten.

Een jaar later schrijft Marx¹³⁹ hoe aan het in de wet erkende recht van de verdachte en raadsman op kennisneming van de processtukken in het vooronderzoek, waarvan hij, zoals uit zijn eerdere publicaties blijkt, geen voorstander is, een uitleg kan worden gegeven "waardoor ze voor de publieke veiligheid zoo min mogelijk gevaar opleveren". Hij geeft aan dat de ratio van de artikelen 30 en 31 Sv¹⁴⁰ – kennelijk tot zijn grote spijt – is, dat alles wat de verdachte reeds eenmaal heeft gezegd of tot in alle bijzonderheden heeft vernomen, hem en zijn verdediger ten allen tijde ter opfrissing van hun herinnering ter beschikking moet blijven. Hij vindt dit een groot gevaar omdat hierdoor bewijslacunes voortijdig kunnen worden ontdekt en door de verdachte middels 'berekende' antwoorden of bewerking van getuigen de invulling van deze lacunes kunnen worden beïnvloed. Daarom pleit hij voor een zo restrictief mogelijke interpretatie van desbetreffende wetsartikelen. Met gebruikmaking van de 'geweldige' beperking die artikel 31 sub b Sv¹⁴¹ mogelijk maakt, zonder welke mogelijkheid het leed voor de rechter-commissaris niet zou zijn te overzien, kan kennisneming van stukken worden geweigerd, indien de raadsman niet gevraagd heeft verhoren bij te wonen of als ten tijde van de verhoren nog geen raadsman is toegevoegd of gekozen.

Voor wat betreft het bijwonen van de verhoren door de raadsman doet Marx nog wat – zijns inziens nuttige – suggesties aan de hand. Hij stelt voor dat de rechter-commissaris het tot gewoonte maakt voorafgaande aan de verhoren een schriftelijke beschikking te geven dat het belang van het onderzoek afwikkelen van de verhoren door de raadsman verbiedt. Alleen als de rechter-commissaris geen bezwaar ziet in het bijwonen van verhoren, zal hij de raadsman daartoe oproepen. Ook artikel 187 Sv, dat voorschrijft dat de raadsman behoort te worden uitgenodigd bij een verhoor van een getuige die vermoedelijk niet ter terechtzitting zal verschijnen, mag volgens hem creatief worden gebruikt door de clause "tenzij het belang van het onderzoek geen uitstel van het verhoor gedooft" als veiligheidsklep te gebruiken om een argument te hebben de raadsman niet voor een verhoor uit te nodigen. De mogelijke aanwezigheid van de raadsman bij verhoren blijft hem een doorn in het oog:

"hem, die de werkelijkheid een weinig kent, zijn gevallen, als hier laatstelijk bedoeld niet vreemd; hij weet, dat er getuigen zijn, die, hoewel beziel van den wil tot ware vermelding

139 Marx 1929 I.

140 Waarin de kennisneming en onthouding van processtukken is geregeld.

141 Art. 31 sub b luidt: "Aan den verdachte mag niet worden onthouden den kennisneming van: (...).

b. de processen-verbaal betreffende verhooren of handelingen van onderzoek, waarbij hij of zijn raadsman de bevoegdheid heeft gehad tegenwoordig te zijn, tenzij en voor zoover uit een proces-verbaal blijkt van eenige omstandigheid waarvan hij in het belang van het onderzoek tijdelijk onkundig moet blijven en daarmede een bevel als bedoeld in artikel 50 tweede lid is gegeven.

der feiten, tot leugens vervallen, zoodra ze onder de invloedssfeer van den verdachte of diens raadsman staan. Ze worden daardoor a.h.w. geparalyseerd gelijk het konijn door de slang"¹⁴².

Marx acht daarom een 'practische' uitleg van wetsbepalingen toelaatbaar en 'wetsonduidelijkheden' zegenrijk, omdat zij de gelegenheid bieden het maatschappelijk belang te dienen.

Ook nu blijven protesten niet uit tegen deze openbare les in wetsontduiking, die aan Muller Massis de verzuchting ontlokt:

"Werkelijk, indien Mr. Marx school maakte en zijn juridische goocheltoeren ingang vonden, zou er slechts één middel mogelijk zijn om daartegen te reageeren, het unaniem weigeren de verdediging te voeren. Gelukkig bestaat er bij de Balie zooveel vertrouwen in de Rechterlijke Macht dat zij weet dat het nooit zover zal komen"¹⁴³.

Simons heeft in 1929 middels een enquête geprobeerd de effecten van het nieuwe Wetboek van Strafvordering te onderzoeken¹⁴⁴. Op grond van de resultaten hiervan moet hij concluderen dat de aanwezigheid van de toegevoegde raadsman bij verhoren in vooronderzoek uitzondering is. Hij vindt dat men dit van de toegevoegde raadsman ook niet kan verlangen of verwachten. In veel gevallen wordt pas een raadsman toegevoegd als het onderzoek al afgelopen is, of als de verhoren al hebben plaatsgevonden. Simons trekt uit de informatie die hij heeft gekregen de conclusie, dat er een groot verschil is tussen de toegevoegde en de gekozen raadsman. De gekozen raadsman kan eerder optreden en informeert ook actiever bij de rechter-commissaris wanneer er verhoren plaatsvinden. De rechters-commissaris plegen niet uit eigener beweging raadsliden voor verhoren uit te nodigen en zijn hiertoe wettelijk ook niet verplicht. In sommige arrondissementen schijnen alle toegevoegde zaken door één advocaat te worden waargenomen, die ze van andere collega's overneemt. Dit vindt Simons een bedroevende ontwikkeling. Het is volgens hem moeilijk de kwaliteit van de rechtsbijstand van de toegevoegde advocaat in de toevoegingsregeling te waarborgen. Ook de beloning van de toegevoegde advocaat op grond van artikel 48 Sv¹⁴⁵ is nog steeds niet geregeld. Maar Simons betwijfelt of in een beloning een oplossing kan worden gevonden. Hij is bang hierdoor advocaten worden gelokt die alleen maar strafzaken doen vanwege het geld dat ze daarvoor krijgen.

Als de raadsman al aanwezig is bij de verhoren van de rechter-commissaris, dan wordt over de betekenis van die aanwezigheid verschillend gedacht. Simons wijst, zonder Marx met naam te noemen, naar een rechter in een van de grote

142 Marx 1929, p. 230.

143 Muller Massis 1929; zie voor andere reacties Schorlesheim 1929; Lind 1929; Redactioneel, Artikel 187 Wetb. v. Strafvordering, Weekblad van het Recht 1929, nr. 11956; Hanks Drielsma 1929 en voor repliek Marx 1929 II.

144 Simons 1929.

145 Artikel 48 Sv, waarin staat vermeld dat bij algemene maatregel van bestuur de beloning van de toegevoegde advocaat wordt geregeld, is pas op 1 januari 1950 in werking getreden, KB 3 mei 1949, Stb. 190. Voor die tijd moest de toegevoegde advocaat zijn werkzaamheden daadwerkelijk pro deo verrichten.

rechtbanken die niet lijdt aan overdreven waardering voor het werk van advocaten¹⁴⁶. Uit de reacties die Simons heeft ontvangen blijkt dat sommige rechters-commissaris de advocaat als noodzakelijk kwaad beschouwen, maar dat andere rechters-commissaris bijzonder vriendelijk zijn en de raadslieden alle ruimte gunnen. Simons komt tot de conclusie dat in zaken met een toegevoegde raadsman de tegenwoordigheid van de raadsman bij de verhoren buitengewoon zeldzaam is en dus van weinig betekenis is, terwijl in zaken waarin een raadsman wordt betaald, zijn aanwezigheid bij de verhoren zeker waarde kan hebben. Deze waarde is volgens Simons in hoge mate afhankelijk van de persoon van de rechter, (hoeveel ruimte wordt de raadsman gegeven) en uiteraard ook van de professionele kwaliteiten van de advocaat.

Hoe aan het vrij verkeer in de periode van in verzekeringstelling vorm wordt gegeven, is Simons niet duidelijk geworden. Hij vraagt zich af of de politie bijzonder gewillig is, aan een verzoek van de verdachte zijn raadsman te kunnen spreken, te voldoen.

Kennisneming van processtukken schijnt echter zelden te worden geweigerd.

Al met al komt Simons tot de conclusie dat er in vergelijking met het oude Wetboek van Strafvordering voor de verdediging veel in gunstige zin is veranderd, alleen al door het toestaan van vrij verkeer in het vooronderzoek. Dat er een groot onderscheid is tussen betaalde en toegevoegde rechtsbijstand wordt door Simons weliswaar betreurd, maar ook geaccepteerd als een sociaal gegeven.

De ondertoon van de analyse van Simons is duidelijk een van betrekkelijke teleurstelling. Enerzijds lijkt de advocatuur de verruimde mogelijkheden tot het verlenen van rechtsbijstand in strafzaken niet bepaald met voortvarendheid aan te grijpen. Anderzijds is er ook een zekere administratieve traagheid bij rechtbanken om advocaten toe te voegen, waardoor een toevoeging vaak als mosterd na de maaltijd komt en advocaten ook niet in staat worden gesteld van hun bevoegdheden gebruik te maken¹⁴⁷. Simons wijst erop dat men niet moet vergeten dat de nieuwe bepalingen van strafvordering moeten worden uitgevoerd door ambtenaren die hun loopbaan onder het oude recht zijn begonnen en voor wie veel bepalingen bedenkelijke nieuwigheden zijn. Hij hoopt dat alle betrokken partijen in het nieuwe recht zullen 'ingroeien'.

1.5 De jaren dertig: de invloed van totalitaire stromingen

De jaren dertig staan in het teken van nationaal-socialistische stromingen die het sterkst zijn geweest in Italië en Duitsland, maar die ook in Nederland een verschuiving teweeg brengen in de opvattingen over de balans tussen rechtsbescherming en het belang van de gemeenschap bij misdaadbestrijding. In de ideologie van de fascistische totalitaire staat is het individuele belang volstrekt ondergeschikt aan de belangen van de gemeenschap, wat als consequentie heeft dat een aantal strafrechtelijke verworvenheden, zoals het legaliteitsbeginsel en de voor de

146 Zie Marx 1928 en 1929.

147 Hierop wordt vooral gewezen door Schölvink 1928, p. 358.

verdachte beschermende strafvorderlijke bepalingen overboord moeten worden gezet. Hoewel de gevolgen van deze nationaal-socialistische denkbeelden in Nederland niet zo extreem zijn als in Italië en Duitsland¹⁴⁸, zijn de gevolgen ook in Nederland merkbaar. De roep om inperking van de rechten van de verdachte en een afwijzing van een partijdige verdediging worden sterker, met als illustratief hoogtepunt – of dieptepunt – de afschaffing van de cautieverplichting in 1937¹⁴⁹. De totalitaire tijdgeest is ook terug te vinden in de preadviezen die Hooykaas en Marx schrijven ten behoeven van de vergadering van de NJV in 1934¹⁵⁰. Aan de orde is de vraagstelling: "Komt bij de bescherming van de individuele vrijheid in ons huidige strafrecht en strafprocesrecht de gemeenschap te kort? Zoo ja, welke wijzigingen dienen dan in onze wetgeving te worden aangebracht?". Hooykaas en Marx geven een exposé van de gewenste wijzigingen in het strafrecht, waarvan de meest verstrekkende is dat het legaliteitsbeginsel zou moeten worden afgeschaft. Hierna zal alleen worden ingegaan op de passages die van belang zijn voor de positie van de verdediging.

Hooykaas komt in zijn preadvies tot de conclusie dat het individu ondergeschikt is aan de gemeenschap. De periode van aandacht voor individuele vrijheid beschouwt hij als een vervalperiode en een uitvloeisel van een overrijp cultuurstadium, waarin de natuurlijke banden binnen de gemeenschap zijn verzwakt en afgebrokkeld. Hij vindt de verschuiving van het levensgevoel in een anti-individualistische richting positief:

"Het is de bewustwording van het feit, dat de betekenis van het menselijke leven buiten het individuele bestaan ligt. Dat de afzonderlijke mensch niet is een zelfstandig wezen, docht door geestelijke krachte ingeschakeld in grootere eenheden, welke aan het individueel leven eerst zin en betekenis geven. Tot zover vormen de nieuwe bewegingen een natuurlijke reactie op het alle normen ondergravend individualisme van de laatste eeuwen"¹⁵¹.

148 In Duitsland werd in feite het legaliteitsbeginsel afgeschaft door de wijziging van artikel 1 van het Reichsstrafgesetzbuch in die zin, dat niet alleen een vooraf strafbaar gestelde handeling mag worden bestraft, maar ook een handeling "die nach Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient".

149 Wet van 22 mei 1937, Stb. 202. De discussie in de Eerste en Tweede Kamer, naar aanleiding van de afschaffing van de cautieverplichting is illustratief voor de verschuiving van de aandacht van de individuele verdachte naar het algemeen belang, zonder dat er wordt doorgeschoten naar het helemaal uitkleden van de rechtspositie van de verdachte. Het aanvankelijke voorstel om naast de cautie ook het zwijgrecht te schrappen, omdat de verdachte een zedelijke verplichting zou hebben, mee te werken aan de waarheidsvinding haalt het uiteindelijk niet: zie Memorie van Toelichting, Bijlagen TK 1935-1936, 309, nr. 3 p. 1-2; Voorlopig Verslag, Bijlagen Handelingen TK 1935-1936, 309, nr. 4; Memorie van Antwoord, Bijlagen TK 1936-1937, 63, nr. 1; Handelingen TK 1936-1937, p. 1848-1866 en 1868 en de Handelingen EK 1936-1937, p. 549-598 en 602-609.

150 Ook tijdens de jaarvergadering van de Vereeniging voor strafrechtspraak staan in 1934 de rechten van de verdachte en diens raadsman op de agenda, zie de verslagen van deze vergadering in NJB 1934, p. 644-645 en Maandblad voor berechting en reclasserings 1934, p. 333-335. In deze vergadering worden o.a. de stellingen, dat de gronden voor de voorlopige hechtenis moeten worden uitgebreid en dat het vrij verkeer tussen raadsman en verdachte ook in het belang van het onderzoek moet kunnen worden beperkt, aangenomen.

151 Hooykaas 1934, p. 25-26.

Hooykaas is dan ook van mening dat in het Wetboek van Strafvordering van 1926 het denkbeeld verloren is gegaan dat het strafproces bestemd is tot handhaving van het Recht (met een hoofdletter) en dat de verdachte de plicht heeft tot die handhaving mede te werken¹⁵². Hij wil een krachtig, snel en doeltreffend strafproces, waarbij onnodige formaliteiten en bevoegdheden die de rechtsgang vertragen worden afgeschaft, waaronder ook die bepalingen die de verdachte een partijpositie geven, met name artikel 29 Sv¹⁵³. Zoals al uit eerdere geschriften is gebleken¹⁵⁴, vindt ook Marx het strafrecht te liberaal. Hij herhaalt zijn standpunt dat raadslieden willoze werktuigen zijn van verdachten en noemt het zwijgrecht liegrecht¹⁵⁵. Hij vindt dat raadslieden alleen een rol mogen spelen in het vooronderzoek op uitnodiging van de rechter-commissaris en wil het vrij verkeer, dat alleen wordt gebruikt voor het 'wijs maken' van de verdachte, in het vooronderzoek afschaffen. Dat geldt ook voor het instituut van de gekozen raadsman die teveel 'partijganger' is en te weinig onafhankelijk van de verdachte¹⁵⁶.

In de vergadering van de NJV in 1934 zijn er meer tegenstanders dan voorstanders van de in de preadviezen geventileerde opvattingen, maar bij de stemming over de vraagpunten is een meerderheid van mening dat de gemeenschap tekort komt door de bescherming van individuele vrijheid in het Wetboek van Strafvordering. De stelling dat de verdachte verplicht is tot medewerking aan het onderzoek wordt echter afgestemd, evenals de stelling waarin een beperking van de rechten van de raadsman in het vooronderzoek wordt voorgesteld. De positie van de verdediging ondervindt weliswaar veel kritiek, maar deze kritiek verschuift niet veel van de bezwaren die voor en tijdens de parlementaire behandeling van het Wetboek van Strafvordering 1926 zijn geuit tegen de uitbreiding van de rechten van de verdediging¹⁵⁷.

1.5.1 *De verdediger als magistraat*

In het licht van de bovenbeschreven tijdgeest wordt in 1931 in het NJB een discussie gevoerd over de vraag hoe partijdig een verdediger in strafzaken zich zou moeten opstellen. Schorlesheim¹⁵⁸ vraagt zich af of door de verandering van het karakter van het strafrecht niet ook de werkzaamheden en bevoegdheden van de verdediger aan herziening toe zijn. De strafrechter is immers niet geroepen tot het straffen alléén, maar moet voor alles de persoon van de verdachte als richtsnoer nemen voor het opleggen van straffen en maatregelen¹⁵⁹. Daarnaast is ook een

152 Hooykaas 1934, p. 45.

153 Hooykaas 1934, p. 146-147.

154 Zie § 1.4.

155 Marx 1934, p. 18-19.

156 Marx 1934, p. 25.

157 Zie Van Geuns 1937.

158 Schorlesheim 1931 I.

159 Sinds het begin van deze eeuw is het arsenaal aan mogelijke straffen en maatregelen aanzienlijk uitgebreid. Zo wordt bij wet van 12 juni 1915, Stb. 247, voor volwassenen een voorwaardelijke veroordeling mogelijk en kan sinds 1928 TBR worden opgelegd.

ontwikkeling merkbaar dat het OM meer rekening houdt met de persoon van de dader en steeds tracht een passende straf de eisen en soms zaken zelfs voorwaardelijk seponereert. Daaruit leidt Schorlesheim af dat het OM zich minder als partij opstelt en meer als objectieve adviseur van de rechter en vindt hij dat de verdediger niet meer een eng partijstandpunt kan innemen maar dat van de verdediger, evenals van de andere procespartijen, absolute objectiviteit kan worden gevraagd. Omdat een dergelijke objectiviteit moeilijk te realiseren is, als de advocaat een opdracht krijgt van de verdachte hem te verdedigen, staat Schorlesheim een stelsel voor waarbij de verdediger zijn zelfstandigheid kan bewaren en optreedt als publiek orgaan: de verdediger als magistraat. De verdediger moet daarbij vóór alles de belangen van de verdachte in het oog houden, maar kan helemaal zelfstandig beslissen wát hij in het belang van de verdachte acht. Bovendien mag hij daarbij ook rekening houden met de belangen van de maatschappij:

"Er zou eindelijk eens een einde komen aan het bestaan van een van boven af gesanctioneerd beroep dat dengene, die het uitoefent, verbiedt objectief te zijn. Nooit heeft het bij mij er in gewild, dat iemand, die bij de hanteering van de rechtspraak een zoo belangrijke rol te vervullen heeft als de verdediger, en die daarbij door den wetgever met talrijke rechtsmiddelen wordt beschermd, niet objectief mag zijn. Dat zo iets mogelijk was en nog steeds is, is iets, dat in wezen onbegrijpelijk schijnt. De eisch van objectiviteit is een zo onmisbare voorwaarde voor een goede rechtspraak en deze laatste is wederom op haar beurt in zoo sterke mate in objectieve richting evolueert, dat voor een orgaan, dat zich de luxe van partijdig (dat is dus: niet objectief) te zijn mag permitteeren, in dezen stand van de strafrechtsontwikkeling geen plaats meer is"¹⁶⁰.

In een bijdrage van Kan in het NJB wordt duidelijk gemaakt, dat de discussie of de verdediger een meer magistratelijke houding moet aannemen, een discussie is over de positie van de staat ten opzichte van de verdachte. Als de verdediger wordt gezien als staatsorgaan, dan betekent dat:

"fundamenteel niets anders dan het aanhangen van een staatsgedachte, waarbij de burger voor honderd procent opgaat in de staat. Aan de burger die onder verdenking komt te staan zich te hebben schuldig gemaakt aan een normoverschrijding wordt geen zelfstandig verdedigingsrecht toegekend: het is de staat, die door zijn drie organen: rechter-OM-verdediger uitmaakt, wat t.a.v. de betrokkene recht is.

Aan het tegenwoordige stelsel ligt de, misschien aan de wetgever niet bewuste gedachte ten grondslag, dat de rechter in het strafproces boven de staat is verheven. Haar uitdrukking vindt deze gedachte in 's rechters onafzetbaarheid. Wel beschouwd is zijn positie daardoor geworden tot de verhevenst-denkbare: hij richt in de botsing tussen georganiseerde gemeenschap en individu. Deze botsing, hoe vaak ook gevolg van gebrek aan gemeenschapszin bij de enkeling, kan ook gevolg zijn van een diepgaand verschil tussen de moraal door de staat gehuldigd en die van de individu, (...). Juist de strafwetgever echter heeft begrepen hier grote ruimte te moeten laten aan het vrije oordeel van de rechter. Welnu, dit is alles uiting van een mentaliteit, waarin de individu zijn rechtssfeer houdt t.o. de staat"¹⁶¹.

160 Schorlesheim 1931 I, p. 373.

161 Kan 1931.

In de opvatting van Kan, zal de strafpleiter nooit als staatsorgaan kunnen optreden omdat het juist de staat is waartegen hij zich keert.

Schorlesheim krijgt veel reacties van tegenstanders van een onpartijdige verdediging, die er de nadruk op leggen dat de functie van de verdediger in strafzaken partijdigheid met zich meebrengt¹⁶². Desalniettemin is er een roep om objectivering van de positie van de raadsman, die zich onafhankelijk van de cliënt zou moeten opstellen. Deze tendens zet zich voort in de jaren veertig en vijftig.

1.5.2 *De advocatuur en de verdediging in de jaren dertig en veertig*

Ook binnen de advocatuur wordt in de jaren dertig aandacht besteed aan de positie van de advocaat in strafzaken. Op twee jaarvergaderingen van de Nederlandsche Advocaten-Vereeniging staat de verdediging in strafzaken op de agenda. De jaarvergadering van 1933 wordt ingeleid met een preadvies van Van Oppen¹⁶³ en voor de jaarvergadering van 1939 preadviseren Muller Massis en Wijnveldt¹⁶⁴.

Ondanks de in § 1.5 en 1.5.1 beschreven kentering in de opvattingen over de strafrechtspleging, bepleiten de preadviseurs dat de uitgangspunten van een partijdige verdediging moeten worden gehandhaafd¹⁶⁵. Dit uitgangspunt wordt op de algemene vergadering van de Nederlandsche Advocaten-Vereeniging van 1933 met algemene stemmen aangenomen, zij het met een wat diffuse uitzondering: "dat de advocaat vóór alles het partijstandpunt inneme, zij het beperkt door zijn taak tot mede-handhaving der rechtsorde"¹⁶⁶.

Hoewel partijdige verdediging het uitgangspunt moet blijven, blijkt uit de preadviezen dat het begrip 'partijdig' heel eng wordt uitgelegd. De advocaat moet er vooral voor zorgen dat het vertrouwen in de advocatuur niet wordt geschaad en zich onafhankelijk van de cliënt opstellen¹⁶⁷. Muller Massis is tegen zelfstandig onderzoek van de advocaat buiten de rechter-commissaris om en vindt dat de advocaat moet afzien van contacten met getuigen die ook maar de schijn van beïnvloeding zouden kunnen veroorzaken. Als de rechter-commissaris de raadsman verbiedt bij verhoren van de verdachte aanwezig te zijn, dan vindt Muller Massis het ongeoorloofd dat de advocaat zijn cliënt adviseert van zijn zwijgrecht gebruik te maken. Ook snijdt Muller Massis de oude vraag aan, hoe de raadsman zich moet opstellen als hij een verdachte verdedigt, die tegenover de raadsman heeft

162 Zie voor het verloop van de discussie Huijer 1931; Mathuizen 1931 I; Schorlesheim 1931 II; Mathuizen 1931 II.

163 Van Oppen 1933.

164 Muller Massis 1939; Wijnveldt 1939.

165 Alleen Wijnveldt 1939, p. 164-165, is wat terughoudender en vindt dat door de reclasseringsgedachte het OM en de verdediging wat meer naar elkaar toe zijn gegroeid.

166 Zie voor een verslag van deze vergadering: Riedel 1933.

167 Van Oppen 1933, p. 100.

bekend, maar in rechte wil ontkennen¹⁶⁸. Hij geeft er de voorkeur aan dat de raadsman zich in dat geval van de verdediging terugtrekt en vindt in ieder geval niet dat de raadsman bij gebrek aan bewijs, vrijspraak zou mogen vragen. Ook op de terechtzitting moet de advocaat ervoor zorgen dat de 'waardigheid van de stand' bewaard wordt en niet al te gretig gebruik maken van de hem toegekende bevoegdheden die een negatief effect kunnen hebben op de sfeer ter terechtzitting: dus als er verzet moet komen tegen de wijze van behandeling ter terechtzitting of de wijze waarop een getuige wordt ondervraagd, dan moet dit door 'kalm betoog en overreding' gebeuren en zonder 'stemverheffing of heftig protest'. Dezelfde terughoudendheid en voorzichtigheid wordt gepropageerd in de preadviezen van De Vrieze en Bloemers voor de NJV in 1940, waarin de vraagstelling wordt besproken of de wettelijke regeling van het vooronderzoek in strafzaken zou moeten worden gewijzigd. De Vrieze, die zelf advocaat is, maakt zich zorgen over de nadelige invloed die de raadsman kan uitoefenen op de waarheidsvinding door misbruik te maken van zijn bevoegdheid: "Mijn indruk is van den aanvang af geweest, dat de nieuwe wet te veel gelegenheid biedt aan den raadsman om het onderzoek tegen te werken en het vinden van de waarheid te belemmeren, als hij dat wensch¹⁶⁹". Hij heeft niet zo een hoge dunk van het niveau van de advocatuur:

"Bij vergelijking van de vier groepen (politie, OM, rechterlijke macht en advocatuur TS) moet voorop worden gesteld dat de verleiding om onjuiste handelingen te verrichten, het grootst is bij de balie. De advocatuur is een beroep met wisselende inkomsten; als regel moet de advocaat van de opbrengst van zijn praktijk leven. Bovendien is het maatschappelijke en morele peil van de Magistratuur, tengevolge van de daarbij toegepaste selectie, uiteraard hoger dan die van de advocatuur"¹⁷⁰.

De Vrieze acht het ongeoorloofd dat advocaten van medeverdachten onderling contact hebben en de verklaringen van hun wederzijdse cliënten met hun eigen cliënt bespreken. Hierin schuilt volgens hem het gevaar dat de leugens van de ene verdachte aannemelijk worden gemaakt met de leugens van de andere verdachte. Weliswaar is de raadsman formeel gerechtigd zijn cliënt alles mede te delen, maar de Vrieze vindt dat de raadsman hiertoe moreel niet verplicht is¹⁷¹. De balie moet volgens De Vrieze er aan meewerken dat de mogelijkheden van misbruik wettelijk worden beperkt. Hij stelt het maatschappelijk belang dat schuldigen worden bestraft voorop. Bovendien hebben de rechterlijke macht en het OM in

168 Zie voor eerdere discussie over dit probleem § 1.2.1.1-§ 1.2.1.3 en § 1.2.1.5. Ook naar aanleiding van het preadvies van Van Oppen is dit punt tijdens de jaarvergadering in 1933 besproken. Van Oppen houdt tijdens deze vergadering vast aan het uitgangspunt dat de advocaat in strafzaken, ook als hij overtuigd is van de schuld van zijn cliënt vrijspraak wegens gebrek aan bewijs mag pleiten, zonder dat hij echter op zijn eigen overtuiging een beroep mag doen, zie voor een verslag van deze vergadering: Riedel 1933.

169 De Vrieze 1940, p. 9.

170 De Vrieze 1940, p. 45.

171 De Vrieze vindt het ook ontoelaatbaar dat de raadsman een zeer belastende verklaring van een getuige, wiens verhoor hij bij de RC heeft bijgewoond, met zijn cliënt bespreekt, voordat deze door de RC gehoord wordt.

een door hem gehouden enquête geuit, dat het overgrote deel van de balie de rechten van de verdediging niet gebruikt voor het aan het licht brengen van de waarheid maar om de betrokken cliënt vrij te krijgen.

De Vrieze is er een voorstander van dat het vrij verkeer ingevolge artikel 50 lid 2 Sv kan worden beperkt zonder dat misbruik uit een bepaalde omstandigheid moet blijken¹⁷². Ook mag volgens De Vrieze elk contact tussen raadsman en getuigen verboden worden¹⁷³. Het preadvies van Bloemers ademt dezelfde geest.

Wijnveldt heeft onderzocht wat er sinds de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 in de praktijk is veranderd en komt tot dezelfde conclusies als Simons¹⁷⁴ in 1929. Hij is van mening dat van de rechten van de verdediging in feite vrij weinig gebruik wordt gemaakt, doordat slechts in een klein gedeelte van het totale aantal strafzaken een raadsman wordt ingeschakeld. Hieromtrent ontbreken weliswaar precieze gegevens maar uit het statistische materiaal over het aantal toevoegingen kan dit wel worden afgeleid. Zo zijn in 1936 op een totaal aantal aangebrachte strafzaken in eerste aanleg van 41.984, 1887 ambtshalve toevoegingen verstrekt en is 2995 maal toegevoegd op verzoek, terwijl de Raad van Rechtsbijstand 1460 toevoegingen heeft afgegeven. In 1937 bedroegen de aantallen toevoegingen respectievelijk 2199, 2782 en 1373 op een totaal aantal strafzaken in eerste aanleg van 41.770. In hoeveel zaken er een gekozen verdediger is opgetreden is onbekend¹⁷⁵. Wijnveldt concludeert dan ook dat voor wat betreft de inbreng van de verdediging er ten opzichte van de situatie van vóór 1926 in feite niet zo heel veel veranderd is.

1.6 De jaren vijftig: advocatuurlijke desinteresse voor het strafrecht

Gedurende en vlak na de Tweede Wereldoorlog is de aandacht op andere dingen gericht dan het advocatenfront¹⁷⁶. In de jaren vijftig komt de discussie echter weer op gang. In 1950 staat de positie van de advocaat in strafzaken als centraal thema op de agenda van de jaarvergadering van de Nederlandsche Advocatenvereniging. Dit keer zijn er twee preadviseurs uit de gelederen van het OM gevraagd hun visie te geven op de positie van de advocaat in strafzaken, G.E. Langemeijer, PG bij de Hoge Raad, voorheen rechter en D.J. van Gilse, officier van justitie. Vanuit de advocatuur is C.H. Beekhuis gevraagd te preadviseren¹⁷⁷. Opmerkelijk is dat alle preadviseurs van mening zijn, dat de verdediging in strafza-

172 De Vrieze 1940, p. 49; zie ook p. 68-69.

173 De Vrieze 1940, p. 50.

174 Zie § 1.4.

175 Wijnveldt 1939, p. 180.

176 Op de vraag hoe de strafrechtadvocatuur zich tijdens de bezetting heeft gedragen en daarna tijdens de Bijzondere Rechtspleging wordt hier verder niet ingegaan. Hierover is ook niet veel literatuur voorhanden. Belinfante 1978, p. 274-278, meldt over de periode van de Bijzondere Rechtspleging dat de advocaten aanvankelijk terughoudend waren om landverraders en handlangers van het Duitse regiem te verdedigen. Deze aarzeling verdween nadat de Deken van de Haagse Orde van Advocaten zich liet toevoegen als raadsman aan Mussert. Zie hierover verder ook Beekhuis 1950 I.

177 Langemeijer 1950; Van Gilse 1950; Beekhuis 1950 I.

ken door de advocatuur onbelangrijk en oninteressant wordt gevonden¹⁷⁸. Volgens Langemeijer en Beekhuis is de invloed van de raadsman op de beslissingen van de rechter uiterst gering, waardoor het animo om strafzaken te doen niet groot is¹⁷⁹. De verdediging in strafzaken wordt overgelaten aan jonge stagiaires, die, voorzover ze hun juridische taak al beheersen, vaak tekort schieten in levenservaring en gezag¹⁸⁰. Deze desinteresse wordt door de preadviseurs betreurd, maar verder dan het benadrukken van het belang van de verdediging in strafzaken komen zij niet.

Minder eensgezind zijn de preadviseurs in hun visie op de taak van de advocaat. De preadviseurs vanuit het OM, Langemeijer en Van Gilse benadrukken dat de advocaat zich moet onthouden van het voeren van verweren die in strijd zijn met de waarheid:

"Vooreerst dat de raadsman, al behoeft hij dan in het algemeen de feitelijke mededelingen van zijn cliënt niet te controleren, daartoe wel verplicht is, wanneer er enerzijds uit hoofde van de omstandigheden of de inhoud der mededeling reden tot twijfel is en de raadsman anderzijds tot zichzelf moet zeggen, dat de mededeling, indien onwaar, aan derden of aan de rechtsorde een nadeel zal toebrengen waartegen de kans dat het baat brengt aan de cliënt niet opweegt. Anders gezegd: wanneer hij er ernstig rekening mee moet houden dat het doen van de mededeling iets zou zijn dat men aan de cliënt zelf alleen daarom niet zedelijk zwaar verwijten zou, omdat men rekening houdt met zijn nood. Nog anders gezegd: de advocaat mag zich in vele opzichten identificeren met zijn cliënt, móet dat zelfs doen, maar mag het niet in datgene wat in de cliënt alleen vergeeflijk is door de grote belangen die voor hem op het spel staan.

Het tweede beginsel zou zijn dat de advocaat zich ook heeft te onthouden van redeneringen van juridische, ethische of maatschappelijke aard, waarvan de kans dat zij de cliënt baten, kennelijk niet opweegt tegen het nadeel, dat zij toebrengen aan de rechtsorde"¹⁸¹.

178 Dat er nooit zoveel enthousiasme vanuit de advocatuur voor de strafpraktijk is geweest is ook al eerder geconstateerd. Zie bijvoorbeeld de discussie die ontstond naar aanleiding van een brochure van de landsadvocaat J.H. Telders over "Het beroep van advocaat", waarin Telders beweert dat de strafzaal als school voor de jonge balie zijn bedenkingen heeft. De advocaat die "man van orde" moet zijn heeft het moeilijk met een cliënt die vrij wil komen zonder straf en die hij niet mag adviseren: ontken of vlucht. Verdediging in strafzaken is dus meestal pijnlijk. Zie De Vrieze 1921 II; Van Kuyk 1921, p. 41-44; Hanks Drielsma 1921 en de reactie hierop van Telders, *Advocatenblad* 1921, p. 159.

179 Langemeijer neemt dit de advocaat niet altijd kwalijk. Hij weet dat er zaken zijn waarin ook niet veel te verdedigen valt, zoals een advocaat het eens tegen hem uitdrukte: "Geloof maar, dat als een behoorlijk advocaat onzin vertelt, dat is omdat er niets verstandigs ten gunste van de verdachte was te zeggen", Langemeijer 1950, p. 163. Zie ook Beekhuis 1950, p. 199-200. Hij meent dat de desinteresse voortkomt uit het feit dat de advocaat minder betrokken is bij de opbouw van de zaak. In strafzaken zitten minder juridische mogelijkheden en deze lopen voor de verdachte meestal slecht af. Advocaten die het druk hebben, kiezen liever voor andere zaken. Verder ziet hij ook nog een psychologische factor: de raadsman wordt in het strafproces niet als gelijke partij gezien. De rechter op de zitting heeft meestal al een mening over de zaak en is nog maar moeilijk te beïnvloeden.

180 Van Gilse 1950, p. 172.

181 Langemeijer 1950, p. 171. Van Gilse 1950, p. 178 benadrukt dat de advocaat de verdachte niet mag dekken in zijn ontkennende houding.

Beekhuis, die advocaat is, verzet zich tegen de opvatting dat de raadsman in strafzaken ook het algemeen belang zou moeten nastreven. De raadsman moet de subjectieve positie van de verdachte subjectief blijven belichten. De controlerende functie van de advocaat bij de naleving van de strafprocessuele regels en aanvulling van het strafdossier met ontlastende feiten voor de verdachte zijn de belangrijkste taken van de advocaat. Hierbij moet de raadsman subjectief zijn. Beekhuis ziet niets in een raadsman als 'vierde zelfstandige partij' in het strafproces maar beschouwt de verdediger meer als een twee-eenheid met de verdachte. Verder heeft Beekhuis een enquête gehouden onder de dekens over de vraag of het vaak voorkomt dat de advocaat misbruik maakt van zijn recht op vrij verkeer ex artikel 50 Sv. Alle dekens hebben gereageerd en gemeld dat een bevel waarbij het vrij verkeer wordt ontzegd maar sporadisch wordt gegeven. Dit gebeurt eigenlijk alleen in situaties dat de verdachte tijdelijk onwetend moet blijven van een bepaalde omstandigheid in het belang van het onderzoek. Ook klachten over misbruik van vrij verkeer komen nauwelijks voor. De gevallen waarin is geklaagd, gaan over het verstrekken van rookartikelen of levensmiddelen tijdens het bezoeken en een enkele keer over het binnensmokkelen van brieven. Al met al geen redenen om de mogelijkheden tot beperking van het vrij verkeer te verruimen¹⁸². Wonderlijk is dan ook dat Beekhuis wél voorstander is van een wijziging van artikel 50 lid 2 Sv in die zin, dat misbruik van vrij verkeer niet meer uit 'bepaalde omstandigheden' zou moeten blijken. Hij vindt de redactie van artikel 50 lid 2 Sv te stroef en vindt dat de rechter meer armslag moet hebben om ongewenste informatie-uitwisseling te voorkomen in het geval meer verdachten één raadsman hebben¹⁸³.

1.6.1 *De invloed van schuld of onschuld op de strategie van de raadsman*

De vraag of de schuld of onschuld van de verdachte van invloed moet of mag zijn op de strategie van de raadsman blijft een terugkerend discussiepunt, dat ook in de preadviezen van Langemeijer, Van Gilse en Beekhuis aan de orde wordt gesteld. Steeds gaat het daarbij om de vraag hoe de advocaat zich moet opstellen als de verdachte tegenover hem schuld bekent, maar in rechte wil blijven ontkennen. Langemeijer vindt dat de raadsman in een dergelijk geval de verdediging niet moet neerleggen, maar ervoor moet zorgen dat er geen voorgewende persoonlijke overtuiging van verdachte's onschuld ten toon wordt gespreid. Hij maakt hierop echter een merkwaardige uitzondering: als er zonder de bekentenis van de verdachte onvoldoende (overtuigend) bewijs is om tot een bewezenverklaring te komen, dan moet de advocaat zich volgens hem wél terugtrekken:

"En nu wil het mij voorkomen dat het voor de raadsman geen aanvaardbare positie is een betoog te houden, dat dan toch altijd de strekking heeft de rechter te weerhouden van een overtuiging, die is overeenkomstig de waarheid en waarvan zich laat denken dat hij die zonder de

182 Zoals voorgesteld door De Vrieze en Bloemers voor de vergadering van de NJV in 1940, zie § 1.5.2.

183 Beekhuis 1950, p. 205.

tussenkost van de advocaat uit het beschikbare bewijsmateriaal zou afleiden. Ik meen dus, dat de advocaat, wie dit onaangename avontuur overkomt, aan zijn cliënt duidelijk moet zal moeten maken dat hij hem verder niet kan helpen en zich aan de zaak zal moeten onttrekken op een wijze die geen aanwijzing ten nadele van de cliënt oplevert. Deze laatste zal dan een nieuwe raadsman moeten kiezen tegenover wie hij anders zal optreden, of wel zich een raadsman laten toevoegen¹⁸⁴.

Opmerkelijk is verder het onderscheid, dat Langemeijer maakt tussen de ethische verantwoordelijkheid van de gekozen en toegevoegde advocaat¹⁸⁵. De gekozen advocaat is in zijn opvatting meer verantwoordelijk voor de inhoud van zijn pleidooi dan de toegevoegde advocaat. De ratio hiervan is dat de gekozen raadsman de vrijheid heeft al dan niet een verdediging op zich te nemen en de toegevoegde raadsman verplicht is de verdediging te voeren, althans zich niet kan terugtrekken als niemand anders de verdediging op zich heeft genomen¹⁸⁶. Daarom rekent hij het de toegevoegde advocaat niet echt aan als deze de verdediging niet neerlegt als een schuldige verdachte dreigt te worden vrijgesproken. Langemeijer ziet voor de toegevoegde advocaat, die zich niet tijdig kan laten vervangen, dan ook geen andere oplossing dan maar te pleiten dat er gebrek aan bewijs is. Maar ook de toegevoegde advocaat moet daarbij zorgvuldig de schijn vermijden dat hij persoonlijk van de onschuld van de verdachte overtuigd is. Ook van Gilse is van mening dat de raadsman niet mag meewerken aan een vrijspraak van een schuldige verdachte¹⁸⁷. Beekhuis is van mening dat de advocaat zich niet hoeft terug te trekken en dat de advocaat wel mag betogen dat bewijsmateriaal ontoereikend is, maar niet dat de verdachte onschuldig is.

Naar aanleiding van de preadviezen van Langemeijer, Van Gilse en Beekhuis ontspringt zich in het Advocatenblad opnieuw¹⁸⁸ de discussie over de vraag of de advocaat tegen zijn eigen overtuiging over de schuld van de verdachte in vrijspraak mag bepleiten. De Vrieze vindt dat de advocatuur moet weigeren voor een rechtscollege stellingen te bepleiten die onjuist zijn¹⁸⁹. Beekhuis, Moll en Oskam zijn het daar niet mee eens¹⁹⁰. Beekhuis heeft zijn standpunt het meest uitgekristalliseerd. Hij stelt dat het weliswaar zelden voorkomt dat de verdachte tegenover zijn advocaat bekend en ter zitting wil ontkennen, maar vindt dat het achterliggende vraagstuk de kern van de positie van de raadsman raakt. Hij vindt het niet in strijd met de wet, ethiek of moraal dat een verdachte die tegenover zijn advo-

184 Langemeijer 1950, p. 165.

185 Het onderscheid tussen de positie van de toegevoegde en gekozen raadsman speelt in deze discussie vaak een rol. Zie bijv. Vonckenberg 1918, p. 30-31.

186 Dit uitgangspunt is in 1952 in de Advocatenwet in artikel 13 lid 5 vastgelegd (Wet van 23 juni 1952, Stb. 365), maar gold ook al voor die tijd.

187 Van Gilse 1950, p. 178.

188 Zie ook § 1.2.1.3 en § 1.2.1.4.

189 De Vrieze 1950. Muller Massis geeft in een reactie aan dat zijn houding afhankelijk zou zijn van de soort verdachte: bij een recidivist zou hij meer moeite hebben vrijspraak te bepleiten dat bij een 'ongelukkige' wiens hele toekomst van een veroordeling afhangt, Muller Massis 1951.

190 Beekhuis 1950 II; Moll 1950; Oskam 1951.

caat bekend en verder ontkent, nog door zijn raadsman wordt bijgestaan. Hij onderbouwt zijn standpunt als volgt:

- a. deze situatie verschilt niet wezenlijk van die waarin de raadsman van de schuld van de verdachte overtuigd raakt op grond van andere gegevens dan een verklaring van de verdachte aan hem.
- b. De wet eist dat het bewijs moet worden geleverd door wettige bewijsmiddelen. Zo is er in een zedenzaak met één getuige (slachtoffer) onvoldoende wettig bewijs. In dat geval mag de advocaat weliswaar niet gaan betogen dat getuige onbetrouwbaar is, als verdachte tegenover hem heeft bekend, maar moet de advocaat wel vrijspraak bepleiten wegens onvoldoende wettig bewijs. Dit uitgangspunt heeft niets te maken met liegen of misleiding.
- c. Het is van belang dat de verdachte zich vrij moet kunnen uitspreken tegenover de advocaat, zonder meteen bang te hoeven zijn dat de advocaat zich terugtrekt¹⁹¹.

Naar de mening van Beekhuis heeft de passage van de eed die de advocaat aflegt, dat hij geen zaak zal aanraden of verdedigen die hij in gemoede niet geloofd rechtvaardig te zijn, niets te maken met de schuld van de verdachte maar op de wijze waarop de verdediging in een strafzaak wordt gevoerd¹⁹².

Met andere woorden: ook de vrijspraak van een schuldige verdachte bij het ontbreken van wettig bewijs is een volgens Beekhuis een 'rechtvaardige zaak'.

1.6.2 *Ambtelijke verdediging in het vooronderzoek?*

Zoals hiervoor beschreven werd in het kader van de totalitaire tijdgeest in de jaren dertig een lans gebroken voor een objectivering van de positie van de verdediging en gingen stemmen op voor een onpartijdige ambtelijke verdediging¹⁹³. Tegen het einde van de jaren vijftig komt het idee van een ambtelijke verdediging weer bovendrijven, met name door het gebrek aan belangstelling van de balie voor de verdediging in strafzaken. Het idee om dit probleem op te lossen door het aanstellen van een verdediger die in dienst is van de overheid, wordt gelanceerd door Drabbe¹⁹⁴. Drabbe ziet hierin niet alleen een oplossing voor het gebrek aan kennis, ervaring en belangstelling vanuit de advocatuur. Het in het leven roepen van het instituut van een ambtelijk verdediger maakt het ook mogelijk om aan de

191 Beekhuis is overigens wel de mening toegedaan dat de advocaat zich behoort terug te trekken als hij merkt dat de verdachte alleen tegenover hem bekend, om ervoor te zorgen dat het belastende bewijsmateriaal beter kan worden bestreden. Daaraan mag een advocaat niet meewerken, zie Beekhuis 1950 II, p. 371.

192 Beekhuis 1950 II, p. 371-372.

193 Zie § 1.5.1. De kwestie van de ambtelijke verdediging komt ook, zij het vluchtig, aan de orde in: Van der Vies 1899, p. 32; Vonkenberg 1918, p. 16-17; Handelingen NJV 1889, deel II p. 186-188 en 197-198; Handelingen NJV 1902, deel I, p. 193.

194 Drabbe 1958.

verdediging meer rechten toe te kennen. Aan de ambtelijk verdediger zou namelijk een geheimhoudingsplicht kunnen worden opgelegd tegenover de verdachte, zodat de beperkingen op de bevoegdheden van de verdediging in het belang van het onderzoek, kunnen komen te vervallen. Omdat de ambtelijk verdediger door de staat wordt betaald, hoeft men niet bang te zijn voor misbruik van bevoegdheden. De ambtelijk verdediger heeft hier immers geen (financieel) belang bij. Drabbe stelt een regeling voor, waarbij de ambtelijk verdediger uitsluitend in het vooronderzoek optreedt. Tijdens het eindonderzoek kan de verdediging worden overgenomen door een gekozen of toegevoegd raadsman. Drabbe ziet hierin een groot aantal voordelen:

- De kwaliteit van de rechtsbijstand kan door specialisatie en voortdurende beschikbaarheid beter worden gegarandeerd. Door een behoorlijke vergoeding en taakstelling zal de ambtelijk verdediger er beter voor zorg dragen dat van alle wettelijke bevoegdheden gebruik wordt gemaakt.
- De tegenstelling tussen de rijke en arme verdachte ten aanzien van het verkrijgen van rechtsbijstand komt te vervallen.
- De rechter zal aan vooronderzoek meer waarde hechten doordat de ambtelijk verdediger dit in ieder stadium in belang van de verdachte kan controleren.
- Er ontstaat een verantwoord oordeel over schuld en onschuld.
- De ambtelijk verdediger is onafhankelijk (van de verdachte) en kan op meer medewerking rekenen van allerlei instanties.
- Bovendien zal door de ambtelijk verdediger het aanzien van justitie verbeteren, nu advocaten de naam hebben schuldigen vrij te pleiten. Zijn taak is onschuldigen tegen een veroordeling te vrijwaren. Weliswaar hoeft hij niet aan de veroordeling van een onschuldige mee te werken maar hij hoeft evenmin de vrijspraak van een schuldige te bevorderen.

Drabbe ziet echter ook nadelen:

- Het gevaar van beroepsmatige sleur ligt op de loer.
- Ook zou de ambtelijk verdediger een OM-mentaliteit kunnen gaan vertonen.
- Door de permanente aanwezigheid van de ambtelijk verdediger kan de aandacht van de rechter-commissaris voor positie verdachte verflauwen.
- De ambtelijk verdediger zal het vertrouwen van de verdachte missen omdat hij zich identificeert met de vervolgende instantie. Hier staat tegenover dat de verdachte na de sluiting vooronderzoek zelf een raadsman kan kiezen.
- Het is mogelijk dat de ambtelijk verdediger nauwe banden met de rechter-commissaris ontwikkelt of dat beide functionarissen elkaar over en weer het onderzoek bemoeilijken.
- De ambtelijk verdediger is niet onafhankelijk van de administratie.
- De kosten van de verdediging zullen stijgen.
- De raadsman ter zitting kan heropening van het vooronderzoek vragen als de ambtelijk verdediger zaken over het hoofd heeft gezien.

Drabbe vindt de nadelen niet opwegen tegen de voordelen en concludeert dat het idee van een ambtelijke verdediging serieus zou moeten worden overwogen.

Beekhuis¹⁹⁵ is het eens met Drabbe dat de verdediging in het vooronderzoek, met name in toevoegingszaken, tekort schiet omdat de advocatuur verstek laat gaan. Maar hij acht het middel dat Drabbe voorstaat, ambtelijke verdediging, erger dan de kwaal. Vanuit de positie van de verdachte bezien is het ontbreken van een vertrouwensrelatie – de grondpijler van een effectieve verdediging – zijn voornaamste bezwaar. De ambtelijk verdediger zal de verdachte gegevens moeten onthouden (dat is immers de reden voor het aanstellen van een ambtelijk verdediger) en dit ondermijnt de vertrouwensrelatie. Bovendien ontbreekt bij de ambtelijk verdediger een strategie met het oog op de zitting, omdat zijn taak na het vooronderzoek is beëindigd. Ook de wisseling van ‘kapiteins’ bij vooronderzoek en eindonderzoek is volgens Beekhuis niet wenselijk. Bovendien komt de ambtelijk verdediger in een lastig parket terecht, als hij over gegevens beschikt die hij niet aan de cliënt kenbaar mag maken of als hij gegevens krijgt van de cliënt, die in het belang van het onderzoek zijn, maar in het belang van de cliënt niet aan de rechter-commissaris bekend mogen worden gemaakt. Beekhuis komt tot de conclusie dat de strafrechtspleging er niet mee gebaat is als de advocaat twee petten op heeft. De advocaat moet voor de privé-belangen van de verdachte opkomen en onafhankelijk zijn van de overheid. Tot slot vindt Beekhuis dat de tijd voorbij is, dat de overheid van advocaten kan vergen dat zij hun werk in strafzaken gratis of tegen sterke onderbetaling verrichten. Hij komt met een voorstel tot een regeling van toevoeging van advocaten, die zich beschikbaar hebben gesteld voor rechtsbijstand in de eerste stadia van het vooronderzoek. De verdachte kan uit de beschikbare advocaten een keus maken. De kwaliteit zou moeten worden gewaarborgd door advocaten die onvoldoende bijstand verlenen of niet beschikbaar blijken te zijn, van de lijst te schrappen. De zaden voor een piketregeling zijn geplant¹⁹⁶.

1.6.3 Verdediging in een patriarchaal strafproces

Een terugblik op de ontwikkelingen van de verdediging in strafzaken na de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 leert, dat ondanks de uitbreiding van de rechten van de verdediging¹⁹⁷, de advocaat in het strafproces een beperkte rol blijft spelen. Wellicht dat een verklaring hiervoor kan worden gevonden in de omstandigheid dat de Nederlandse strafrechtspleging van oudsher

195 Beekhuis 1959. Overigens kabbelt de discussie over de ambtelijke verdediging in strafzaken na 10 jaar nog door in de preadviezen Th. van Veen 1969 en Van Buuren 1969. Van Buuren ziet niet zoveel in de ambtelijke verdediging en Th. van Veen ziet eigenlijk niet zulke bezwaren tegen een dergelijk instituut, zolang de Orde verstek laat gaan.

196 Zie § 1.9.

197 Naast de uitbreiding van de rechten van de verdediging bij de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 is bij wetten van 20 mei 1955, Stb. 208 en 18 april 1958, Stb. 204 artikel 40 Sv gewijzigd in die zin dat aan alle verdachten die zich in voorlopige hechtenis bevinden – dus met ingang van de bewaring – ambtshalve een raadsman wordt toegevoegd. Uit de parlementaire geschiedenis van de laatste wetswijziging blijkt dat men ervan doordrongen is dat de rechtsbijstand in het vooronderzoek even belangrijk is als in het eindonderzoek (zie Bijlage Handelingen TK 1957-1958, p. 2309-2310).

patriarchaal en betrekkelijk mild is geweest¹⁹⁸, waardoor de noodzaak voor een actieve verdediging eigenlijk niet gevoeld wordt. Kempe typeert de strafrechtspleging in deze tijd als volgt:

“Deze samenleving zag de delinquent niet als een uitgeworpene (mede dank zij de reclasering), maar als ‘een van ons’ in de zin van: een in de versukkeling gelopen jonger broertje, dat zichzelf in een positie gebracht had waarin hij wel anders behandeld (wat in feite wil zeggen gediscrimineerd) moet worden, en dat niet minderwaardig was, maar wel, als gevolg van zijn criminaliteit, minder waard (...). De Ned. bevolking had de strafrechtspraak die ze in die periode als conservatieve, burgerlijke samenleving verdiende, nl. een die voldeed aan de publieke behoefte om te straffen en daardoor te vernederen. Men geloofde in de wijsheid en de rechtvaardigheid van de strafrechter, die er voor zou waken dat alleen zij die dit verdienden deze bejegening zouden ondergaan”¹⁹⁹.

In dit verband kan ook verwezen worden naar rechtssociologisch onderzoek, waaruit blijkt dat in Nederland een groot vertrouwen in de integriteit van de overheid wordt gesteld. Griffiths typeert ons strafproces als een ‘family-model’²⁰⁰. Aan het ‘family-model’ ligt de idee ten grondslag van saamhorigheid tussen individu en staat en dat de staat in het belang van het individu handelt. De verdachte wordt niet buitengesloten maar blijft een onderdeel van de samenleving. Bestrafing wordt gezien als een soort ouderlijke correctie, bedoeld om degene die in misstap heeft begaan weer te reintegreren in de samenleving.

Deze paternalistische vorm van strafrecht, kan zich handhaven zolang er sprake is van een grote mate van eerbied voor het overheidsgezag en zolang er consensus over de strafbaar gestelde feiten bestaat, hetgeen meestal het geval is, als deze strafbare feiten beperkt zijn tot de traditionele misdaad. Zeker tot aan de jaren zestig is er een groot en kritiekloos vertrouwen in de rechterlijke macht²⁰¹, waarvan de leden van het openbaar ministerie, als onafhankelijke magistraten, deel uitmaken. De advocatuur komt voort uit dezelfde maatschappelijke stand als de rechterlijke macht en het OM en is van nature niet geneigd een kritische houding aan te nemen ten aanzien van de strafrechtspleging. Verdediging in strafzaken wordt binnen de advocatuur gezien als een noodzakelijke kwaad waarin de advocaat liefst pro deo – want wie zich laat betalen raakt al snel besmet door een crimineel imago – met een zekere mate van afstandelijkheid optreedt. In de bundel *Vijftig jaar Advocatenblad* merkt Vermeulen op, dat het wel lijkt of de advocaat zich door de behandeling van een strafzaak vreest te declasseren:

“Wij zijn een burgerlijk volk. Wij zijn netjes, braaf en wij willen hoe dan ook niet uit de toon vallen. Wij hebben weinig gevoel voor het dramatische moment in het leven en wij zijn hui-verig voor emoties. Wij voelen ons voornamelijk verwant en op ons gemak met mensen, die tot hetzelfde maatschappelijke kringetje behoren, waar dezelfde opvattingen bestaan en de-

198 Zie Peters 1983, m.n. p. 122 e.v. Hij karakteriseert het traditionele patroon van de strafrechtspleging in Nederland als patriarchaal en noemt als belangrijkste kenmerken: informaliteit, betrekkelijke mildheid en goedaardig moralisme.

199 Kempe 1975, p. 10.

200 Griffiths 1970.

201 Kempe 1975, p. 5-22.

zelfde conventies worden nageleefd. Handelen in strijd met deze conventies, hoe onschuldig veelal ook, wekt dadelijk een zekere afweer op. Wij vinden het vanzelfsprekend, dat de ondeugd gestraft moet worden. Het 'boontje komt om zijn loontje' leerden wij reeds van jongsaf, naast de stelling, dat geen koe bont genoemd wordt, of er is wel een vlekje aan. Deze karaktertrekken passen weinig bij de rol, die de advocaat in het strafproces is toebedeeld²⁰².

Door het grote vertrouwen in justitie in het algemeen en in de rechterlijke macht in het bijzonder ontbreekt de noodzaak de belangen en de rechtspositie van de verdachte te beschermen door een actieve verdediger²⁰³.

1.7 Het nieuwe elan van de jaren zestig en zeventig

Eind jaren zestig breekt op het gebied van de rechtshulpverlening een roerige tijd aan, die ook de rechtsbijstand in strafzaken niet onberoerd laat. In Nederland ontstaat, evenals elders in Europa en in de Verenigde Staten, Canada, Australië een rechtshulpbeweging die wordt geïnspireerd door een kritische houding tegenover de legitimiteit van overheidsgezag, rechtspraak en het democratische gehalte van de maatschappij²⁰⁴. Het recht, ook het strafrecht, wordt als politiek instrument van de gevestigde orde gezien, waarmee de emancipatie van achtergestelde groeperingen binnen de samenleving wordt belemmerd. De maatschappijkritiek slaat ook over op de advocatuur als beroepsgroep, die ervan wordt beschuldigd meer te worden gedreven door commercieel denken dan door de noden van de onvermogenende rechtzoekenden²⁰⁵. Er staat een nieuwe generatie rechtshulpverleners op. Rechtenstudenten, komende uit de linkse universitaire wereld, richten rechts- en wetswinkels op om te voorzien in de leemte in de rechtshulp die de balie niet kan of wil opvullen²⁰⁶. Er ontstaat een scheiding tussen commerciële en sociale advocatuur, welke laatste het verlenen van individuele rechtshulp niet als enige doel

202 Vermeulen 1968; zie ook Voetelink 1985 I.

203 Illustratief is de omstandigheid, dat de Hoge Raad vrijwel direct na de invoering van het Wetboek van Strafvordering, door de aanvaarding van de de-audit verklaring, een belangrijke wettelijke procedurele garantie voor de verdachte, namelijk dat alle getuigenbewijs ter zitting zal worden getoetst, heeft ingeruild tegen de garantie van rechterlijke behoedzaamheid, HR 30-12-1926, NJ 1927, 85. In dit arrest overweegt de Hoge Raad onder andere dat de verklaring van horen zeggen door de rechter met de uiterste behoedzaamheid moet worden beschouwd, hetgeen de Hoge Raad de rechterlijke macht wel toevertrouwt, nu "de rechter doorlopend tot taak heeft de waarde van het hem voorgelegde bewijsmateriaal niet anders dan met de uiterste zorg en nauwkeurigheid na te gaan". Zie in dit verband ook Mols 1989 en Garé 1994.

204 Zie voor een beschrijving van de ontwikkeling binnen het strafrecht in deze tijd met uitgebreide literatuurverwijzing 't Hart 1994, p. 17-57 en voor een beschrijving van de ontwikkelingen in de rechtshulp in deze tijd: Prakken 1985, p. 1-6 en 146-232.

205 Deze kritiek treft overigens het gehele rechtsbedrijf, dat verweten wordt te weinig maatschappijgericht te zijn, zie 't Hart 1994, p. 4-9 e.v. Zie voor kritiek op de rechterlijke macht bijvoorbeeld Ter Heide 1970; Langemeijer 1970 II; Hoefnagels 1970 en voor kritiek ten aanzien van het OM, 't Hart 1994, p. 93-112.

206 Beroemd is het zwarte *Ars Aequi* nummer, De balie, een leemte in de rechtshulp, *Ars Aequi* 1970. Zie voor deze ontwikkeling ook Schuyt e.a. 1976 en Prakken 1985, p. 189 e.v.

ziet²⁰⁷ en er vanuit gaat dat het recht ook gebruikt kan worden als politiek instrument voor de emancipatie van achtergestelden in de samenleving. De rechtshulpbeweging stelt zich mede ten doel de (rechts)positie van sociaal minder bedeelde groepen (werknemers, huurders, uitkeringsgerechtigden, vreemdelingen, gedetineerden) structureel te verbeteren, door het voeren en organiseren van collectieve juridische acties, zowel via de rechtspraak als via de politieke kanalen²⁰⁸. De rechtszaal wordt, ook in strafzaken, een forum van politieke discussie. Afgestudeerde juristen presenteren zich met een duidelijk politiek ideaal als sociale advocatuur, vestigen zich in 'advokatenkollektieven'²⁰⁹ en nemen daarmee afstand van de commerciële gevestigde advocatuur. De verdediging van (onvermogen)de verdachten in strafzaken, waarvoor in de gevestigde balie zo weinig interesse bestaat, wordt een onderdeel van het werkterrein van de sociale advocatuur²¹⁰. Onder invloed van deze tijdgeest verandert de visie op de taak en rol van de raadsman in strafzaken. Deze veranderingen moeten worden gezien tegen de achtergrond van veranderingen binnen de naoorlogse strafrechtspleging en de daarmee gepaard gaande ontwikkelingen binnen het strafrechtelijk denken²¹¹. De belangrijkste veranderingen in de strafrechtspleging zelf zijn:

- de enorme groei van de ordeningswetgeving, waardoor strafrechtelijk ingrijpen niet meer beperkt blijft tot de traditionele misdrijven²¹²;
- de daarmee gepaard gaande schaalvergroting en toename van het aantal strafzaken;
- de wijziging in de taak en functie van het OM door de overgang van een negatieve naar een positieve hantering van het opportuniteitsbeginsel, waardoor de taak van het OM meer op het terrein van strafrechtelijk beleid is komen te liggen;
- en een toegenomen mondigheid van de burger²¹³.

207 Zie bijvoorbeeld Van Braam en Surie 1972; Van Spaendonck 1973; Schuyt 1973; Verburgh 1973 I en 1973 II; De Roos 1977.

208 In dit kader vindt in de jaren zeventig ook een intensief debat plaats over de gefinancierde rechtsbijstand aan on- en minvermogenen. Zie voor een overzicht van publicaties hierover. Bruin 1978; Caljé 1980.

209 Toentertijd uitdrukkelijk met 'k's' gespeld.

210 Zie Jaarverslag 1971/1972 van de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten: "Tot de meer sociaal gerichte taak van de advocaat behoort zijn optreden in strafzaken, waarbij het voor het overgrote deel – circa 80 % – om toegevoegde zaken gaat. Het vervult de Algemene Raad met zorg dat juist op dit terrein van de specifieke advocatentaak een leemte dreigt te ontstaan".

211 Voor de hierna volgende korte bespreking van de ontwikkelingen in de strafrechtspleging en het strafrechtelijk denken is gebruik gemaakt van Moedikdo 1974; O.M. en strafverorderingsbeleid, Justitiële verkenningen, nr. 8, 1977, WODC, p. 3 e.v.; Rammelink 1980; Melai 1981; Kelk 1987; Peters 1986; 't Hart 1994, p. 79-128.

212 Kempe 1975, p. 12 merkt hierover op dat met name door de invoering van de Wegenverkeerswet in 1951, groepen die tot dusver gewend waren in de 'strafrechtelijke luwte' te leven, met het strafrecht in aanraking kwamen.

213 Zie Peters 1975 I, p. 90 waarin Peters spreekt van een nieuw normatief mensbeeld, "het beeld van de autonome burger, die zelf beslissingen kan nemen, burgerlijke ongehoorzaamheid kan

In het strafrechtelijk denken zien we een tweetal stromingen die met deze ontwikkeling verband houdt²¹⁴. De ene stroming kenmerkt zich door een toenemend functionalisme, waarin het strafrecht niet wordt gezien als een geïsoleerde discipline, maar als een functie in het sociale systeem van de (verzorgings)staat. Dit betekent dat aan strafrechtelijk ingrijpen eisen worden gesteld in die zin dat dit ingrijpen ook maatschappelijk nut moet hebben. Het toepassen van dwangmiddelen en sancties wordt niet alleen geëgitimeerd geacht door de mate van verdinking of de ernst van het feit, maar moet ook verantwoord worden vanuit het maatschappelijke effect en de sociale gevolgen voor de verdachte of veroordeelde. Door de nadruk te leggen op het effect van straffen en de daarin gelegen behandelingsmogelijkheden, wordt het verband tussen het strafrechtelijk verwijt en de daaraan gekoppelde strafmaat losser. Door het stigmatiserende karakter van het strafrecht dient strafrechtelijk ingrijpen als ultimum remedium te worden beschouwd en moet er vooral aandacht komen voor hulpverlening en resocialisering²¹⁵. De keerzijde van het toenemende functionalisme is het (steeds toenemende) instrumentalisme dat gepaard gaat met de gebruikmaking van het strafrecht als sturingsinstrument. De ultimum remedium gedachte wordt hiermee (weer) op de achtergrond gedrukt. Het strafrecht wordt een instrument van maatschappelijke controle, een productieproces waarin maatschappelijke beheersing en niet de individuele dader het centrale referentiepunt is²¹⁶.

De andere stroming hecht vooral belang aan de rechtsbescherming van verdachten. Peters vestigt in zijn oratie in 1972²¹⁷ de aandacht op de rechtsbeschermende

plegen en als gevangene in opstand kan komen omdat hij zich door de gang van zaken gegriefd voelt".

214 De meeste schrijvers onderscheiden drie stromingen. Moedikdo 1974, onderscheidt een formeel wettelijke richting, die de soevereiniteit van het recht en de scheiding der machten accentueert, een functionele richting die het instrumentele aspect van het recht beklemtoont als rationeel richtsnoer van overheidsbeleid en de normatief politieke richting die de nadruk legt op de normering door institutionele rechtsbeginselen. Kelk 1987 ziet in het toegenomen functionalisme een aanduiding van een grotere binding tussen strafrecht en samenleving. Hij is van mening dat de verschillende stromingen geen tegenstromingen zijn, maar eerder de nadruk leggen op verschillende aspecten van de strafrechtspleging. Hij onderscheidt binnen de functionele richting een traditionele richting die de misdaadbestrijding bindt aan legaliteit en handhaving van de trias-politica en die gericht is op gerechtigheid en ordelijkheid en een welzijnsrichting, die ervan uitgaat dat strafrechtelijk ingrijpen het welzijn van mens en maatschappij moet bevorderen. Daarnaast staat de juridiseringsrichting die de individuele rechtspositie als belangrijkste juridische dimensie van het recht ziet. Remmelink 1980 en 't Hart 1994, zie m.n. p. 80, zien in feite twee richtingen, namelijk een functionele of instrumentele (waartoe ook de formeel wettelijke richting behoort, omdat ook deze richting in het teken staat van maatschappelijke sturing) en een richting waarbij de rechtsbescherming voorop staat.

215 De strafrechtswetenschap heeft zich vanaf het begin van deze eeuw niet zozeer bezig gehouden met formele rechtsbescherming, maar meer met de materiële rationaliteit en rechtvaardigheid van het strafrecht. In het begin van deze eeuw is, mede onder invloed van de Moderne Richting, de aandacht voor de behandeling en resocialisering van de delinquent en de differentiatie van straffen en maatregelen toegenomen. Zie Van Hamel 1912 en Pompe 1975.

216 Zie 't Hart 1994, p. 79-81.

217 Peters 1972 II; zie ook Peters 1972 I.

waarde van beginselen in het strafproces en vormt daarmee een tegenwicht voor het doelmatigheidsdenken waarin het maatschappelijk effect en de sociale gevolgen voorop staan. Juist in een maatschappij waarin strafrecht meer en meer instrumenteel wordt gebruikt en het rationele doelmatigheidsdenken zijn intrede heeft gedaan, vraagt Peters zich af wat nu de specifiek juridische competentie van de strafrechtjurist is. Peters ziet deze juridische competentie niet in de functie van pragmatische probleemoplosser, maar in het handhaven van de juridische waarden van het strafrecht, die los staan van de materiële doelen en eerder te vinden zijn in de procedure, waarin de maatschappelijke controle op individuen wordt genormeerd. In zijn visie ligt de taak van de raadsman in het strafrecht meer in het waarborgen van deze procedurele normen en rechtsbeginselen dan in het meewerken aan een, vanuit maatschappelijk oogpunt bezien, zo gunstig mogelijke oplossing. Met andere woorden: vanuit juridisch perspectief bezien is niet welke beslissing genomen wordt het belangrijkste, maar hoe deze tot stand komt. De verdachte in het strafproces dient als rechtssubject te worden erkend en gerespecteerd. Pas dan ontstaat een mogelijkheid voor de verdachte de loop en de uitkomst van het strafproces zelfstandig mee te bepalen. Deze waarborgen zijn vooral te vinden in de procedurele voorschriften die zorgen voor een juridische oordeelsvorming die wordt afgeschermd van onmiddellijke pressie van publiek en politie. Daarbij zijn de procedureregels die steunen op beginselen zoals het recht op tegenspraak, openbaarheid, het recht op bescherming van eigen rechtspositie, het recht op verdediging en de effectuering van het zwijgrecht, kwetsbare verworvenheden die verdediging behoeven:

"In hoeverre de genoemde desiderata worden verwezenlijkt, hangt in grote mate van de juristen af. Zij zijn de dragers van het recht. De belangrijkste, misschien zelfs enige, specifieke bijdrage van het recht aan het maatschappelijk gebeuren is het larderen van maatschappelijke processen met procedure-elementen. In processen ligt het maatschappelijk gedetermineerde gebeuren, in procedures wordt een gooi gedaan naar zelfbepaling en wordt ruimte gecreëerd voor meebeslissen. Met name voor verdachten in het strafproces is deze vrijheid gering. Maar de inzet van juristen voor vrijheid, speciaal van de maatschappelijk zwaksten, bepaalt er mede de omvang van"²¹⁸.

Vanuit beide hiervoor aangegeven visies op het strafproces wordt een actievere betrokkenheid van de raadsman gepropageerd, zij het vanuit verschillende invalshoeken. Bezien vanuit het perspectief, dat strafrechtelijk ingrijpen nuttig en doelmatig dient te zijn, moet de raadsman het strafrechtelijk beleid in zijn algemeenheid en de toepassing ervan in het individuele geval kritisch toetsen. Vanuit het perspectief van rechtsbescherming dient de advocaat zich vooral toe te leggen op de bewaking van de procedurele bepalingen en dient hij de verdachte te steunen in de handhaving van zijn individuele autonomie.

In de preadviezen die in 1969 door Van Buuren, Van Veen en Van der Ven ten behoeve van de Orde van advocaten worden uitgebracht, klinkt met name de

218 Peters 1975 II, p. 79-106.

functionele richting door²¹⁹. Zij benadrukken allen dat de advocaat in strafzaken zich niet alleen zou moeten concentreren op de puur juridische aspecten van de strafzaak. Voor het doen van strafzaken is volgens Van Veen kennis vereist van de criminologie, sociologie en psychologie²²⁰. Ook legt van Veen de nadruk op de functie van de advocaat als vertrouwenspersoon en acht hij het de primaire taak van de advocaat ervoor te zorgen dat de verdachte niet het besef heeft van iedereen te zijn verlaten. Van Buuren, lid van het OM en (wellicht daarom) wat meer behoudend, ziet de raadsman vooral als een objectief adviseur van de rechter, maar is toch ook wel gevoelig voor:

"het besef, dat deze verdachte zijn raadsman ook nodig heeft, niet als verdachte, maar als mens. Niet alleen om bijgestaan te worden ten overstaan van al die verschillende organen der rechtspraak, niet alleen opdat er voor zijn juridische en justitiële belangen gewaakt worde, maar opdat hij wete, dat er, behalve zijn eigen familiale entourage iemand is, die zich voor hem interesseert, die hem niet ziet als een object van onderzoek maar als medemens"²²¹.

Daarnaast is het de taak van de advocaat in het strafproces het beleid van justitie kritisch te controleren en te volgen. Daarbij moet de raadsman op de juiste wijze gebruik maken van de ter beschikking staande rechtsmiddelen, maar misbruik van procesrecht vermijden. Van Veen is voor uitbreiding van rechtsbijstand naar zowel de fase van de inverzekeringstelling als naar de executiefase. Van der Ven gaat nog verder en vindt dat de advocaat al moet worden toegelaten bij het politieverhoor.

Alle drie de preadviseurs constateren de reeds bekende geringe belangstelling vanuit de balie voor de strafpraktijk, die door Van Veen als paradox wordt beschreven: verdediging in strafzaken wordt gezien als een belangrijke taak van de advocaat, maar toch is er een gebrek aan belangstelling voor uitoefening van de strafpraktijk, terwijl het prototype van de advocaat als verdediger van de verdrukten het best in de strafrechtspleging tot uitdrukking komt²²². Van Veen verklaart de geringe ambities voor de strafpraktijk vanuit de omstandigheid dat verdachten toch meestal schuldig zijn, waardoor in de meeste strafzaken de bewijsvraag niet zo belangrijk is, maar eerder de vraag van de straftoemeting. Dit maakt de meeste zaken ook juridisch oninteressant. Bovendien hangt er om strafzaken een gevangenisluchtje, waarvan de balie zich het liefst verre houdt.

219 Van Buuren 1969; Th. van Veen 1969; Van der Ven 1969.

220 Zie ook Van Binsbergen 1968, die constateert dat de advocatuur nauwelijks gebruik maakt van de psychiatrische rapportage, noch bij bewijskwesities zoals het onderscheid tussen bewuste en onbewuste schuld, noch bij het aanvoeren van strafuitsluitingsgronden, noch bij de discussie over de strafmaat of soort sanctie.

221 Van Buuren 1969, p. 328.

222 In 1962 wordt deze geringe belangstelling nog als min of meer vanzelfsprekend beschouwd, zie Blaisse 1962, waarin hij stelt het publiek weliswaar de advocaat in de eerste plaats als strafpleiter ziet, maar dat voor de balie als geheel de strafrechtelijke werkzaamheid van bijkomende aard is. Zie ook De Brauw 1970 en Beyaert 1970.

1.7.1 Verdediging in de aanval

De algemene kritiek dat de individuele advocaat te weinig inbreng heeft in het strafproces en dat zijn rol niet is meegegroeid met de ingrijpende wijzigingen in het strafproces, is voor de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten aanleiding een werkgroep samen te stellen. De werkgroep wordt eind 1968 geformeerd en noemt zichzelf 'Studiegroep Strafrechtspleging'. Drie jaren later verschijnt het rapport *Verdediging in de aanval*²²³. Een opmerkelijk verschil tussen dit rapport en alle overige preadviezen, die in de loop van deze eeuw over de positie van de advocaat in het strafproces zijn uitgebracht, is de grote mate van actiegerichtheid van het rapport, hetgeen niet vreemd is aan de tijdgeest. Het rapport eindigt met een 7-jarenplan waarin zeer gedetailleerde voorstellen aan de Orde, het ministerie van justitie en de wetgever worden gedaan om de in het rapport ontwikkelde ideeën en uitgangspunten in de praktijk uit te werken²²⁴.

Het rapport bestaat uit vier hoofdstukken. Het eerste en tweede hoofdstuk gaat over respectievelijk de advocatuur in de veranderende samenleving en de taken van de advocaat. Het derde en vierde hoofdstuk behandelen achtereenvolgens de wijze van verdeling van rechtsbijstand in strafzaken en de voorwaarden voor een optimale taakvervulling van de advocaat in strafzaken.

Het uitgangspunt van de studiegroep is dat de positie van de advocaat in het strafproces aan herwaardering toe is. De verdediging is niet alleen een individueel maar ook een algemeen belang, omdat de kwaliteit van de strafrechtspleging in belangrijke mate afhankelijk is van de vraag of de verdachte al dan niet over deskundige hulp beschikt²²⁵. Nu rechtsbijstand een schaars goed is, betreft de studiegroep ook de verdeling van dit schaarse goed over zaken binnen de strafrechtspleging in haar rapport. Onvermogenen mogen niet in een ongunstiger positie verkeren dan vermogenen voor het verkrijgen van rechtshulp. Daarom houdt de studiegroep zich ook bezig met het toevoegingsmechanisme. Tot slot worden als voorwaarden voor een optimale taakvervulling de organisatie, opleiding en honorering van de advocatuur op de korrel genomen.

Omdat het rapport *Verdediging in de aanval* een markant document is van een gewijzigde visie op de functie van de verdediging en dit rapport de nodige invloed heeft gehad op de daaropvolgende ontwikkelingen van de rechtsbijstand in strafzaken, zal het rapport hierna wat uitgebreider worden beschreven.

223 *Verdediging in de aanval*, Rapport van de Studiegroep Strafrechtspleging, Nederlandse Orde van Advocaten, januari 1972. De studiegroep was samengesteld uit: L.H.C. Hulsman (voorzitter) en G.P. Hoefnagels, (beiden hoogleraar te Rotterdam); H. Kuijper, J.K.M. Mathuizen, P.L.J. Rassers, H. Schootstra, M.J.M. Tripels, J.A. van de Ven, O. H. van Wijk (advocaten), Ph. van der Ven (aanvankelijk advocaat en later raadsheer in de Hoge Raad) en als secretarissen: J. Soetenhorst – de Savorin Lohman (advocaat) en P. Weseman (wetenschappelijk medewerker Rotterdam).

224 *Verdediging in de aanval* 1972, p. 85 e.v.

225 *Verdediging in de aanval* 1972, p. 3.

1.7.1.1 De crisis in de rechtspleging

De studiegroep begint met een schets van de samenleving in jaren zeventig²²⁶. Waarom dit nodig is beargumenteert de studiegroep als volgt:

"Wanneer een studiegroep zich nu bezig houdt met de rol van de advocaat binnen de strafrechtspleging kan zij niet volstaan met een inventarisatie van de knelpunten die de advocaat tegenwoordig in zijn functioneren binnen de strafrechtspleging ervaart en met het formuleren van oplossingen daarvoor. In de samenleving staat immers niet alleen de rol van de advocaat binnen het strafrechtelijk systeem ter discussie maar ook het strafrechtelijk systeem zelf. De commissie heeft het probleem dan ook in een bredere context moeten onderzoeken"²²⁷.

De studiegroep stelt vast dat zich binnen de samenleving veranderingen voltrekken door emancipatieprocessen van verschillende groepen, een enorme technologische ontwikkeling en een kennisexplosie. Door de emancipatiebewegingen is normconform gedrag niet meer vanzelfsprekend. Ieder wil een benadering vanuit zijn eigen identiteit²²⁸.

Daarnaast zijn er inzichten ontstaan over de selectiviteit van eigen waarneming en de interpretatie daarvan, waardoor de claim op objectiviteit van de rechtspleging aan het wankelen is gebracht. Hierdoor is een crisis in het rechtsbedrijf ontstaan²²⁹. De crisis in het rechtsbedrijf manifesteert zich, omdat er nog geen nieuw maatschappelijk referentiekader is ontstaan, terwijl het oude heeft afgedaan. Daarnaast is de grens tussen strafbaar en niet strafbaar gedrag in veel gevallen willekeurig en hangt deze vaak niet meer samen met de maatschappelijke schadelijkheid. Ook de doelmatigheid van de strafrechtspleging wordt door wetenschappelijk onderzoek in twijfel getrokken. En tot slot is er een kloof tussen wet en jurisprudentie.

Door een toegenomen instrumentaliteit van het recht doen zich conflicten voor binnen het rechtsbedrijf en bepaalde delen van de samenleving.

Voor wat betreft de ontwikkelingen in het strafrechtelijk systeem vermeldt de studiegroep dat:

- de sanctionering van gedragstypen is uitgebreid;
- de uitrusting van het strafrechtelijk systeem is uitgebreid (reclassering, differentiatie in gevangeniswezen en psychopatenzorg, uitbreiding van het sanctiepakket);
- het belang van de straftoemetsingsvraag toeneemt. Er is een verschuiving van juridische competentie naar materiële competentie waar te nemen, waardoor ook aandacht is ontstaan voor het effect van de straf;

226 Verdediging in de aanval 1972, p. 6-12; zie over de crisis in de strafrechtspleging ook 't Hart 1994, p. 32-57.

227 Verdediging in de aanval 1972, p. 6.

228 Zie ook Verdediging in de aanval 1972, memorandum bijlage 1.

229 Zie ook Langemeijer 1970 1.

- er een expliciet vervolgings- en straftoemittingsbeleid aan de zijde van het OM is ontstaan²³⁰.

1.7.1.2 *De rechtsvormende rol van de advocaat in strafzaken: een nieuw aspect van onafhankelijkheid*

De studiegroep neemt zelf ook stelling en geeft aan dat als uitgangspunten in de strafrechtspleging zullen moeten (gaan) gelden:

- dat menselijk gedrag alleen dient te worden beïnvloed voorzover het gaat om het handhaven van rechtsregels en het voorkomen van onrust en onvrede;
- dat de sanctie aan bovengenoemd doel dienstbaar moet zijn en de nadelige effecten niet de overhand mogen krijgen;
- dat de bestraffing naar evenredigheid moet plaatsvinden: de optimale sanctie is de minimale sanctie²³¹.

De raadsman heeft dan ook tot taak:

“Uit hoofde van zijn positie als hulpverlener zoveel mogelijk (...) te voorkomen dat er door een strafrechtelijke dienst verdergaande dwang jegens zijn cliënt wordt gehanteerd dan deze dienst zelf aanvankelijk nodig achtte. Hij dient verder te overwegen of er gronden zijn aan te voeren welke de dienst in kwestie er toe kunnen brengen om af te zien van zodanig optreden (bijv. sepot, gratie); indien hij daar niet in slaagt moet hij erop toezien dat binnen de grenzen der wet en op een verantwoorde wijze wordt gehandeld.

Dit betekent dat de raadsman in zeer algemene zin dan ook tot taak heeft om er – vanuit een beperkend oogpunt – op toe te zien dat de strafrechtelijke diensten hun bevoegdheden op juiste wijze hanteren. daarnaast zal hij ook steun in het menselijke vlak aan zijn cliënt moeten verlenen²³².

In de door de studiegroep ontwikkelde visie heeft de advocaat in strafzaken ook een rol bij de rechtsvorming. Daarvoor is het in de eerste plaats nodig dat de advocaat zich inleeft in de wereld van zijn cliënt. In de tweede plaats introduceert de studiegroep een nieuw facet van beroepsmatige onafhankelijkheid die van belang is bij de rechtsvormende rol van de advocaat, namelijk de onafhankelijkheid ten opzichte van het positieve recht. Voorheen werd met onafhankelijkheid voornamelijk bedoeld op de onafhankelijkheid ten opzichte van de overige deelnemers aan het strafproces, de publieke opinie en ten opzichte van de eigen cliënt. De studiegroep verwoordt het als volgt:

“Een te sterke identificatie met dat recht en het daaraan ten grondslag liggende normen- en waardenstelsel zou het hem moeilijk en zelfs onmogelijk kunnen maken wijzigingen in de

230 Verdediging in de aanval 1972, p. 9-10.

231 Verdediging in de aanval 1972, p. 11-12.

232 Verdediging in de aanval 1972, p. 17.

gangbare interpretatie te bepleiten die – in het licht van een concrete zaak en rekeninghoudend met de invalshoek van zijn cliënt – maatschappelijk zinvol kunnen worden geacht²³³.

Maar ook de onafhankelijkheid ten aanzien van de vak- en milieugenoten, de rechter en het OM, moet worden vergroot en de gebondenheid hieraan moet worden doorbroken. De onafhankelijkheid ten opzichte van de cliënt wordt niet alleen meer gezien vanuit het *dominus litis* principe, namelijk dat de advocaat vooral vast moet blijven houden aan zijn eigen opvattingen en principes over de strafrechtspleging en van daaruit bepaalt wat goed voor de cliënt is. Onafhankelijkheid wordt dienstbaar gemaakt aan het belang van de cliënt, waarbij de advocaat de flexibiliteit moet kunnen opbrengen vanuit verschillende gezichtspunten rechtsbijstand te verlenen:

“Tenslotte zal de advocaat in zoverre ‘onafhankelijk’ van zijn cliënten moeten zijn dat hij de uiteenlopende en wellicht zelfs strijdige leefwerelden van verschillende cliënten objectief – d.w.z. waarheidsgetrouw vanuit de situatie van de cliënt gezien – voor het voetlicht moet kunnen brengen²³⁴.

1.7.1.3 *De rol en de taken van de raadsman*

Over de rol van de raadsman in het strafproces merkt de studiegroep op dat de advocaat zich moet onthouden op de materiële vanpraktisch relevantste strafrechtelijke aspecten en straftoemingsvragen. Ook de voorfasen van de strafrechtspleging verdienen in de rechtsbijstandverlening meer aandacht, met name nu beslissingen over al dan niet vervolgen en het aanbieden van een transactie in deze fase genomen worden.

Suggesties van de studiegroep om een structurele verbetering in de rechtsbijstand in strafzaken aan te brengen zijn de oprichting van een databank voor strafrechtadvocaten en het verbeteren van de opleidingsfaciliteiten. Daarnaast moet de Orde bevorderen dat de wetgever een zodanig beleid schept, dat daarin voldoende ruimte is voor het optreden van een raadsman. Zo zouden de richtlijnen van het OM toegankelijk moeten worden en zou de Orde betrokken moeten worden bij de voorbereiding van wetgeving en beleid²³⁵.

In de voorstellen voor de concrete taakinvulling van de raadsman worden de hiervoor geschetste algemene uitgangspunten consequent doorgezet. In het tweede hoofdstuk van het rapport worden drie categorieën taken behandeld. De eerste categorie taken houdt in dat de raadsman er vanuit een beperkend oogpunt op toeziet of dwangmiddelen (waaronder de studiegroep ook sancties verstaat) op de juiste wijze worden gehanteerd, waarbij er zowel een rechtmatigheidstoets als een doelmatigheidstoets moet worden gedaan. De tweede categorie houdt in het verlenen van menselijke steun en de derde categorie is het behartigen van de belangen van de cliënt naar de pers toe²³⁶.

233 Verdediging in de aanval 1972, p. 12-13.

234 Verdediging in de aanval 1972, p. 13.

235 Verdediging in de aanval 1972, p. 14-15.

236 Verdediging in de aanval 1972, p. 17-23.

Wat de eerste categorie betreft gaat de studiegroep ervan uit dat de raadsman zelf zijn strategie bepaalt, waarbij hij zoveel mogelijk met de cliënt moet doornemen wat *rationeel* pleit voor diens visie. Daarnaast mag de cliënt zelf natuurlijk naar voren brengen wat hij wil. De studiegroep legt veel nadruk op de hulpverleningsrelatie.

Bij de controle van de formele competentie (rechtmatigheidstoets) moet de raadsman bij enige twijfel de competentie reeds betwisten. Volgens de studiegroep is dit een klassieke taak van de raadsman. Maar dit onderdeel heeft volgens de studiegroep maar weinig betekenis:

"In de huidige situatie kan echter dit type activiteiten slechts in geringe mate een functie vervullen als bevredigend controlemiddel van strafrechtelijk optreden. In vrijwel alle gevallen waarin het apparaat nl. optreedt, kan de formele bevoegdheid daartoe moeilijk betwist worden. Dit is o.a. een gevolg van het gebruik van moderne opsporingstechnieken"²³⁷.

Veel belangrijker wordt de controle op strafrechtelijk beleid geacht. Zo moet de raadsman stelling nemen tegen het zogenaamde 'ergheidsdenken' en minder afhankelijk zijn van de publieke opinie. Steeds zal moeten worden nagegaan of de publieke opinie werkelijk door een strafbaar feit geschokt is. De raadsman moet daarbij bij de toepassing van dwangmiddelen en sancties een zelfstandige 'doelmiddelen' afweging maken. Hierbij gelden als richtlijnen dat de raadsman moet nagaan welke doelen (conflictoplossing, speciale preventie, generale preventie) nagestreefd worden en moet controleren of de aangewende middelen dienen om deze doelen te bereiken. Hij moet zonodig vanuit het gezichtspunt van de cliënt daar een eigen visie tegenover stellen en daarbij zoeken naar de gunstigste oplossing voor de cliënt. De raadsman dient zelf zonodig de diverse straftoematingsgegevens te verzamelen en zou daartoe meer gebruik moeten maken van gedragswetenschappelijke deskundigen.

1.7.1.4 Concrete werkzaamheden

Vertaald in concrete werkzaamheden onderscheidt de studiegroep drie verschillende fasen: de fase voorafgaande aan de zitting, de zitting zelf en de fase na de berechting²³⁸.

In de fase voorafgaande aan de zitting zal de raadsman steeds moeten onderzoeken of aan de voorwaarden van vervolgbaarheid is voldaan. De studiegroep geeft als voorbeeld dat moet worden onderzocht of het feit strafbaar is en of de dader strafbaar is. Daarvoor is kennis van de feiten en van de toepasselijke wettelijke bepalingen vereist. Na de eerste kennisneming van de zaak moet worden geïnventariseerd of nog nader feitenonderzoek nodig is. Hierbij dient de raadsman zich bewust te zijn van de verschillende wijze waarop de feiten vanuit de ver-

237 Verdediging in de aanval 1972, p. 18. De studiegroep heeft kennelijk niet kunnen vermoeden welke vlucht de leerstukken van onrechtmatig verkregen bewijs en beginselen van behoorlijke procesorde later nog zouden gaan nemen.

238 Verdediging in de aanval 1972, p. 23-30.

schillende actoren worden geïnterpreteerd. De aanwezige gegevens moeten worden gecontroleerd, nadere gegevens moeten worden verzameld met name van aanvullende en ontlastende feiten. Hiertoe moet het voor de verdachte ook mogelijk zijn een GVO te laten instellen zodat hij getuigen kan laten horen en deskundigenrapporten kan laten uitbrengen²³⁹. De studiegroep kant zich tegen de regel dat de advocaat geen getuigen meer zou mogen benaderen die door het OM zijn opgegeven en vindt dit discriminatoir ten opzichte van de verdediging.

Vervolgens dienen juridische kwesties met betrekking tot de voorwaarden van vervolgbaarheid, het bewijs en de kwalificatie en eventuele strafuitsluitingsgronden, worden bestudeerd. Bij beoordeling van de materiële wederrechtelijkheid kan sociologisch onderzoek behulpzaam zijn.

Met inachtneming van de richtlijnen van het OM moet voortdurend getoetst worden of (verdere) vervolging gelet op de doelstelling van het beleid en de nadelige effecten noodzakelijk is. Zonodig dient er overleg hierover plaats te vinden met de officier van justitie.

De raadsman moet controleren of de strafvorderlijke bevoegdheden binnen de grenzen van de wet worden uitgeoefend. Dit kan resulteren in het instellen van hoger beroep bij beslissingen omtrent de voorlopige hechtenis, het indienen van een bezwaarschrift tegen dagvaarding, het indienen van een bezwaarschrift tegen een inbeslagneming. Ook hierbij dient de raadsman steeds de materiële competentie (doelmatigheid) kritisch te evalueren. Daarbij kan hij zich het volgende afvragen. Welke invloed heeft de duur van de voorlopige hechtenis op de strafmaat? Moet de voorlopige hechtenis niet geschorst worden? Waartoe dient een inbeslagneming? Is het nodig een GVO in te stellen voor straftoematingsgegevens?

De raadsman moet de beslissingen over verdere vervolging en het aanhangig maken van een zaak ter terechtzitting ten gunste van zijn cliënt trachten te beïnvloeden. Ook kan er voor de zitting al contact worden opgenomen met de selectieambtenaar van het gevangeniswezen als een vrijheidsstraf verwacht wordt. Dan kan op de zitting meer informatie worden gegeven over executiemogelijkheden. Ook moet de raadsman controleren dat er geen onnodige beperkingen aan zijn voorlopig gehechte cliënt worden opgelegd en erop toezien dat het regime voor voorlopig gehechten wordt toegepast.

Tijdens de zitting zal de advocaat de zwakke punten moeten blootleggen van de vervolgbaarheid van het tenlastegelegde feit²⁴⁰ en over de straf in discussie moeten treden met officier van justitie en de zittingsrechter over het beoogde doel van de straf. Ook moet de raadsman steeds nagaan of een eventuele schorsing van het onderzoek in het belang is van zijn cliënt, of sluiting van de deuren wenselijk is

239 De studiegroep stelt aan het einde van hoofdstuk 2, p. 35, voor dat de verdachte ook buiten een GVO kosteloos getuigen, deskundigen en tolken moet kunnen inschakelen en dat ook aan de raadsman de bevoegdheid moet worden verleend om de RC te verzoeken een GVO in te stellen.

240 Verdediging in de aanval 1972, p. 28. De studiegroep verstaat hier kennelijk alle juridische verweren onder.

en welke nadelige gevolgen een eventuele aanhouding van de zaak voor zijn cliënt heeft.

Na de zitting is de taak van de raadsman nog niet beëindigd. Hij moet nagaan of er redenen zijn voor het vragen van gratie. Ook op de wijze van tenuitvoerlegging kan hij trachten invloed uit te oefenen. Voorts is rechtsbijstand vereist bij de vordering van een tenuitvoerlegging van een voorwaardelijke straf of bij de herroeping van de voorwaardelijke invrijheidstelling of bij een verlenging van TBR²⁴¹.

De tweede categorie taken (het verlenen van menselijke steun) vult de studiegroep als volgt in. De cliënt moet op de hoogte worden gehouden van het verloop van de strafzaak en de te verwachten beslissingen. Daarnaast dient de raadsman informatie verschaffen indien de cliënt daarom vraagt, ook over zijn rechtspositie. De studiegroep ziet hierin niet direct een juridische taak, want merkt op:

"hoewel dit niet altijd direct van belang is voor de strafzaak, kan het wel een groot stuk onzekerheid bij de verdachte wegnemen"²⁴².

Bij ernstige psycho-sociale problemen zal de advocaat moeten doorverwijzen naar hulpverlenende instanties. Naast de rechtsbijstand in de strafzaak wordt van de raadsman ook verwacht dat hij de cliënt helpt bij andere juridische problemen (bijvoorbeeld echtscheiding).

Maar centraal staat het persoonlijk contact: de advocaat moet zeker een keer per maand bij de voorlopig gehechte op bezoek gaan en ook direct na de zitting en voor de einduitspraak.

De studiegroep gaat ook in op de derde categorie taken die betrekking hebben op de belangenbehartiging in de pers. Voor de advocaat is hierbij terughoudendheid voorgeschreven, maar hij mag de pers niet negeren. De pers is een onmisbaar communicatiemiddel naar het publiek toe en door een sobere en feitelijke voorlichting wordt het peil van de informatie verhoogd. Aangezien bij de politie en justitie de voorlichting al enigszins gekanaliseerd wordt, moet ook de balie worden ingeschakeld bij de ontwikkelingen die gaande zijn bij de voorlichting vanuit het OM en de rechterlijke macht. Alhoewel de advocaat gelet op zijn vertrouwenspositie naar de cliënt toe heel voorzichtig moet zijn met het geven van informatie²⁴³, is het toch ook in het belang van de cliënt om een verkeerde beeldvorming te voorkomen. Ten tijde van het opstellen van het rapport worden de Ereregels herzien en in het ontwerp van Ereregel 9 is opgenomen dat publiciteit alleen in overleg met de Deken toegestaan is. Deze regel is vooral bedoeld om reclame tegen te gaan. De studiegroep doet een voorstel ter aanvulling deze ereregel door aan artikel 9 het volgende lid toe te voegen:

241 Thans TBS genoemd, zie art. 37a Sv.

242 Verdediging in de aanval 1972, p. 30.

243 Blijkens een circulaire van de Amsterdamse Raad van Toezicht is alle contact met de pers verboden, Verdediging in de aanval 1972, p. 32.

"Wanneer van de zijde van politie of justitie inlichtingen worden gegeven, bijvoorbeeld in de vorm van een persconferentie of een perscommuniqué, zonder dat de advocaat in de gelegenheid is gesteld hieraan deel te nemen is deze gerechtigd – ter bevordering van een evenwichtige berichtgeving – zijnerzijds op analoge wijze de pers voor te lichten".

Verder stelt de studiegroep voor, dat de politie in een persbericht de naam van de advocaat die de verdachte bijstaat moet vermelden en de advocaat tevoren moet inlichten als er contact wordt opgenomen met de pers. Voor wat betreft de contacten met de pers bij de zitting, zou er ook al voor het pleidooi ter terechtzitting een pleitnota aan de pers kunnen worden verstrekt. Dan kan worden bewerkstelligd dat in de berichtgeving ook de visie van de verdediging kan worden meegenomen, nu het wel eens voorkomt dat een verslaggever al voor het pleidooi de zitting verlaat. Hoe er met de publiciteit moet worden omgegaan verdient volgens de studiegroep nadere uitwerking en hiertoe zou een Commissie Perscontacten moeten worden ingesteld.

1.7.1.5 De verdeling van rechtsbijstand

In het derde hoofdstuk van het rapport besteedt de studiegroep aandacht aan de rechtsbijstand aan onvermogenen in het strafproces, de erkenning van het recht op vrije keuze van raadsman en het bijwonen van politieverhoren door de raadsman²⁴⁴.

Allereerst inventariseert de studiegroep de actuele toevoegingsregeling en stelt vast dat artikel 40 Sv bepaalt dat een advocaat wordt toegevoegd aan degene die zich in voorlopige hechtenis bevindt. In sommige arrondissementen wordt al toegevoegd op het moment dat de bewaring wordt gevorderd zodat de advocaat de verdachte bij de RC kan bijstaan. Maar vaak wordt pas na de bewaring toegevoegd. Ook is er een experiment van een piketdienst in Amsterdam, Den Haag en Rotterdam waarbij de verdachte die dit wenst in het stadium van de invertekeringsstelling rechtsbijstand kan verkrijgen van een advocaat. Theoretisch kan ook de onvermogen verdachte in dit stadium een toevoeging krijgen via de Raad voor Rechtsbijstand, maar dan moet hij zijn onvermogen staven en daartoe een verklaring ex artikel 827 Rv overleggen hetgeen in deze fase feitelijk ondoenlijk is. De verdachte kan deze verklaring namelijk niet afhalen en naar de Raad voor Rechtsbijstand gaan.

De algemene kritiek op de praktijk is dat het inschakelen van een advocaat in de vroegste fase van de vervolging te veel wordt overgelaten aan het initiatief van de verdachte. De onvermogen verdachte kan in dit stadium feitelijk geen rechtsbijstand krijgen. Het moment van ambtshalve toevoeging is te laat en bij de ambtshalve toevoeging heeft de verdachte geen recht op vrije advocatenkeuze. De studiegroep is van mening dat de bevoegdheden van de advocaat in het eerste stadium van de vervolging moeten worden uitgebreid. De studiegroep stelt ver-

244 Verdediging in de aanval 1972, p. 37-40.

volgens een gedetailleerd scala aan verbeteringen voor²⁴⁵. De algemene tendens is dat de adviesgroep van mening is dat het toevoegingssysteem aanmerkelijk zou moeten worden uitgebreid en dat indien de verdachte/veroordeelde van zijn vrijheid is beroofd, in het toevoegingssysteem geen onderscheid wordt gemaakt tussen vermogende en onvermogende verdachten. Zo is men bijvoorbeeld van mening dat de ambtshalve toevoeging moet plaatsvinden op het moment van de in-verzekeringstelling. Ook op het moment van de aanhouding dient ten behoeve van verdachten die dat wensen, ambtshalve te worden toegevoegd, in de gevallen waarin voorlopige hechtenis is toegelaten. Gaat het om een feit waar een gevangenisstraf van 6 jaar of meer op staat, dan zou bij de aanhouding zonder meer een ambtshalve toevoeging moeten plaatsvinden. Ook voor penitentiaire zaken stelt de studiegroep een toevoegingssysteem voor evenals voor procedures na een veroordeling zoals herroeping van een schorsing van de VI en bij de verlengingsprocedure TBR²⁴⁶.

1.7.1.6 *Optimale taakvervulling*

In het vierde hoofdstuk van Verdediging in de aanval zet de studiegroep de voorwaarden uiteen voor een optimale taakvervulling. De studiegroep onderscheidt hierbij drie aspecten: de organisatie van het werkverband, de opleiding en de honorering²⁴⁷.

Specialisatie in strafzaken wordt onontbeerlijk geacht in verband met de vereiste kennis en ervaring. Het werkverband waarin de strafrechtsspecialist werkzaam is moet kunnen beschikken over voldoende administratieve ondersteuning en permanent bereikbaar zijn. Voorts moet de onafhankelijkheid gewaarborgd zijn evenals de vrije keuzemogelijkheid voor de verdachte. De studiegroep heeft voor ogen dat het vrije beroep zal blijven bestaan maar acht het daarnaast mogelijk is dat strafrechtsspecialisten gaan samenwerken met hulpverleningsinstanties die veel met personen in aanraking komen die ook in het strafrechtelijk circuit belanden (bijvoorbeeld instellingen van maatschappelijke werk, Release en het JAC). De specialisatie dient voor de rechtzoekende bekend te kunnen worden gemaakt door vermelding op het naambord, op het briefpapier en in het telefoonboek. Om volledig up to date te blijven zouden de strafrechtadvocaten een databank moeten opzetten waarin veelvuldig gebruikte literatuur van belang voor de strafpraktijk toegankelijk wordt en waarin de hulpverleningsmogelijkheden worden geregistreerd evenals mogelijk te raadplegen deskundigen en specialisten etc.

Naast een verbetering van de algemene opleiding van de advocaat-stagiaire moeten er ook speciale opleidingsfaciliteiten komen die specifiek op de strafrechtpraktijk zijn geënt.

Tot slot stelt de studiegroep een gedetailleerd honoreringssysteem voor, met als uitgangspunt dat de werkzaamheden in strafzaken op een reëel niveau worden

²⁴⁵ Verdediging in de aanval 1972, p. 46-49.

²⁴⁶ Een overzicht van de voorstellen staat in Verdediging in de aanval 1972, p. 57-59.

²⁴⁷ Verdediging in de aanval 1972, p. 61-83.

gehonoreerd. De studiegroep heeft een gedetailleerd schema opgesteld voor de gemiddelde tijdsbesteding per verrichting en komt op basis daarvan, uitgaande van een vergelijking met het inkomen van een huisarts met een normale fondsp praktijk, op een uurtarief van f. 70,-.

1.7.2 *Reacties op Verdediging in de aanval*

Het rapport Verdediging in de aanval is ambitieus opgezet en eist nogal wat van de individuele strafpleiter, de Orde en de wetgever. In het 7-jarenplan dat de studiegroep aan het einde van het rapport formuleert, worden concrete stappen aangegeven om de advocatenopleiding, het toevoegingssysteem en de vergoedingen in overeenstemming te brengen met de in het rapport geformuleerde ideeën over hoe de strafrechtadvocatuur zou moeten functioneren. Gedurende de drie jaren dat de studiegroep aan het rapport gewerkt heeft, zijn er echter op het gebied van de toevoegingsproblematiek en de rechtsbijstand in het vooronderzoek al bewegingen in gang gezet die door de studiegroep worden aanbevolen²⁴⁸. Het rapport wordt in zijn algemeenheid lovend ontvangen²⁴⁹, maar er is ook wel kritiek. Zo vindt Grosheide²⁵⁰ dat onvoldoende is onderzocht of het in het rapport voorgestane type advocaat wel beantwoordt aan wat daaromtrent onder het publiek leeft. Alhoewel de invloed van de voorzitter, L.H.C. Hulsman, op de uitgangspunten van het rapport onmiskenbaar is²⁵¹, had volgens Grosheide het theoretisch kader waaraan de studiegroep haar ideeën omtrent de doeleinden van de strafrechtspleging heeft ontleend, wat duidelijker mogen worden geëxpliciteerd en van bronnen mogen worden voorzien (zo ontbreekt er een literatuurlijst). Dit temeer nu deze uitgangspunten bepalend zijn voor de rol van de advocaat in de strafrechtspleging. Volgens Grosheide legt de studiegroep te veel het accent op de controlerende taak van de advocaat, terwijl het accent ook anders zou kunnen worden gelegd, bijvoorbeeld op de menselijke en sociale ondersteuning van de verdachte en het waarborgen van diens rechten. Ook vraagt Grosheide zich af of er niet teveel van de advocaat gevergd wordt²⁵². Hij pleit voor een minder uitgebreide taak en vindt dat de raadsman zich vooral moet concentreren op de juridische kwesties en de opvang en begeleiding van verdachten en veroordeelden verder moet overlaten aan maatschappelijk werkers en reclassering.

248 Zoals het instellen van piketdiensten en de instelling van de Commissie Boekman om de Algemene Raad te adviseren over de kosteloze rechtsbijstand, zie Advocatenblad 1971, p. 205. Zie ook de aanbevelingen van Aerts 1972 en Claessens e.a. 1970.

249 Poell 1972; Langemeijer 1972; Kuitenbrouwer 1972.

250 Grosheide 1972.

251 Grosheide verwijst naar het Praeadvies van Hulsman voor het Congres Straftoemeting in 1969 en naar de bundel: Straf, Anthos-boek, Bosch & Keuning, Baarn 1969. Hulsman is duidelijk een gangmaker van de door Kelk getypeerde 'welzijnsrichting', waarvan Kelk als kenmerken noemt: strafrechtelijk ingrijpen moet het welzijn van de individu en de maatschappij dienen; de functie van het strafrecht is conflictoplossing en dient ultimum remedium te zijn; depenalisering; decriminalisering en het streven naar sociale rechtvaardigheid, zie Kelk 1987.

252 Ook Langemeijer 1972, p. 211, geeft aan dat de verwachtingen in het rapport omlaag geschoefd moeten worden.

Fundamentele kritiek wordt geuit door Bakker Schut²⁵³. Ook hij wijst op de relatie tussen de visie op de doeleinden van de strafrechtspleging, die duidelijk zijn beïnvloed door de functionele richting binnen de strafrechtspleging²⁵⁴ en de rol van de advocaat. Hij haakt aan bij modellen van Packer²⁵⁵: beziet men de doeleinden van de strafrechtspleging vanuit de optiek van doelmatige misdaadbestrijding dan zal de advocaat een minder beduidende rol spelen dan bezien vanuit de optiek van de individuele rechtsbescherming. Bakker Schut verwijt de studiegroep in de eerste plaats, dat zij hierin geen positie kiest, terwijl vanuit het perspectief van de verdediging het Due Process Model (individuele rechtsbescherming) als uitgangspunt voor de hand zou hebben gelegen. De studiegroep gaat – weliswaar in een modern en sympathiek jasje verpakt – voor wat betreft de doeleinden van de strafrechtspleging op dezelfde golflengte zitten als het officiële perspectief: het strafproces dient ter vaststelling van de waarheid van het gebeurde, ter bevestiging van de overtreden orde en ter correctie van het eventueel onderliggende probleem van onaangepastheid: misdaadbestrijding dus. Merkwaardig, en enigszins hiermee in strijd, is volgens Bakker Schut dan ook dat de studiegroep ook pleit voor een versterking van de rol van de advocaat. Hierdoor wordt het onduidelijk welke uitgangspunten de studiegroep bij de doeleinden van de strafrechtspleging voorop stelt. Door de nadruk te leggen op de toetsing van de doelmatigheid van dwangmiddelen en sancties, verwacht de studiegroep de doeleinden van de strafrechtspleging met de doeleinden van straftoemeting. Deze benadering leidt tot een déjuridisering van het strafproces, waardoor de werkelijk relevante doeleinden van het strafproces, namelijk de juridische, uit het oog worden verloren. Dit is gevaarlijk:

“o.a., omdat de advocaat op deze wijze zijn enige wapen dat tot en met de Hoge Raad op hardheid kan worden onderzocht – nl. zijn argument over (on)rechtmatigheid – inruilt voor de illusie dat een discussie over beleidsoverwegingen voordeliger voor zijn cliënt zou zijn”²⁵⁶.

De raadsman moet niet in doel-middelen relaties denken, wil hij de rechtsbeschermende functie van het strafproces daadwerkelijk inhoud geven.

Ook de voorstellen voor de bijdrage die de raadsman zou moeten leveren aan de vragen van straftoemeting neigen volgens Bakker Schut naar een riskante behandelideologie, die inherent is aan de functionele visie op het strafproces, waarin als eis aan de sanctie wordt gesteld dat zij maatschappelijk zinvol is en waarbij door middel van de straf gedragsbeïnvloeding wordt nagestreefd. Bakker Schut verzet zich ertegen, dat dit ook het uitgangspunt van de verdediging zou moeten zijn, omdat dit uitgangspunt alleen met crimineel politieke argumenten kan worden onderbouwd, die meestal niet strekken tot bescherming van het individu, maar tot bescherming van de maatschappij. Alleen de juridische argumenten berusten per

253 Bakker Schut 1972.

254 Zie § 1.7.

255 Packer 1968.

256 Bakker Schut 1972, p. 455.

definitie op de bescherming van het individu. Het moge duidelijk zijn dat de kritiek van Bakker Schut is geïnspireerd door het gedachtegoed van Peters²⁵⁷.

1.7.3 *Hulpverlening en procesbewaking*

Een ander punt van kritiek is, dat in het rapport Verdediging in de aanval niet wordt onderkend dat er een tegenstrijdigheid zit tussen de twee taken van de advocaat, namelijk de hulpverleningsfunctie en het controleren van de procesgang²⁵⁸. De hulpverleningsfunctie veronderstelt dat de advocaat er voor de cliënt het beste resultaat uit sleept. Om dit te bereiken is in veel gevallen een coöperatieve opstelling ten opzichte van de rechter en officier van justitie, alleen al uit strategisch oogpunt, het gunstigste. Het controleren van de procesgang, waaronder ook het toetsen van beweringen en motiveringen van de officier van justitie en de rechter, vereist echter een principieel antagonistische houding, die het effect kan hebben dat de rechter aanzienlijk minder mild gestemd zal zijn bij het bepalen van de strafmaat. In het rapport Verdediging in de aanval wordt aan het dilemma waarin de verdediger, tengevolge van voornoemde tegenstrijdigheid in taken en doelen, kan komen te verkeren bij het bepalen van de strategie geen aandacht besteed. Prakken²⁵⁹ verheldert deze, reeds in eerdere kritiek²⁶⁰ geconstateerde, lacune en stelt vast dat het rapport Verdediging in de aanval niet met een expliciet concept komt, voor de rol die de advocaat in het strafproces zou moeten spelen²⁶¹.

Het dilemma waarmee de advocaat wordt geconfronteerd als de hulpverlenings-taak in conflict komt met de procesbewakingstaak kan volgens Prakken worden opgelost, door de hulpverleningsfunctie ruimer te zien. Het doel van de hulpverlening is niet alleen maar een zo gunstig mogelijke uitkomst te krijgen. Het gaat er ook om de cliënt zo actief mogelijk te betrekken in de problemen rond de strafzaak:

"Sinds mensenheugenis is de vertrouwensrelatie tussen de advocaat en zijn cliënt geprezen als een hoog goed. Terecht, maar ik geloof dat tot voor kort die relatie in ieder geval in strafzaken (maar daar niet alleen) voornamelijk bestond uit de verwachting bij de advocaat dat de cliënt hem in vertrouwen zou nemen. Van enige bereidheid bij de advocaat om zijn cliënt in vertrouwen te nemen, door met hem samen een plan te maken, door hem de belangrijkste beslissingen te laten nemen, door hem gedurig op de hoogte te houden van de stand van zaken, door bereid te zijn de visie van de cliënt op het delikt en wat daarmee samenhangt over te nemen was geen sprake. De advocaat was immers dominus litis, hij bepaalde de strategie. Zijn kennismonopolie en zijn aktes tot 'de instanties' stelden hem in staat volstrekt oncontroleerbaar en autonoom op te treden"²⁶².

257 Zie § 1.7.

258 Schuyt 1971.

259 Prakken 1973.

260 Zie Grosheide 1972 en Bakker Schut 1972.

261 Prakken uit dezelfde kritiek op het toen pas verschenen boek van een aantal jonge advocaten Aerts e.a. 1971 (5e druk 1987).

262 Prakken 1973, p. 50.

Prakken verzet zich tegen het hiervoor door haar beschreven 'dominus litis principe' en vindt dat het dominus litis zijn een negatief geformuleerd begrip moet worden: de cliënt bepaalt met hulp van de advocaat de strategie, maar de advocaat hoeft niet in alles zijn cliënt te volgen en zal bijvoorbeeld geen medewerking mogen verlenen aan het omkopen van getuigen of het organiseren van een vluchtpoging.

1.7.4 *Het strafproces als waardeconflict*

Een ander voor de verdediging belangrijk aspect, waar Prakken op wijst, is, dat er in strafzaken voor de verdachte vaak meer dan alleen zo weinig mogelijk straf op het spel staat. In veel strafzaken gaat het ook om een fundamenteel waardeconflict over de strafwaardigheid van het delikt²⁶³. In het rapport Verdediging in de aanval wordt dit weliswaar erkend en wordt van de advocaat een onafhankelijke en kritische houding ten opzichte van het positieve recht gevraagd, maar het blijft vaag vanuit welk waardesysteem deze kritische houding zou moeten worden gevoed. De studiegroep vindt het bij uitstek de taak van de advocaat een bemiddelende functie te vervullen tussen de rechtspleging en de 'pluriforme' samenleving, waarin hij zal moeten trachten die aspecten van de zaak naar voren te brengen, die vanuit de belevingswereld van de cliënt van belang zijn. Maar het doel daarvan is volgens de studiegroep 'wijzigingen in de gangbare interpretatie (van het positieve recht TS) te bepleiten die – in het licht van een concrete zaak en rekeninghoudend met de invalshoek van (de) cliënt – maatschappelijk zinvol kunnen worden geacht'²⁶⁴. Kennelijk moet vooral het maatschappelijk nut en niet primair het waardensysteem van de cliënt, de leidraad voor de strategie van de advocaat zijn, als hij zich kritisch opstelt tegenover het positieve recht. De invalshoek van de cliënt is dan een factor die weliswaar meespeelt, maar niet voorop staat. In deze opvatting wordt niet onderkend dat indien het wereldbeeld en het waardensysteem van de verdachte in het geding is, hij niet alleen zo weinig mogelijk straf, maar ook zijn gelijk wil. Prakken geeft aan dat hier vaak een kortsluiting zit tussen de advocaat en zijn cliënt: de advocaat heeft te veel oog voor het belang van de cliënt en te weinig oog voor het gelijk van de cliënt²⁶⁵. Dit laatste aspect vereist een zekere solidariteit, die weer op gespannen voet kan komen te staan met de zo belangrijk geachte objectiviteit van de advocaat in het strafproces, die ook in het rapport Verdediging in de aanval wordt aangehangen:

"Een advocaat die zich niet identificeert althans niet solidair is met het waardensysteem van zijn cliënt, onderschrijft stilzwijgend dat van de strafwet. Dat is ongetwijfeld in het belang van de strafrechtspleging als misdaadbestrijding. Of het in het belang is van een eerlijk proces in die zin dat beide partijen gelijkelijk in de gelegenheid worden gesteld te zeggen wat ze ervan vinden is zeer de vraag (...). Wie ook gebaat is bij een objectieve advocaat die bovendien

263 Dit standpunt hangt nauw samen met de eveneens in deze tijd opkomende politieke strafzaken, zie § 1.8 hierna.

264 Verdediging in de aanval 1972, p. 12-13.

265 Prakken 1973, p. 52.

zijn cliënt domineert, is de rechter. Als partijen het over de onderliggende waarden (en feiten natuurlijk) eens schijnen te zijn, is het vonnis nog slechts een kwestie van belangenafweging van een maandje meer of minder.¹⁷²⁶⁶

Prakken benadrukt dat vooral een sociale en psychologische onafhankelijkheid ten opzichte van de rechter voor de advocaat noodzakelijk is, wil hij vrij zijn om af en toe harde dingen te zeggen of om niet te beantwoorden aan de verwachting van de rechter dat de advocaat ervoor zal zorgen dat het proces 'netjes' verloopt. De enige verantwoordelijkheid van de advocaat ten opzichte van de rechtsorde is, dat hij ervoor moet zorgen dat de verdachte zoveel mogelijk kansen krijgt.

1.7.5 *Het dominus litis princeps*

Het belangrijkste verschil in benadering tussen de (impliciete) uitgangspunten die aan het rapport Verdediging in de aanval ten grondslag liggen en de opvatting dat het zwaartepunt van de verdediging dient te liggen op het bewaken van de procespositie en individuele vrijheid van de verdachte, is de wijze waarop aangekeken wordt tegen het dominus litis principe: wie bepaalt uiteindelijk hoe de verdediging in het strafproces gevoerd wordt, de advocaat of de verdachte?

In het rapport Verdediging in de aanval wordt ervan uitgegaan dat de verdedigingsstrategie wordt bepaald door de advocaat, die zich onafhankelijk dient op te stellen ten opzichte van het positieve recht. Deze opvatting past goed in de tijdgeest waarin gevestigde waarden en normen ter discussie staan. Hierbij gaat het met name om een onafhankelijke visie van de advocaat op de materiële normen – het strafbaar gestelde gedrag zelf – en de reactie daarop. Van de raadsman wordt verwacht dat hij op rationele gronden een kritische houding aanneemt ten opzichte van justitie, door het effect en de doelmatigheid van de strafrechtelijke reactie ter discussie te stellen. Maar de advocaat blijft hierbij gebonden aan het waardesysteem dat ten grondslag ligt aan de uitgangspunten van de rechtspleging²⁶⁷. Bij de bepaling van de strategie gaat het om een rationele doel-middelen analyse: welke strafrechtelijke reactie heeft het minst negatieve effecten voor de verdachte en levert het meeste op aan sociaal aangepast gedrag. De advocaat moet zich wel verdiepen in de belevingswereld van de cliënt, maar daarbij wordt uitdrukkelijk opgemerkt:

"Dit alles wil overigens niet zeggen dat hij zich moet identificeren met zijn cliënt en bijv. verplicht is uitsluitend diens visie op het strafprocessuele gebeuren (in ruime zin) te vertolken: binnen het kader van de (...) hulpverleningsrelatie bepaalt de raadsman zelf zijn strategie. Deze strategie moet hij zoveel mogelijk met zijn cliënt doornemen en datgene wat rationeel pleit voor diens visie, zal erin verdisconteerd worden indien het een aspect betreft dat in de ogen van de raadsman relevant is voor zijn verdediging. Dit laatste sluit niet uit dat de verdachte zelf de mogelijkheid moet hebben om zijn persoonlijke mening naar voren te brengen; ook de raadsman kan zijn privé-mening verkondigen (indien hij dat nuttig acht) (...)"

266 Prakken 1973, p. 53.

267 Verdediging in de aanval 1972, p. 17-21.

Als daarentegen de grondslag van de taak van de advocaat wordt gezocht in de bescherming van de individuele vrijheid van de verdachte, dan is de bepaling van de strategie aan de cliënt en leidt dat tot een andere benaderingswijze van de rol van de advocaat²⁶⁸. De advocaat richt zich dan vooral op de bewaking van de procedurele normen van het strafproces, om zoveel mogelijk te garanderen dat de verdachte de gelegenheid krijgt om – zo hij wil – ook de materiële normen aan te vallen. Daarbij is respect voor de belevingswereld en het waardepatroon van de verdachte een noodzakelijke voorwaarde. In feite wordt de cliënt vrijgelaten om te bepalen welke verdedigingsstrategie in zijn eigen belang is. Deze taakopvatting vergt op zichzelf geen identificatie met de cliënt, maar wel een zekere solidariteit met het waardesysteem van de cliënt en de bereidheid van de advocaat de zienswijze van de cliënt uit te dragen. Als de advocaat bepaalt wat goed voor de verdachte is, dan is dat in feite bevoogdend. Het vinden van een evenwicht tussen enerzijds het bewaren van een zekere professionele afstandelijkheid en anderzijds een solidaire ondersteuning van de cliënt blijft een dilemma en komt het scherpst naar voren in politieke strafzaken, die in de jaren zestig, zeventig en tachtig gevoerd worden.

1.8 Politieke strafzaken

In de klassieke ideologie van de scheiding der machten staat de rechtspleging buiten de politiek²⁶⁹. Het wetgevingsproces vindt weliswaar plaats in een politiek onderhandelingsklimaat, maar zodra de formele wet tot stand is gekomen geldt als uitgangspunt dat de rechter niet meer bevoegd is, bij de toepassing van de wet een subjectieve politieke afweging te maken²⁷⁰. De rechtspleging ontleent haar legitimiteit juist aan strikte legaliteit, ook als tegenwicht van de overheid. Daarom wordt de rechterlijke macht als een apolitieke instantie beschouwd, "als een oordeelstelsel van hogere orde, dat tegelijk én trouw aan de wet én zedenmeester van de wet is met een beroep op hogere beginselen. In die spanningsverhouding tot de overheid krijgt de met juridische middelen gewaarborgde rechterlijke onafhankelijkheid structurele stabiliteit"²⁷¹. Van rechtstoepassers wordt verwacht dat zij politieke aspecten zoveel mogelijk neutraliseren²⁷². In deze opvatting zijn delicten per definitie geen politieke delicten²⁷³ en kan het politieke karakter van een strafzaak hoogstens in de bedoelingen van de dader liggen, wiens bedoelingen natuurlijk wel politiek van aard kunnen zijn.

In de jaren zestig en zeventig komt dit klassieke uitgangspunt door een samenstel van factoren onder druk te staan. In deze periode zijn alle sectoren van de overheid mikpunt van brede maatschappijkritiek. Het voornaamste kritiekpunt op de

268 Zie Peters 1972 en Peters 1975; Bakker Schut 1972 en Prakken 1973; zie ook het pleidooi voor meer cliëntgerichte betrokkenheid van de advocaat in Eiselin e.a. 1977 en Beyaert 1970.

269 Enschedé 1970 I.

270 Zie Melai 1968, m.n. p. 48 e.v. en p. 151.

271 Enschedé 1970, p. 24.

272 Kuitenbrouwer 1978, p. 2; Peters 1974, zie met name p. 8.

273 Afgezien van delicten zoals de misdrijven tegen de veiligheid van de staat (art. 92-105 Sr).

strafrechtspleging is dat deze te geïsoleerd is van de maatschappelijke werkelijkheid. Men is van mening dat de strakke dogmatische benadering van het juridische deductieve denken moet worden opengebroken en dat de strafrechtspleging meer maatschappijgericht moet worden door de inbreng van andere disciplines zoals de sociale wetenschappen. De rechtswetenschap wordt niet meer gezien als het domein van juristen alleen. Het rechtsbedrijf wordt voorwerp van onderzoek van de sociale wetenschappen en getoetst aan zijn effect op en nut voor de maatschappij²⁷⁴. Daarbij ontstaat er veel aandacht voor het verschijnsel van klassenjustitie en discriminatie bij opsporingsbevoegdheden, waardoor personen uit lagere sociale klassen in onevenredig hoge mate worden gearresteerd en gestigmatiseerd²⁷⁵.

Doordat de activiteiten van de rechterlijke macht en het OM gericht zijn op het handhaven en verdedigen van de maatschappelijke orde en de bestaande – en bekritiseerde – politieke machtsverhoudingen, worden deze gezien als een verlengde van de politieke besluitvorming. Steeds meer wordt (ook door juristen) openlijk erkend dat het OM en de rechterlijke macht bij de toepassing van rechtsregels criminele politiek bedrijven, zij het in een andere abstractiegraad en op een ander niveau dan bij de politieke besluitvormingsorganen²⁷⁶. Zowel het OM als de rechterlijke macht hebben immers een aanzienlijke marge van vrijheid bij de vervolging van en oordeelsvorming over strafbare feiten. De aandacht voor het politieke karakter van de strafrechtspleging wordt nog versterkt door de toename van de ordeningswetgeving en de strategische hantering van het opportuniteitsbeginsel door het OM, waardoor het OM zich steeds meer begeeft op het gebied van crimineel beleid²⁷⁷.

Niet alleen wordt de gehele strafrechtspleging 'gepolitiseerd', maar in de brede stroom van maatschappijkritiek en protestacties ontstaat ook een nieuwe categorie strafzaken: 'de politieke strafzaken' en een nieuw soort dader 'de politieke overtuigingsdader'. Het wordt vanzelfsprekender om door middel van burgerlijke ongehoorzaamheid op te komen tegen onrechtvaardig geacht overheidsbeleid²⁷⁸. Hieraan ligt de idee ten grondslag dat democratisch genomen besluiten – in de zin van de meerderheid beslist – niet zonder meer legitiem zijn, als daardoor de belangen van minderheden en zwakkeren binnen de samenleving (onevenredig) in de verdrukking komen. Burgerlijke ongehoorzaamheid wordt in deze context gerechtvaardigd geacht, omdat een overheid die stelselmatig de belangen van de maatschappelijk zwakkere (minderheids)groepen veronachtzaamt, haar legiti-

274 't Hart 1994, p. 17-57, zie ook § 1.7.

275 Moerings 1975, p. 23-41; Cnoop Koopmans 1969 en Beelaerts van Blokland 1969. In 1978 is het congres van de Nederlandse Vereniging voor Kriminologie op 8 en 9 juni gewijd aan selectiviteit in het strafproces, zie de bijdragen in de bundel L.G. Moor en E. Leuw (red.), *Beslissingsmomenten in het strafrechtelijk systeem*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1978.

276 Enschedé 1970, p. 45; 't Hart 1994, p. 35-43; Rozemond 1965, p. 59 e.v.; Herstel 1978; Cnoop Koopmans 1973 I; Rammelink 1975. Bader 1982.

277 Zie voor een beschrijving van deze ontwikkeling 't Hart 1994, m.n. de hoofdstukken 2A en 2B.

278 Zie 't Hart 1994, p. 17-39; Schuyt 1972.

teit verliest²⁷⁹. Het uitgangspunt is hierbij dat groepen die gezien de sociaal-economische structuur van de samenleving in een zwakke positie verkeren, permanente verliezers blijven, ook al hebben zij stemrecht, omdat zij hun politieke macht via de geijkte kanalen niet kunnen doen gelden. In dergelijke situaties blijft voor betrokkenen geen ander middel dan burgerlijke ongehoorzaamheid over, hetgeen niet zelden leidt tot strafrechtelijke vervolging.

In de jaren zestig, zeventig en tachtig zijn er veelsoortige acties gevoerd zoals bijvoorbeeld anti-Vietnam demonstraties, studentenacties (vóór democratisering van de universiteit en tegen verhoging van collegegeld), bezettingen van bedrijven en instellingen, Dolle Mina-acties, verstoringen van openbare orde door Kabouter (beweging voor een anti-autoritaire staat), anti-militaristische acties (dienstweigeraars en acties van Onkruid), verzet tegen de metro te Amsterdam in de Nieuwmarktbuurt, kraakacties, milieucties, de havenstaking in Rotterdam in 1979, acties tegen pornografie en acties tegen kernenergie²⁸⁰.

Mensen die politieke idealen of doelen nastreven en ten gevolge daarvan – soms onvermijdelijk, soms opzettelijk – met het strafrecht in aanraking komen, vormen een nieuwe categorie verdachten. Het gaat om daders, die meestal behoren tot een groep gelijkgezinden, die met een beroep op eigen politieke waarden opzettelijk de strafwet overtreden en daarbij niet in de eerste plaats op eigen voordeel uit zijn, maar op maatschappijverandering. Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen 'politieke overtuigingsdaders' en 'overtuigingsdaders', welke laatsten de strafwet overtreden op grond van hun geweten of existentiële overtuiging, die soms voortspruit uit een geloofsovertuiging²⁸¹. Hoewel het onderscheid soms vloeiend is en innerlijke overtuiging vaak ook een politieke dimensie heeft²⁸², hoeven overtuigingsdaders niet persé tot een groep gelijkgezinden te behoren. Zij zijn ook eerder 'weigeraars' dan 'actieve' wetsovertreders en zij streven niet zonder meer politieke doelen na met hun acties²⁸³.

Politieke overtuigingsdaders kunnen die wetten overtreden waarmee zij het niet eens zijn, of andere wetten overtreden waarbij het nagestreefde doel een rechtvaardiging vormt. Soms wordt de strafwet overtreden uit tactische motieven, na-

279 Zie Bader 1982, p. 210 e.v.

280 Zie Schuyt 1982, waarin in hoofdstuk 3 een overzicht wordt gegeven van de acties die gedurende de periode 1968-1981 met illegale actie-methoden zijn gevoerd.

281 Bijvoorbeeld Jehova-getuigen.

282 Dit is bijvoorbeeld het geval bij dienstweigeraars die gewetensbezwaren hebben tegen het gebruik van geweld tegen medemensen, maar bijvoorbeeld weigeren om gebruik te maken van de Wet gewetensbezwaren militaire dienst, om uiting te geven aan hun eveneens politieke streven te bewerkstelligen, dat de overheid niemand kan dwingen deel te nemen aan het leger, zijnde een apparaat dat is opgezet om geweld te gebruiken.

283 Zie Rummelink 1970; Rozemond 1965 definieert het politieke delict op p. 61 als volgt: "strafbaar feit dat tijdens de rechtsgang in de ogen van een meerderheid of niet te verwaarlozen minderheid een politiek karakter draagt. Met vermindering van het woord politiek zou ik dan komen tot iets als: strafbaar feit dat tijdens de rechtsgang volgens een uit het oogpunt van macht niet te verwaarlozen, zeggenschap verlangende groep strekte tot bevordering van het openbaar welzijn"; zie ook Rummelink 1975, p. 177-181; Aerts 1983, p. 295-307.

melijk om gebruik te maken van de (publicitaire) mogelijkheden die het strafproces biedt²⁸⁴.

1.8.1 Verdediging in politieke strafzaken

In politieke strafzaken zijn verdachten er niet (primaire) op uit, er met een zo licht mogelijke afdoening van een strafzaak af te komen. De acties, die de aanleiding vormen voor een strafrechtelijke vervolging, zijn juist bedoeld om het politieke gelijk, ook in de rechtszaal, te demonstreren. Het gaat ook niet om verdachten, die niet van plan zouden zijn soortgelijke strafbare feiten niet meer te plegen. Hun activiteiten zijn in hun ogen het laatste redmiddel om hun politieke idealen kracht bij te zetten en zij zijn bereid hun persoonlijke welzijn daarvoor te offeren. Als strafbare feiten worden gepleegd uit politieke overtuiging, dan is de gebruikelijke verdediging die tot doel heeft strafrechtelijk ingrijpen zoveel mogelijk af te weren en te minimaliseren, niet toereikend²⁸⁵. Politieke daders willen geen compromissen sluiten, door zich in ruil voor minder straf, uit strategische of tactische overwegingen, meegaander op te stellen. Zij zijn in het merendeel van de gevallen ook niet uit op het overtuigen van de rechter, maar zien de rechtzitting meer als een forum om het publiek te bereiken²⁸⁶. Het OM en de rechter zijn in de ogen van deze verdachten een verlengstuk van de gevestigde orde waartegen zij zich keren. Niet zelden wordt dit ook in de zittingszaal op een of andere wijze gedemonstreerd hetgeen in de regel niet tot mildere straffen leidt²⁸⁷.

Als de advocaat de politieke motieven van de verdachte respecteert, dan zal hij genoodzaakt zijn om in zijn verdediging ook in te gaan op het onderliggende waardenconflict dat aan het plegen van het strafbare feit ten grondslag ligt. Want met het voeren van een technisch-juridische verdediging, zonder aan de orde te stellen wat de cliënt gedreven heeft tot het strafbare feit, laat hij zijn cliënt in feite in de kou staan. Wil de advocaat zijn cliënt daadwerkelijk ondersteunen, dan zal hij diens visie ter zitting moeten uitdragen en ook overigens van de bevoegdheden van de verdediging gebruik moeten maken om de politieke motieven van de cliënt aan de orde te stellen. Een dergelijke stellingname van de advocaat vereist solidariteit met de verdachte en diens belevingswereld en wordt, gelet op de traditionele uitgangspunten binnen de advocatuur, die erop zijn gebaseerd dat de advocaat zich ook ten aanzien van zijn cliënt objectief en onafhankelijk dient op te stellen, zowel binnen de advocatuur zelf als door de buitenwacht met gemengde gevoelens bekeken.

284 Hetgeen bijvoorbeeld meestal het geval is bij acties van de kraakbeweging of de anti-kernenergiebeweging of verstoringen van de openbare orde bij protestdemonstraties.

285 Zie voor een goede schets van de problematiek de polemiek: Janse de Jonge en Prakken 1978 I; Van Haersholte 1978 I; Janse de Jonge en Prakken 1978 II; Van Haersholte 1978 II; zie ook Van Bennekom 1980.

286 Zie ook Prakken 1985, p. 2-16 en p. 150.

287 Zie voor een illustratieve beschrijving van de rechterlijke bejegening, waarmee de verdediging bij het optreden in politieke processen geconfronteerd wordt, Van Bennekom 1979, met name p. 121 e.v.

Op welke problemen de advocaat in een politieke strafzaak stuit, zal hierna nader worden geanalyseerd aan de hand van het Maagdenhuisproces en de verdediging van leden van de Rote Armee Fraktion (RAF), die in de jaren zeventig en tachtig tot veel discussie hebben geleid.

1.8.2 *Het Maagdenhuisproces*

Een van de eerste politieke strafprocessen in deze tijd, waarin de zitting wordt gebruikt om een debat te voeren over politieke idealen en waarin duidelijk wordt wat dit voor repercussies heeft voor de positie van de advocatuur, is het Maagdenhuisproces.

Tussen 16 en 21 mei 1969 wordt het administratieve centrum van de Universiteit van Amsterdam, het Maagdenhuis, door studenten bezet met het doel hun streven naar democratisering binnen de universiteit kracht bij te zetten²⁸⁸. Meer dan 550 studenten worden geverbaliseerd wegens lokaalvredebreuk en het OM besluit tot vervolging over te gaan. De Maagdenhuisbezitters willen het proces gebruiken om hun politieke streven naar buiten te brengen en zoeken advocaten die bereid zijn hen hierin te ondersteunen en te verdedigen. De studenten vinden een groep jonge en kritische advocaten die bereid zijn de verdediging op zich te nemen en worden het eens over een collectieve verdedigingsstrategie. Nadat de advocatengroep is begonnen met de voorbereidende werkzaamheden, trekken vier advocaten zich terug. Een compagnon van het kantoor Stibbe c.s. doet dit vrijwillig,

"omdat er onder zijn compagnons verschillend werd gedacht over de wenselijkheid, dat hij als verdediger in de Maagdenhuisprocessen met name ook in de voorgestelde vorm optrad"²⁸⁹.

Aan de overige drie advocaten, een medewerker en twee stagiaires van het kantoor Blaisse c.s., wordt door de compagnons van dit kantoor een verbod opgelegd in de Maagdenhuisprocessen op te treden. De compagnons van dit kantoor waren bevreesd,

"dat dit proces door zijn aard, opzet en entourage ook voor de betrokken advocaten – wellicht huns ondanks – een politiek proces zou worden in dien zin, dat het voor derden moeilijk zou worden onderscheid te maken tussen de eigen politieke overtuiging van die advocaten en de politieke overtuiging van de terechtstaande studenten. Als alle drie op hun kantoor werkzame junioren aan dit proces deelnamen als verdediger, zou de kans naar hun mening groot zijn dat aan het gehele kantoor een bepaalde politieke stellingname zou worden toegeschreven, hetgeen zij niet wensten daar zij als kantoor in het geheel geen politiek standpunt wensen in te nemen"²⁹⁰.

288 Zie voor een uitgebreide beschrijving van het Maagdenhuisproces Giltay Veth 1980 en Prakken 1985, p. 149-153.

289 Aldus de weergave van het standpunt van deze compagnon in de reactie van de Raad van Toezicht te Amsterdam, Advocatenblad 1969, p. 379.

290 Wederom conform de weergave van het standpunt van deze compagnons in de reactie van de Raad van Toezicht te Amsterdam, Advocatenblad 1969, p. 380.

Naar aanleiding van dit incident ontstaat er tumult in de pers waarbij de vraag centraal staat of leden van een advocatenkantoor andere leden van dat kantoor mogen verbieden in bepaalde zaken op te treden en of hiermee de onafhankelijkheid van de advocaat niet in het geding is. Er worden in de Eerste Kamer vragen gesteld waarvan de belangrijkste luiden:

"Heeft de Minister kennis genomen van berichten in de dagbladpers, dat enkele grote advocatenkantoren in Amsterdam aan kantoorgenoten hebben verboden om de verdediging op zich te nemen van 'bezetters van het Maagdenhuis'? (...).

Acht de minister het verbod van rechtsbijstand aan een rechtzoekende, zoals vermeld, niet in strijd met het specifieke karakter van onafhankelijkheid van de advocaat?

Acht de minister dit verbod voorts niet een aanwijzing van horigheid, althans afhankelijkheid, van bepaalde advocatenkantoren van hun cliënten of van groepen van cliënten, welke afhankelijkheid aan advocaten verboden is en die slechts past voor juristen in loondienst?

Acht de Minister de gemelde verboden bovendien niet rechtstreeks in strijd met het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en fundamentele vrijheden, dat in artikel 6 lid 3 sub c, aan ieder die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd, uitdrukkelijk het recht toekent, hetzij zichzelf te verdedigen, hetzij de bijstand te hebben van een raadsman naar zijn keuze en derhalve onafhankelijk van enig ander, dat zou moeten worden gevergd van enige derde, overheidsorgaan of particulier?"²⁹¹.

De minister van justitie vraagt vervolgens het standpunt van de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten²⁹². Intussen voelt de Amsterdamse Raad van Toezicht zich genoodzaakt ambtshalve een nader onderzoek in te stellen en komt op 18 juli 1969 met een verklaring. Het standpunt van de Amsterdamse Raad van Toezicht komt er in grote lijnen op neer dat een advocaat, die in een samenwerkingsverband met andere advocaten werkt, voor wat betreft het aannemen van zaken rekening zal moeten houden met de opvattingen van zijn compagnons en dat een advocaat die dit niet wil maar geen samenwerkingsverband aan moet gaan. Dat geldt ook voor advocaten die in dienstverband als medewerker of stagiaire bij een advocatenkantoor werken. Naar de mening van de Raad van Toezicht is de onafhankelijkheid van de advocaat hierbij niet in het geding. De Raad van Toezicht is van mening dat verschillend kan worden geoordeeld over de aard en het verloop van de Maagdenhuisprocessen, maar vindt dat het kantoor van Blaisse c.s., gelet op hetgeen door de studenten in de publiciteit is gebracht, redelijkerwijze tot haar besluit kon komen²⁹³.

291 Kamervragen Eerste Kamer, 24 juni 1969, door Van Wijk (PSP) en Brongersma (PvdA), *Advocatenblad* 1969, p. 421-422.

292 Zie voor antwoord minister van justitie *Advocatenblad* 1969, p. 422-424.

293 Verdediging in Maagdenhuisproces, *Advocatenblad* 1969, p. 378-381. Met deze publiciteit wordt door de Raad waarschijnlijk o.a. bedoeld op een in het Algemeen Handelsblad d.d. 10 juni 1969 onder de kop "Voorbereiding lamlegging Maagdenhuisproces" verschenen artikel. Daarin staat vermeld: "De Actie-secretaris van de ASVA, Hein Verkerk, hield een inleiding

De Algemene Raad stelt zich op het standpunt dat de advocaat volkomen vrij moet zijn in de beslissing welke zaak hij wel of niet zal aannemen en ziet dit als een kenmerk van onafhankelijkheid van de advocatuur²⁹⁴. Dit geldt ook voor een stagiaire, zij het dat deze onder leiding staat van een patroon. Een verbod aan de stagiaire acht de Algemene Raad onder omstandigheden gerechtvaardigd. Of dit in casu gerechtvaardigd was laat de Algemene Raad aan de Raad van Toezicht van Amsterdam over. Naar aanleiding van de vraag of artikel 6 lid 3 sub c van het EVRM is geschonden is de Algemene Raad van mening dat dit niet het geval is omdat de raadsman vrij moet zijn zijn rechtsbijstand te weigeren en dat de tekst van artikel 6 lid 3 sub c EVRM spreekt van *een* raadsman naar zijn keuze en niet van *de* raadsman van zijn keuze.

De minister van justitie beschouwt het niet als zijn bevoegdheid de ingenomen standpunten van de Raad van Toezicht te Amsterdam en de Algemene Raad te beoordelen, maar draait – anders dan de Orde – minder om de hete brei heen door te stellen:

“Is bijstand in een strafzaak gevraagd, dan zal groot gewicht moeten worden gehecht aan het belang, dat een verdachte heeft bij de steun van een raadsman naar zijn keuze. Dat belang zal de advocaat onder omstandigheden mogen achterstellen bij andere belangen, b.v. dat zaken van andere cliënten niet in het gedrang komen. Tot deze belangen behoort de advocaat naar de mening van ondergetekende echter niet te rekenen het gevaar dat hij de schijn op zich zou kunnen laden, de gedragingen van de verdachte goed te keuren of de gedachten aan te hangen, die met die gedragingen samenhangen. Het terugtreden ter vermijding van zodanig schijn zou immers een van de pijlers van een goede strafrechtspraak – de bijstand van een objectieve raadsman – ondermijnen”.

Het standpunt van de Orde wordt binnen de balie grotendeels ondersteund²⁹⁵, maar blijft niet onbekritiseerd²⁹⁶. Giltay Veth²⁹⁷ vindt het standpunt van de Orde halfslachtig. Hij acht het onjuist dat de Orde in het midden laat dat kantoorgenoten op grond van een ongewenste politieke kleur van een verdachte hun medekantoorgenoot uit een maatschap kunnen zetten of kunnen ontslaan, omdat deze de verdediging wil accepteren. Dit laatste vindt hij namelijk onjuist. Maar het standpunt van de minister gaat hem óók te ver, met name de opmerking van de minister waarin deze aangeeft dat de schijn van goedkeuring van het gedrag of de gedachten van de verdachte geen rechtvaardiging vormt de verdediging in een strafzaak te weigeren. Het uitgangspunt van Giltay Veth is dat de advocaat in principe vrij is, op grond van alle mogelijke redenen, waaronder ook de politieke kleur van de verdachte, de verdediging in een strafzaak niet te accepteren. Maar de advocaat moet hierover zelf kunnen beslissen zonder op oneigenlijke argu-

over mogelijkheden om de rechtzittingen te trainen, bijvoorbeeld het laten oproepen van getuigen; het en-masse in willen zien van stukken op de griffie van de rechtbank; het staan op het recht van het laatste woord en überhaupt het kennen van de rechten van de verdachte”.

294 Het advies van de Algemene Raad is gepubliceerd in het Advocatenblad 1969, p. 424-426.

295 Zie De Savornin Lohman 1969 en Van der Does 1969.

296 Zie Jolles 1969, die vindt dat er geen verbod aan de stagiaire had mogen worden opgelegd.

297 Giltay Veth 1969.

menten door zijn kantoorgenoten onder druk te worden gezet, omdat de ongewenste politieke kleur van de verdachte nadelig zou kunnen zijn voor het behoud van cliëntèle van het kantoor.

Giltay Veth is echter van mening dat de advocaat ook tegenover zijn cliënt onafhankelijkheid dient te bewaren. Accepteert de advocaat een verzoek om rechtsbijstand, dan zal de advocaat bepalen hoe de verdediging gevoerd wordt. Wordt hij het met de cliënt daar niet over eens, dan moet de cliënt maar een ander zoeken. De advocaat moet wel rekening houden met de inzichten van de cliënt over de verdediging. Hij mag zich nooit identificeren met een standpunt waar hij niet achter staat en slechts met de nodige voorzichtigheid mag hij zich identificeren met een standpunt waar hij wel achter staat. Ook in het laatste geval mag de advocaat zich niet kritiekloos door zijn cliënt op sleeptouw laten nemen en moet hij bedenken dat identificatie met de cliënt op de rechter niet altijd een gunstige indruk zal maken. Een advocaat die in het spoor van zijn cliënt doordraaft, verliest gezag.

Als laatste merkt Giltay Veth op dat hij in de gang van zaken bij de verdediging in het Maagdenhuisproces wel degelijk strijd ziet met artikel 6 lid 3c EVRM nu het erom gaat dat een advocaat die een verdediging op zich wenst nemen, door anderen belet wordt dit te doen²⁹⁸. Zijn slotzin is een kernachtige weergave van *het rechtstatelijke karakter van de verdediging in strafzaken*, met name in politieke strafzaken:

“Meer dan ooit acht ik het van belang, dat wie de aanvallen op de bestaande orde in hoge mate ongerechtvaardigd achten, de voor het bestaan van die orde noodzakelijke spelregels in acht zullen blijven nemen, óók wanneer de onmiddellijke consequenties daarvan onaantrekkelijk gevonden worden. Ik zou haast zeggen: er is geen gevaarlijker aantasting van die bestaande orde denkbaar, dan wanneer zij haar eigen spelregels verzaakt, want daardoor geeft zij blijk aan haar grondslagen niet meer te geloven²⁹⁹.”

Met name bij de verdediging van politiek militante groeperingen, zoals de Rote Armee Fraktion blijkt hoe precair het inacht nemen van de spelregels kan zijn, als de heersende orde zich daadwerkelijk bedreigd voelt.

1.8.3 *De verdediging van leden van de RAF*

In de jaren 1967-1968 ontstaat in West-Berlijn een studentenverzet dat gericht is tegen de genocide in de Vietnam-oorlog en allerlei vormen van opkomend fascisme in West-Europa en daarbuiten³⁰⁰. De acties en demonstraties van de studen-

298 Zie omtrent een discussie over de vraag of het standpunt van Giltay Veth juist is Smeets 1969 en Giltay Veth 1970.

299 Giltay Veth 1969, p. 950.

300 Zie Bakker Schut 1975 I en voor een beschrijving van zijn ervaringen als verdediger van leden van de RAF zijn proefschrift: *Politische Verteidigung in Strafsachen, eine Fallstudie des von 1972/1977 in der Bundesrepublik Deutschland geführten Strafverfahrens gegen Andreas Baader, Gudrun Ensslin, Ulrike Meinhof, Holger Meins, Jan Carl Raspe*, Neuer Malik Verlag, Kiel 1986.

tenbeweging worden hardhandig onderdrukt door de Duitse overheid. Het studentenprotest wordt gewelddadiger en Andreas Baader en Ulrike Meinhof vormen een groep die illegale acties voert, de Baader-Meinhof groep, later de Rote Armee Fraktion (RAF) genoemd. Aanvankelijk vallen bij de acties geen doden of gewonden. De RAF publiceert in mei 1971 haar eerste politieke manifest, 'Ontwerp stadsguerilla', waarin wordt opgeroepen tot gewelddadig verzet tegen de gevestigde orde. Inmiddels worden de leden van de RAF door middel van zogenaamde 'Grossfahndungen' in heel Duitsland door de Duitse justitie gezocht. In 1972 worden de eerste aanslagen door de RAF gepleegd waarbij doden en gewonden vallen³⁰¹. Begin juni 1972 wordt een groep van veertig (kern)leden van de RAF gearresteerd op verdenking van lidmaatschap van een criminele vereniging (art. 129 StGB). Zij verblijven jarenlang in een gevangenisregime van volstreekte afzondering, sommigen zelfs in geluidsisolatie. De RAF-leden beschouwen zichzelf als politieke gevangenen en gaan regelmatig in hongerstaking uit verzet tegen het afzonderingsregime dat door hen als 'Vernichtungshaft' wordt ervaren. Op 20 januari 1974 wordt te Parijs door advocaten, wetenschappers, artsen en schrijvers uit diverse landen van Europa het Internationaal Comité tot verdediging van Politieke Gevangenen in West-Europa opgericht, dat opkomt voor de gedetineerde leden van de RAF. Intussen duren de acties van de nog vrije RAF-leden voort en zet de Duitse regering alles op alles een einde te maken aan deze acties. Holger Meins is het eerste RAF-lid dat op 9 november 1974 ten gevolge van een hongerstaking overlijdt³⁰².

De repressieve maatregelen van de Duitse overheid strekken zich ook uit tot de advocaten van de RAF-leden. Deze advocaten worden in de Duitse pers afgeschilderd als vijanden van de staat en handlangers van de RAF-leden, met links-radicalen ideeën. Zij zouden getuigen prepareren om hun cliënten met meinedige verklaringen te ontlasten, contrabande zoals springstof ten behoeve van de RAF transporteren, de onderlinge contacten tussen gedetineerde RAF-leden en de buitenwereld buiten de censuur om in stand houden en ten behoeve van de RAF gegevens verzamelen van politieagenten en rechters die represaille-maatregelen zouden vergemakkelijken. Met name de kranten behorende tot het Springer-concern, zoals de 'Bild'-Zeitung, voeren een ware hetze tegen de advocaten die RAF-leden bijstaan en het lijkt erop dat deze campagne door de overheid wordt gevoed en ondersteund³⁰³.

Er zijn 20 tot 30 advocaten die als verdedigers van de circa 40 tot 80 gedetineerde RAF-leden optreden. Zij houden onderling contact over de verdedigingsstrategie en informeren ook hun cliënten, in het kader van het vrije verkeer, over de voorbereidingen van de diverse processen, de detentieomstandigheden van de (andere) RAF-leden en de daartegen gerichte hongerstakingen en legale acties. Zij geven ook informatie door met betrekking tot de continuïteit van de gewa-

301 De voornaamste aanslag is die van 24 mei 1972 op het computercentrum van de Amerikaanse luchtmacht in Heidelberg, van waaruit de bombardementen op Vietnam worden georganiseerd.

302 Bakker Schut 1986, p. 117 e.v.

303 Bakker Schut 1986, p. 62 e.v.

pende anti-imperialistische strijd ten behoeve van een gemeenschappelijke politieke procesverklaring van hun cliënten. Met name de rol die de advocaten spelen in de onderlinge informatievoorziening van de RAF-leden, waarmee de isolatie van de individuele RAF-leden wordt doorbroken, wordt door de Duitse overheid als bedreigend ervaren. Op deze manier kunnen RAF-leden een collectieve verdediging voeren en collectieve actie voeren tegen het regime waarin zij geplaatst zijn. De advocaten zijn van mening dat zij geen misbruik maken van hun bevoegdheden door de wijze waarop zij hun cliënten van informatie voorzien. Maar de Duitse justitie is een andere mening toegedaan. Verschillende advocaten werden wegens verdenking van deelname en ondersteuning van de RAF als verdere uitgesloten en strafrechtelijk vervolgd³⁰⁴. Op 1 januari 1975 treedt een aantal wetwijzigingen in werking waardoor beperkende maatregelen aan de raadslieden kunnen worden opgelegd. Een raadsman kan door de rechter worden uitgesloten van de verdediging als hij verdacht wordt van ondersteuning van het delict waarvan zijn cliënt verdacht wordt of als er een verdenking bestaat dat de advocaat het vrije verkeer tussen hem en zijn cliënt misbruikt voor het begaan van strafbare feiten (art. 138a-d StPO). Verder mag niet meer dan één verdachte van een criminele organisatie door dezelfde advocaat worden bijgestaan (art. 146 StPO) en mag een verdachte niet door meer dan drie advocaten worden bijgestaan (art. 17 StPO)³⁰⁵.

1.8.4 *Kritiek vanuit Nederland*

De Duitse maatregelen ten aanzien van advocaten die RAF-leden bijstaan, laten de Nederlandse balie niet onberoerd. Niet in de laatste plaats omdat ook Nederlandse advocaten bij de verdediging van RAF-leden betrokken raken doordat de activiteiten van de RAF zich ook binnen onze landsgrenzen uitstrekken³⁰⁶.

Sommigen tonen nog wel begrip voor de Duitse maatregelen zoals de beperking van het aantal advocaten dat een verdachte mag bijstaan en het verbod van optreden voor meer dan één verdachte van een criminele organisatie³⁰⁷, voorzover deze maatregelen zijn bedoeld om te voorkomen dat met ellenlange pleidooien en verklaringen de voortgang van het proces wordt gesaboteerd of om het optreden van advocaten bij tegenstrijdige belangen tegen te gaan³⁰⁸.

304 Bakker Schut 1986, p. 125 e.v.

305 Bakker Schut 1986, p. 135-153.

306 Nederlandse advocaten die naast Bakker Schut betrokken zijn geweest bij de verdediging van RAF-leden hetzij in Duitsland, hetzij in Nederland zijn o.a. W. van Bennekom, G. Spong, J. Duynstee, J. Boone, G. Mols, J. Dubois, A. Willems.

307 Zie bijvoorbeeld Grosheide 1997; Rüter 1975.

308 Met name Rüter 1975, p. 328 en p. 343, wijst erop dat een collectieve verdediging in het kader van tegenstrijdige belangen problematisch wordt, als individuele belangen ondergeschikt worden gemaakt aan het kollektief. Uit de in beslag genomen brieven van de RAF-gevangenen blijkt bijvoorbeeld dat de advocaat Groenewold namens alle gehechte verdachten Ingrid Proll in verband met een niet 'ordnungsgemäss' doorgevoerde hongerstaking ter verantwoording roept en bevelen geeft: "und als Befehl: keiner spricht mit Bullen. Kein wort. Keiner spricht mit Journalisten (...) keiner nimmt an einen Prozess teil (...) keiner macht Zeugenaussagen".

Problematisch acht men echter dat de uitsluitingsgronden voor advocaten in artikel 138 StPO zodanig ruim zijn geredigeerd dat advocaten al kunnen worden uitgesloten van de verdediging als sanctie op een vermeend misbruik van vrij verkeer³⁰⁹. Evenmin acht men aanvaardbaar dat advocaten die tijdens of buiten de zitting de beweegredenen en politieke standpunten van de verdachten openbaar maken, reeds daarom verdacht worden van strafbare deelneming aan een (verboden) politieke of maatschappelijke beweging³¹⁰. Bij brief van 29 mei 1975 protesteert de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten bij de West-Duitse ambassadeur tegen de voornemens om de maatregelen nog te verscherpen door de uitsluitingsmogelijkheden uit te breiden en direct rechterlijk toezicht op het schriftelijk en mondeling verkeer van advocaat en verdachte verplicht te stellen. De Algemene Raad stelt dat wanneer getornd wordt aan de vrijheid waarmee advocaten hun werk kunnen uitvoeren, de mogelijkheid van willekeur wordt geschapen en dat daarmee de rechtsstaat wordt ondergraven. De aan de advocaten toegekende bevoegdheden zijn toegekend ter wille van hun functioneren als onafhankelijke en in het rechtssysteem noodzakelijke helpers van hun cliënten. Ook als het gaat om vervolging van activiteiten die niet met de eerbiediging van de beginselen van de rechtsstaat verenigbaar zijn, dient hierin geen aanleiding worden gevonden deze beginselen aan te tasten, aldus de Algemene Raad³¹¹. De meest gedreven pleitbezorger van het handhaven van de fundamentele rechten van de verdediging, in het bijzonder voor RAF-leden, is Bakker Schut die zelf in diverse strafzaken³¹² voor RAF-leden is opgetreden en zijn ervaringen en bespiegelingen op indringende wijze heeft vastgelegd in een proefschrift, *Politieke verdediging in strafzaken*³¹³ dat in 1986 is verschenen. Ook buiten dit proefschrift heeft hij zich in het heetst van de strijd in Nederland niet onbetuigd gelaten en opgeroepen tot oppositie tegen de gang van zaken met betrekking tot de RAF in Duitsland. Gedetailleerd beschrijft hij in 1975 in het *Advocatenblad*³¹⁴ vanuit de visie van de RAF-leden de ontwikkeling van de groepering, hun ideeën en achtergronden, die uiteindelijk hebben geleid tot een gewapende strijd tegen de Duitse overheid. Deze overheid slaat onverbiddelijk en hard terug, zowel door het regime van totale isolatie (*Isolationsfolter*) waarin de gearresteerde RAF-leden jarenlang worden ondergebracht, als door de criminalisering van hun advocaten. Bakker Schut stelt onomwonden dat de wettelijke bepalingen, die de advocatenkeuze beperken en het mogelijk maken advocaten uit te sluiten, het onmogelijk maken een verdediging te voeren vanuit de politieke beweegredenen van de

309 Rüter 1975, p. 349.

310 Grosheide 1975 I, p. 62-63; Veegens 1975, p. 813.

311 De Algemene Raad der Nederlandse Orde van Advocaten, brief d.d. 29 mei 1975 aan de Duitse Ambassadeur in Den Haag gepubliceerd onder Mededelingen, *Advocatenblad* 1975, p. 357-358.

312 Zo heeft hij o.a. Augustin in Duitsland bijgestaan en Baader in het kader van een klacht wegens schending van artikel 3 van het EVRM bij de ECRM. Verder heeft hij Folkerts, Wackernagel en Schneider in het kader van de door Duitsland verzochte uitlevering en hun detentiesituatie in Nederland bijgestaan.

313 Bakker Schut 1986.

314 Bakker Schut 1975.

RAF-leden. In de eerste plaats is er maar een beperkt aantal advocaten bereid een politieke verdediging te voeren. Hier komt nog bij dat de wettelijke bepalingen zodanig ruim zijn geredigeerd, dat hierdoor de Duitse overheid in feite een blanco volmacht heeft advocaten die wel bereid zijn een politieke verdediging te voeren uit te sluiten. Immers reeds het openbaar maken van de standpunten van de RAF-leden of het weergeven van hun argumenten voor een hongerstaking leveren een verdenking op van het strafbare ondersteunen van, dan wel werven voor de criminele organisatie waarvan hun cliënten verdacht worden³¹⁵.

In 1977 klimt Bakker Schut weer in de pen³¹⁶. De situatie in Duitsland is inmiddels verder geëscaleerd. Per 20 september 1977 is nieuwe wetgeving van kracht geworden waarbij de bevoegdheden van de verdediging nog verder zijn ingeperkt. Zo mag een advocaat die ooit is uitgesloten van een proces, nooit meer iemand verdedigen die verdacht wordt van of veroordeeld is wegens lidmaatschap van een criminele vereniging³¹⁷. Verder is controle van het schriftelijk verkeer tussen verdediger en cliënt verplicht. Bij de aanvang van het proces tegen Baader c.s. in het voorjaar van 1975 is hun verdediger Croissant van de verdediging uitgesloten. Als grond werd aangevoerd dat hij had meegewerkt aan een interview met Baader c.s., dat hij had meegewerkt aan de totstandkoming van een informatiesysteem tussen gevangenen uit de RAF en hun advocaten en de hongerstaking tegen het detentieregime had ondersteund en daarover persconferenties had gegeven. In de pers wordt zijn kantoor afgeschilderd als de informatiecentrale van het West-Duitse terroristennet en Croissant wordt herhaalde malen gearresteerd en weer vrijgelaten. Een soortgelijke behandeling op soortgelijke beschuldigingen ondergaat Groenewold, advocaat van Irmgard Möller. Zijn kantoor blijkt in de periode van april 1975 tot mei 1976 te zijn afgeluisterd. Ook Bakker Schut zelf is besmet verklaard en hij wordt niet toegelaten tot de verdediging van Dellwo, omdat hij zich volgens het openbaar ministerie in het verleden "sehr nachhaltig für anarchistische Umtriebe" in de BRD zou hebben geïnteresseerd³¹⁸.

1.8.5 *Solidariteit en identificatie*

Reacties op de scherpe aantijgingen aan het adres van de Duitse overheid en justitiële instanties van Bakker Schut blijven niet uit. In een openingscommentaar van het Advocatenblad schrijft de Algemeen Deken, J.J. van Wessem, dat als het gaat om verdachten die door de vervolgende instanties slecht worden behandeld en wier rechten met voeten worden getreden, solidariteit met de verdachte in de strijd tegen het onrecht dat de verdachten wordt aangedaan vanzelfsprekend is.

315 Zie ook Rüter 1975, p. 347-348, met sprekende voorbeelden waaruit blijkt dat het tutoyeren van cliënten of het dagelijks schriftelijke of persoonlijke contact tussen advocaat en cliënt, of het bezigen van gelijksoortig taalgebruik al voldoende aanwijzingen kunnen zijn een advocaat van de verdediging uit te sluiten.

316 Bakker Schut 1977 I.

317 Art. 138 a sub 5 StPO.

318 Zie ook Van Maarseveen 1987 en D'Oliveira 1987 over de inbeslagname bij Bakker Schut van een boek samengesteld uit brieven van de RAF en het instellen van een onderzoek tegen Bakker Schut wegens verdenking van ondersteuning van een terroristische organisatie.

Rechtsbescherming behoort immers tot het terrein waarop de advocaat voor de verdachte zonder aanzien des persoons in de bres moet springen. Dat houdt volgens Van Wessem niet in dat van de advocaat een zo vergaande solidariteit gevergd kan worden, dat deze zich achter de politieke overtuigingen van zijn cliënten schaaft. Een verregaande persoonlijke solidariteit van de advocaat met de verdachte heeft volgens Van Wessem zelfs een averechts effect, doordat deze weerstanden oproept tegen een solidair optreden van de advocaat behoeve van de rechten van de verdachte, hetgeen als wezenskenmerk van de functie van de advocaat wordt beschouwd³¹⁹.

De landelijk deken die hem opvolgt, Kuiper, zegt in zijn jaarrede dat de advocaat onafhankelijk moet zijn van de dominante cultuur en zich bij bijstand aan vertegenwoordigers van 'onaangepasten en minderheden' duidelijk naast zijn cliënt mag opstellen. Volgens hem zijn er maar twee beperkingen voor het optreden van de advocaat in dit verband:

"Ten eerste: waar de rechtstrijd ontaarden zou in een zuiver politieke strijd of demonstratie, beperke de advocaat zich in zijn optreden tot zijn juridische bijstand, die hij gerechtigd is te verlenen met persoonlijke overtuiging. Ten tweede: in de keuze van zijn middelen beperke de advocaat zich tot datgene wat recht en gebruik hem toekennen en make hij geen misbruik van bevoegdheden hem op grond van die positie verleend"³²⁰.

Maar niet iedereen denkt zo liberaal. Het zijn vooral de acties van de RAF, die naar de mening van velen zijn gericht op de vernietiging van de bestaande maatschappelijke structuur in West-Europa en het geweld dat daarbij niet geschuwd wordt, die weerstand opwekken³²¹. Zo zijn sommigen van mening dat de leden van de RAF geen aanspraak kunnen maken op (verdedigings)rechten, die vervolgens worden aangewend om de parlementaire democratie omver te werpen³²². En daar wringt voor de advocatuur de schoen. Hoe ver mag de solidariteit van de advocaat in dergelijke gevallen gaan? En waarméé is de advocaat solidair?

Bij de beantwoording van deze vragen speelt ook de publieke opinie een belangrijke rol³²³. In gewone strafzaken wordt er meestal van uit gegaan dat de advocaat zelf ook bezwaren heeft tegen het gepleegde feit. Als hij de gezichtspunten en motieven van de verdachte uiteenzet, impliceert dit niet dat hij hier persoonlijk achter staat. In politieke strafzaken lijkt er echter een publieke behoefte te zijn om te weten dat de advocaat zich *niet*, zoals zijn cliënt wel, tegen de heersende orde keert. Er wordt dan druk op hem uitgeoefend zich te distantiëren van de overtuiging en daden van zijn cliënt. Dit wordt door Savornin Lohman in reactie op de artikelen van Bakker Schut in het Advocatenblad als volgt verwoord:

319 Zie Van Wessem 1975.

320 H. Kuiper, Zo zijn onze manieren, Jaarrede algemeen Deken Zwolle 24 september 1976, Advocatenblad 1976, p. 451-461.

321 Weijenborg-Pot 1975, p. 198-200.

322 Hamburger 1975; De Savornin Lohman 1977; De Jong 1977; Knoppers 1977; Huisman 1977.

323 Janse de Jonge en Prakken 1978 I, zie m.n. p. 327.

"Welke mate van persoonlijke identificatie is hier geoorloofd? Bij het lezen van de bijdragen van Bakker Schut ondervind ik telkens weer de moeilijkheid, dat hij zich over het voor mij kardinale punt niet uitlaat. Mogelijk vergis ik mij, maar uit de teneur van wat hij schrijft meen ik op te moeten maken, dat hij met name de uitoefening van terreur als strijdmethode in beginsel aanvaardt, of tenminste niet bij voorbaat verwerpelijk acht (...). In het begin van de zestiger jaren was het voor de meesten van ons nog zeer de vraag, of het een advocaat paste zich te exponeren in enigerlei vorm van buitenparlementaire aktie. Dit uitgangspunt is nu wel volledig achterhaald. Of het nu gaat om de beëindiging van een dictatoriaal regime of van een imperialistische oorlog dan wel om liberalisering van abortus, niemand schudt meer publiekelijk het hoofd, wanneer het een advocaat is die hiervoor, al of niet beroepshalve, naar de baricades snelt (...). Buitenparlementaire aktie wordt dus in het algemeen aanvaard. Maar betekent dit nu ook, dat verder iedere vorm van buitenparlementaire aktie te rechtvaardigen is, inclusief terreur? Toegegeven, het staat nog helemaal niet vast, of Siegfried Haag (advocaat, TS) betrokken is geweest bij de moord op Buback, maar als dit vroeg of laat komt vast te staan, mogen wij dat dan verwerpelijk achten? Evenmin staat rechtens vast, dat Croissant of Ströbele (advocaten, TS) zich hebben schuldig gemaakt aan misbruik van hun positie als verdediger, maar mogen wij van hen een verklaring verlangen, dat zij – wat er zij van strafbaarheid in concreto van hun cliënten – tenminste in beginsel distantiëren van terreur? (...).

Het risico van identificatie is in politici's veel groter dan bij welke andere soort van zaken ook. Voor drankzuchtigen, hasjgebruikers, aborteurs, homofielen, kerkelijk afgescheidenen *en krakers* kan men zich regelmatig inzetten, zonder dat iemand hier ook maar iets van zal denken. Wie dit doet in duidelijk politiek getinte zaken, krijgt onvermijdelijk de naam, dat hij achter die politiek staat, althans deze niet bij voorbaat verwerpt (...) een advocaat (mag) niet zóver gaan, dat hij zijn zegel hecht aan terreur als middel van politieke pressie, ook niet impliciet door – kritiekloos zonder afstand te nemen – regelmatig en bij voorkeur juist in dit soort zaken op te treden"³²⁴.

Bakker Schut heeft steeds proberen duidelijk te maken dat het optreden als verdediger van de RAF niet met zich meebrengt dat men zich solidair opstelt met de doeleinden en strijdmethoden van de RAF³²⁵. Naar aanleiding van de oproep van Savornin Lohman zich te distantiëren van terreur, schrijft hij:

"Het komt er gewoon op neer dat dSL ons slechts serieus wenst te nemen als wij ons van onze cliënten distantiëren, oftewel het in de BRD strafbare 'Parteiverrat' plegen. Het geeft te denken als advocaten dat van elkaar verlangen.

Verdediging in politieke strafzaken in de BRD betekent voor de advocaat bovenal het zich inzetten voor de bescherming en verdediging van de lichamelijke integriteit en de politieke identiteit van de gevangene. De Duitse staat richt zich sinds 1971 aantoonbaar en verklaarbaar op de vernietiging van juist deze waarden. Het is in dát konflikt, dat de advocaat automatisch en per definitie de vijand van de staat wordt en als zodanig geïntimideerd, gekriminaliseerd en gearresteerd"³²⁶.

324 De Savornin Lohman 1977, p. 332-333.

325 Bakker Schut 1975 II, hij stelt met name: "Bij velen – niet alleen in de Bondsrepubliek – blijkt het kwalijke misverstand te leven, dat het optreden als verdediger van de R.A.F. mee zou moeten brengen dat men zich solidair opstelt met de doeleinden en strijdmethoden van de R.A.F. Een verklaring (de bereidheid leden van de RAF of de in Duitsland vervolgd advocaten bij te staan TS) als door mij gevraagd zegt niets over enige solidariteit met de R.A.F. en/of haar veronderstelde wijze van optreden".

326 Bakker Schut 1977 II.

1.8.5.1 *Neutraliteit als waarborg voor vrijheid*

Sommigen zijn van mening dat aan een advocaat in het kader van een strafzaak niet gevraagd mag worden wat hij persoonlijk van de tenlastegelegde feiten vindt³²⁷. Als van de advocaat geveerd wordt dat hij zich publiekelijk distantieert van de daden waarvan zijn cliënt verdacht wordt, dan is dat op zijn minst problematisch voor de vertrouwensrelatie met de cliënt, zeker in politiek getinte strafzaken, waarin juist de publiciteit en de meningsvorming bij het publiek voor de verdachte een grote rol spelen. Door van de advocaat te verlangen publiekelijk afstand te nemen van de daden en opvattingen van zijn cliënt, wordt in feite de juridische positie van de verdediging ondermijnd. Dit mechanisme, dat ook in gewone strafzaken niet onbekend is, werkt des te sterker in politieke strafzaken tegen verdachten die op ideologische motieven in de gewelddadige actie nog de enige mogelijkheid zien maatschappelijke veranderingen teweeg te brengen. Of zoals Janse de Jonge en Prakken weergeven:

“Deze ideologie van gewapende strijd staat zover af van de situatie waarin wij dagelijks verkeren, van de ideeën over geweld waarin wij zijn grootgebracht, en tenslotte ook van de filosofie van de rechtsstaat, – maatschappelijke veranderingen zullen slechts via het recht tot stand komen – dat verklaarbaar wordt dat de verdediging van politieke geïnspireerde verdachten onder grote druk komt te staan van de publieke opinie. Een belangrijk deel hiervan wenst, zoals inmiddels ook in Nederland is duidelijk geworden uit de berichtgeving, slechts een graduëel verschil te maken tussen ‘echte terroristen’ en ‘terroristen in toga’³²⁸.”

De publieke druk, met name vanuit de beroepsgroep, om afstand te nemen, hetzij uitdrukkelijk, hetzij impliciet door de wijze waarop het standpunt van de cliënt wordt verwoord³²⁹, is tegenstrijdig met het gelijktijdig gehuldigde uitgangspunt, dat de mening van de advocaat over het strafbare feit, net als in de ‘gewone’ strafzaken, in het kader van de verdediging irrelevant is³³⁰. Zo schrijft de Algemene Raad Nederlandse Orde van Advocaten in een brief d.d. 7 oktober 1969 over het Maagdenhuisproces aan de minister van justitie:

“Wij delen de mening van Uwe Excellentie dat een van de pijlers van een goede strafrechtspraak de bijstand van een objectieve raadsman is. Wij verstaan daarbij onder objectief – evenals U naar wij veronderstellen – een raadsman die zich in het algemeen niet identificeert met het standpunt van zijn cliënt met betrekking tot het hem ten laste gelegde feit. Wij zijn nl. van mening dat het voor een goede verdediging van een verdachte wel noodzakelijk is dat de

327 Zie polemiek tussen Jörg en Mulder: Jörg 1977 I; G. Mulder 1977; Jörg 1977 II; Beerling 1977 en voor een meer theoretisch doorwrochte beschouwing Janse de Jonge en Prakken 1978 I.

328 Janse de Jonge en Prakken 1978 I, p. 326, zij verwijzen naar een hoofdartikel in *Accent* d.d. 8 oktober 1977 met als kop: Mr. P.H. Bakker Schut: “Een terrorist in toga”.

329 Zie G. Mulder 1977.

330 *Advocatenblad* 1969, p. 474; zie ook het antwoord van de minister van justitie Polak, *Advocatenblad* 1969, p. 422-424 op Kamervragen Eerste Kamer 24 juni 1969, Van Wijk (PSP) en Brongersma (PvdA), *Advocatenblad* 1969, p. 421-422.

raadsman zich inleeft in de gedachtengang van zijn cliënt en begrip tracht op te brengen voor diens motieven, doch dat het bepaald uit een oogpunt van goede verdediging niet noodzakelijk en veelal ook ongewenst is dat de raadsman zich met het standpunt van zijn cliënt vereenzelvigt. Slechts dan is immers sprake van een objectieve raadsman. De vrijheid van de individuele advocaat, om naar eigen inzicht te beslissen of hij de verdediging op zich wil nemen, brengt mede dat de motieven die tot zijn beslissing leiden aan beoordeling onttrokken zijn. Naar de mening van de algemene raad vormt juist de vrijheid naar eigen inzicht te beslissen een van de grondslagen voor een objectieve verdediging omdat de advocaat, die leevreesd is de schijn te wekken de gedragingen van de verdachte goed te keuren of zijn gedachten aan te hangen, niet de meest geschikte verdediger is, immers de nodige onbevangenheid mist".

Wezenlijk voor zijn rol en functie in het strafproces is immers dat de advocaat eenzijdig partij kiest ten gunste van zijn cliënt. Daarbij dient hij zijn persoonlijke opvatting over het (on)gelijk van zijn cliënt voor zich te houden³³¹. Als de advocaat zijn persoonlijke oordeel over zijn cliënt of diens daden in het openbaar uit, dan wordt dit uit oogpunt van een professionele beroepsuitoefening meestal als niet passend en onbehoorlijk gezien³³². Dit berust mede op een doelmatigheidsargument. Immers indien de persoonlijke overtuiging van de advocaat bij de belangenbehartiging van zijn cliënt een rol zou spelen, dan zou hij zaken moeten wijgeren van cliënten waar hij niet achter staat. Daarmee zou het recht van eenieder op rechtsbijstand in gevaar kunnen komen. Ook voor cliënten is het een hachelijke zaak als zij voor hun verdediging afhankelijk zouden zijn van de morele opvattingen van de advocaat over de feiten waarvan zij verdacht worden. Het morele oordeel van de advocaat zou een negatieve invloed kunnen hebben op de (juridisch technische) verdediging, doordat de advocaat niet alle (juridische) middelen uit de kast haalt, in een situatie waarin hij zich moeilijk kan identificeren met de cliënt. Bovendien zal een rechter, die de advocaat wel vaker ziet optreden, al snel aanvoelen of de advocaat daadwerkelijk persoonlijk achter de cliënt staat of niet. Gelet op het belang van rechtsbijstand voor eenieder en om te voorkomen dat de persoonlijke overtuiging van de advocaat invloed heeft op de verdediging, wordt het adagium gehuldigd dat de advocaat (*de rechten van*) *de verdachte* verdedigt, hetgeen dus niet hoeft te betekenen dat hij achter de *daden en overtuiging* van de verdachte staat. Velen zijn van mening dat de advocaat in strafzaken juist aan dit onderscheid zijn legitimiteit en functie ontleent³³³. Het is in het belang van de rechtsorde dat ieder die vervolgd wordt een eerlijk proces krijgt en met het oog daarop door een advocaat wordt bijgestaan. Het morele oordeel van de advocaat over de mogelijke daden van zijn cliënt mag niet van invloed zijn op de kwaliteit van de rechtsbijstand.

Anderzijds wordt ook erkend dat de advocaat zijn overtuiging wél in de strijd mag werpen, als dat in het voordeel van zijn cliënt kan werken³³⁴. Daar komt bij dat een politiek gemotiveerde dader die wenst dat er een politieke verdediging

331 Zie P. Mout 1987.

332 Zie Veegens 1975; Van Schaik 1985.

333 Zie in dit verband bijvoorbeeld De Brauw 1979; Spong 1982, m.n. p. 437 en 440.

334 Veegens 1975, p. 809-810.

wordt gevoerd, zich begrijpelijkerwijs zal wenden tot een advocaat die enige verwantschap voelt met zijn politieke opvattingen³³⁵.

1.8.5.2 *Politisering als instrument van emancipatie*

De discussie over solidariteit en identificatie van de advocaat in politieke strafzaken moet worden gezien in het kader van de algemene ontwikkelingen op het gebied van de rechtshulp in de jaren zeventig. Gelet op de maatschappelijke ontwikkelingen in deze periode, die bruisen van maatschappijkritiek en politieke actie, is het niet zo vreemd dat ook advocaten zich in politieke zin profileren. De opvattingen over rechtshulp in de jaren zeventig worden sterk beheerst door het bewustzijn dat het recht, ook het strafrecht, als politiek instrument van de gevestigde orde kan worden (en wordt) ingezet, waarmee de emancipatie van achtergestelde groeperingen binnen de samenleving wordt belemmerd. Alle deelnemers aan het strafproces, de rechterlijke macht, het OM en ook de advocatuur worden bekritiseerd vanwege hun onvermogen aan de aan het recht ten grondslag liggende noties van rechtvaardigheid binnen de rechtspleging vorm te geven doordat de visies en ervaringen van maatschappelijk achtergestelde groepen niet in het juridische systeem aan de orde kunnen komen.

De relativisering van de klassieke ideologie van scheiding van recht en politiek³³⁶ heeft ook repercussies voor de beroepsethiek van de advocaat, die zich niet meer afzijdig zal kunnen of willen houden van het verwoorden van politieke standpunten in de rechtszaal. Het besef dat ook de advocaat een politieke keuze kan maken door zich in te zetten voor maatschappelijk achtergestelden, waaronder ook mensen die met het strafrecht in aanraking komen, speelt in de jaren zeventig en tachtig een belangrijke rol. In deze tijd ontstaat een tweedeling in de advocatuur tussen de zogenaamde commerciële en sociale advocatuur met uiteenlopende opvattingen over de positie van de advocaat in de rechtshulpverlening³³⁷. Hierbij speelt de vraag in hoeverre de advocaat zich neutraal ofwel apolitek dient op te stellen – de traditionele liberale opvatting – danwel zichzelf politiek mag profileren in de wijze van rechtshulpverlening, een centrale rol. Naast de rechtshulp die noodzakelijk is door de enorme toename van regelgeving binnen de samenleving, die kan worden bediend met de traditionele wijze van rechtshulpverlening, ontstaat er ook een vraag naar rechtshulp ten behoeve van politieke emancipatiebewegingen, die behoefte hebben aan structurele rechtshulp die gebaseerd is op het leveren van een bijdrage aan de maatschappelijke strijd van achtergestelden en

335 Grosheide 1997 I, p. 62; Beerling 1977, p. 455/456; Kuitenbrouwer 1978, p. 7.

336 Zie § 1.8.

337 Van Braam en Surie 1972, p. 37-39; Het onderscheid tussen de sociale en commerciële advocatuur, Rapport van de Commissie IV van Braam, Advocatenblad 1973, p. 413-429; zie voor een overzicht van de naar aanleiding van het rechtshulpdebat verschenen artikelen in het Advocatenblad: Bruin 1978 en voor een terugblik en toekomstvisie de preadviezen voor de jaarvergadering van de Orde van Advocaten op 26 september 1985 van De Roos 1985 en Van Schaik 1985.

een vooral met het oog daarop verbeterd rechtshulpstelsel³³⁸. Burgers die aan spraak maken op maatschappelijke veranderingen eisen een ander soort rechtshulp en een ander soort rechtshulpverleners dan de traditionele. De traditionele rechtshulp gaat uit van een formeel gelijkheidsbeginsel, terwijl alternatieve of sociale rechtshulp uitgaat van een materieel gelijkheidsbeginsel. Omdat pas bij maatschappelijke gelijkheid de formele gelijkheid zijn werking krijgt, ligt het primaire streven van de sociale rechtshulp op het verbeteren van de materiële en maatschappelijke positie van zwakkere groepen. Het verlenen van structurele rechtshulp houdt in dat ook vanuit de advocatuur op ideële gronden actief gepoogd wordt oplossingen te bewerkstelligen voor problemen die een structured karakter hebben en die hun oorzaak vinden in de maatschappelijke organisatie. Structurele rechtshulp streeft naar oplossingen op de lange termijn voor allen die in een gelijksoortige positie verkeren³³⁹. Politiek geëngageerde advocaten, die het verlenen van rechtshulp (mede) zien als een middel om de samenleving te veranderen, bundelen hun krachten in advocatenkollektieven die zich concentreren op expliciet gekozen doelgroepen zoals gedetineerden, werknemers, huurders, vreemdelingen en uitkeringsgerechtigden³⁴⁰.

De individuele, objectief neutrale, depolitiserende en mede daardoor afstandelijke rechtsbijstand van de traditionele advocatuur wordt bij de sociale advocatuur ingewisseld voor een groepsgericht, politiserend en partijafge rechtsbijstand, waarbij de rechtshulpverlener niet meer lijdelijk afwacht totdat een cliënt zich tot hem wendt, maar zich actief opstelt en initiatief neemt ten aanzien van de te ondernemen (juridische) acties³⁴¹. Ook de verhouding tussen advocaat en cliënt, waarin volgens het traditionele model de professionele rechtshulpverlener zelf de behoeften en de positie van de cliënt definieert, ondergaat in de sociale rechtshulpverlening een metamorfose. De sociale advocatuur heeft een andere visie op de functie van rechtshulp. In de traditionele opvatting wordt een juridisch probleem benaderd vanuit de rechtsorde, terwijl de sociale of alternatieve rechtshulp een juridisch probleem benadert vanuit het individu. Dit verschil in visie correspondeert met een verschil in instelling tegenover de cliënt. Bruinsma³⁴² onderscheidt een *integratieve* rechtshulpopvatting (de traditionele opvatting), waarbij de rechtshulpverlener uitgaat van de rechtsorde als een onveranderlijk vaststaand gegeven en waarbij de cliënt de interpretatie van de rechtshulpverlener opgelegd

338 Zie voor een beschrijving van de ontwikkelingen binnen de advocatuur: Prakken 1985, p. 158-232.

339 Prakken 1986, p. 189, definieert structurele rechtshulp als: "rechtshulp die een antwoord wil geven op rechtsproblemen door te zoeken naar oplossingen die de achterliggende structuren raken en op die manier ook een effect hebben voor de toekomst en voor andere mensen in vergelijkbare posities". Zie ook K. Schuyt e.a. 1976, p. 65 en Bruinsma 1976.

340 Prakken 1986, p. 208-219.

341 Na het in Amsterdam op 15 maart 1974 gehouden congres 'Rechtshulp, een bewijs van onvermogen', is de Vereniging voor Rechtshulp (VVR) opgericht, die onder andere tot doelstelling heeft uit te dragen dat: "de rechtshulpverlener tot taak heeft niet alleen het verlenen van individuele rechtshulp, maar ook het wegnemen van die factoren, die individuele rechtshulpbehoefte veroorzaken, speciaal bij zwakke groepen in de maatschappij (de zogenaamde structurele rechtshulp)", zie voor de doelstellingen van de VVR: Geense en De Krijger 1976.

342 Bruinsma 1976, p. 712.

krijgt. Deze rechtshulp is gericht op conformering en aanpassing van de cliënt aan het bestaande recht. Daarnaast bestaat een *liberale* rechtshulpopvatting waarbij de rechtshulpverlener uitgaat van de cliënt en het juridisch probleem van de cliënt tot het zijne maakt. Dit leidt tot een actieve belangenbehartiging, waarbij de rechtshulpverlener de cliënt zijn juridisch technische vaardigheden aanbiedt. Deze vorm van rechtshulp is strijdbaar en een conflict wordt niet uit de weg gegaan. De liberale rechtshulpopvatting gaat uit van het ideaal van de burgerlijke rechtsstaat waarbij de rechtshulpverlener, zonder aanzien des persoons, achter de (rechten van de) cliënt staat. Naast de liberale rechtshulpopvatting onderscheidt Bruinsma de *radicale* rechtshulpopvatting, waarbij de rechtshulpverlener solidair is met zijn cliënt en probeert hem maatschappelijk bewust te maken. De radicale rechtshulpverlener is op grond van zijn eigen politieke overtuiging politiserend werkzaam en is selectief naar de cliëntengroep toe. Het recht heeft in deze opvatting een zuiver instrumentele betekenis, namelijk voorzover het de doelgroep van nut kan zijn, zonder dat de rechtsorde als zodanig aanvaard wordt. Het doel van de sociale of alternatieve rechtshulp is de emancipatie en activering van de cliënt, met wie op basis van gelijkheid en solidariteit wordt omgegaan³⁴³.

Het is niet verwonderlijk dat politieke actiegroepen die met justitie in aanraking komen hun weg vinden naar advocaten die een gelijksoortige politieke betrokkenheid hebben en dit ook in hun manier van werken en de verhouding met de cliënt tot uitdrukking brengen. Vertaald naar de strafrechtspeling leidt een dergelijke betrokkenheid van de advocaat tot een andere verdedigingsstijl. In de eerste plaats is de wetenschap, dat de advocaat een gelijkgestemde politieke betrokkenheid heeft, voor de cliënt van belang in verband met het vertrouwen dat hij in de advocaat kan stellen. Prakken formuleert het als volgt:

"Het verschil tussen de liberale en de politiek geëngageerde advocaat in dergelijke zaken manifesteert zich nauwelijks naar buiten toe, maar des te meer in de verhouding tot de cliënt en diens achterban. De verhouding tussen advocaat en cliënt zal vertikaal zijn in het geval de advocaat op liberale motieven optreedt, omdat hij vindt dat het belang van de rechtsorde ook deze cliënt, wiens ideeën en politiek handelen hij misschien verwerpt, verdedigd moeten worden. Wanneer de advocaat uit politieke betrokkenheid (wat iets anders is dan volledige identifikatie) zich met de zaak bemoeit, kan de verhouding alleen horizontaal zijn. Door de betrokkenen wordt die gezien als een verhouding van medestrijders met verschillende kundigheden, en mogelijk op sommige punten verschillende politiek-strategische inzichten. Er zal niets gebeuren wat de cliënt niet nadrukkelijk wil, en ook de groep waarvan de cliënt deel uitmaakt zal in de zaak betrokken worden"³⁴⁴.

Bovendien zal de advocaat bij een politieke verdediging trachten 'de individualiserende werking van het strafproces te doorbreken, (en TS) duidelijker laten we-

343 Zie Peters 1974, p. 6-9: zie ook Eiselin e.a. 1977, die de strafpleiter vanuit de sociale rechtshulpbeweging als volgt beschrijven (p. 34): "ze staan als verdediger in het strafproces en gedragen zich t.o.v. hun cliënten: duidelijk, open, strijdbaar, geen interesse in 'het applaus' van bovenaf, de cliënt overal bij betrekking, de eigenheid van de cliënt zo veel als mogelijk tot zijn recht laten komend, de misde daden relaterend aan maatschappelijke invloeden".

344 Prakken 1986, p. 193.

ten dat zijn cliënt in zijn positiebepaling exponent is van een maatschappelijke beweging³⁴⁵.

1.8.5.3 *Het subtiële verschil tussen solidariteit en volledige identificatie*

Het is juist vanwege het politieke engagement van de sociale advocatuur dat men zowel binnen de beroepsgroep als in de publieke opinie moeilijk onderscheid kan, of wil, maken tussen:

- enerzijds een verdediging, waarbij de advocaat de verdachte de vrijheid laat zelf zijn positie te kiezen, zijn belangen te bepalen en hem hierin, eventueel vanuit een politieke gelijkgestemdheid, actief ondersteunt en
- anderzijds een verdediging waarbij de advocaat zich volledig identificeert met zijn cliënt, in die zin dat hij persoonlijk achter de overtuiging en/of daden van zijn cliënt staat en deze rechtvaardigt.

Als de advocaat een gelijkgestemde politieke betrokkenheid heeft en deze ook naar buiten toe kenbaar maakt, hetgeen in deze periode door de sociale advocatuur heel expliciet gebeurde, dan is de scheidslijn tussen de persoonlijke opvattingen van de advocaat en die van zijn cliënt ook wel heel subtiel. Het – met enige passie – verwoorden van de overtuigingen en politieke ideeën van de cliënt wordt dan gemakkelijk gelijkgesteld met het persoonlijk onderschrijven en rechtvaardigen van diens acties.

Ook binnen de sociale advocatuur ontstaat een discussie die nauw verbonden is met de politieke keuze voor en identificatie met bepaalde cliëntgroepen³⁴⁶. Zo stelt Wout van Veen, lid van het advocatenkollektief Twijnstraat te Utrecht, dat leden van advocatenkollektieven of de sociale advocatuur geen RAF-leden zouden moeten bijstaan en hij hanteert hierbij de volgende redenering. De sociale advocatuur streeft naar een verandering van de bestaande machtsverhoudingen via het recht en om haar rechtshulp effectief en geloofwaardig te maken moet zij principe-keuzen in bepaalde rechtssituaties maken. Dit betekent bijvoorbeeld dat de sociale advocaat nooit zal optreden vóór werkgevers of verhuurders. Tevens moeten situaties vermeden worden die het vervolg van het optreden van de politieke rechtshelper in de ogen van de doelgroep ongeloofwaardig maken. Omdat de RAF kiest voor maatschappijverandering op gewelddadige wijze en advocatenkollektieven kiezen voor veranderingen van machtsverhoudingen via het recht en de acties van de RAF niet aansluiten bij de gevoelens van de gewone mensen, zou het optreden van een sociale advocaat voor RAF-leden weerstand bij de gebruikelijke doelgroepen van de sociale advocatuur kunnen oproepen³⁴⁷. Arnoud Willems, die zelf als lid van een kollektief de RAF-leden Folkerts, Wackernagel en Schneider heeft verdedigd, is van mening dat een dergelijke stellingname, die

345 Janse de Jonge en Prakken 1978 I, p. 334; zie ook Bakker Schut e.a. 1980, p. 33-49.

346 Zie voor een analyse van de linkse verzetsideologie in de jaren zestig en zeventig en de verwarring die ontstaat tussen juridische en politieke waarden: Bader 1982.

347 W. van Veen 1978.

blijkbaar door het merendeel van de advokatenkollektieven wordt gedeeld³⁴⁸, juist bijdraagt aan de criminalisering van advocaten die RAF-leden bijstaan. Zo vraagt hij zich af of advocaten dan geen zaken mogen doen die niet corresponderen met de gevoelens van de 'gewone man'?

"Het is op het ogenblik een goede ontwikkeling dat linkse advocaten hun beroepspraktijk dienstbaar willen maken aan bepaalde politieke uitgangspunten en/of organisaties. Daarmee is niet in strijd, als advocaat cliënten bij te staan die afkomstig zijn uit groeperingen, waarvan je de politiek en strijdvorm persoonlijk niet deelt of zelfs veroordeelt. Als je vindt dat zoiets niet kan dan heb je je weer laten overrompelen door het identifikatieprobleem"³⁴⁹.

Willems stelt dat het juist wel goed is om als linkse advocaat in RAF-zaken op te treden omdat het RAF-optreden door de staat als alibi wordt gebruikt om in diverse opzichten de afbraak van de rechtsstaat te legitimeren door verdedigingsrechten te beperken en de RAF-leden te onderwerpen aan extreme detentieomstandigheden. In dit conflict tussen de RAF en de Staat zijn het volgens Willems paradoxaal genoeg juist de advocaten die de waarden van de burgerlijke rechtsstaat verdedigen. Ook al vergt het verdedigen van RAF-leden een politieke verdedigingsstijl, dan betekent dit nog niet dat desbetreffende advocaat zich niet strikt aan de beroepsregels dient te houden en in de verdediging een eigen inbreng en verantwoordelijkheid heeft.

1.8.5.4 *Politieke verdediging en professionele onafhankelijkheid*

De algemene tendens onder de voorstanders van een politieke verdediging is, dat er ruimte moet zijn voor professionele onafhankelijkheid, in die zin dat de politieke identificatie zover gaat als de advocaat wil en dat de advocaat zich door een cliëntgroep niet de wet moet laten voorschrijven. Prakken zegt hierover:

"De hamvraag voor ons is of wij onafhankelijk kunnen blijven van onze cliënten en toch politiek bij hen betrokken. Ik denk dat dat inderdaad mogelijk is, omdat er een verschil is tussen een onafhankelijke politieke discussie met cliënten waaruit keuzes kunnen voortvloeien, en ons dictaten te laten opleggen. Een van onze doelstellingen is immers altijd geweest om de relatie met onze cliënten horizontaal te maken. Wanneer wij ons onderwerpen aan onze cliënten of aan sommige van hen, dan blijft die relatie verticaal, zij het op de omgekeerde manier als de traditionele dominantieverhoudingen"³⁵⁰.

Ook Spong is van mening, dat wanneer de advocaat of rechtshulpverlener zich ertoe laat verleiden om zichzelf de vraag te stellen, of zijn optreden voor de ene groep zich wel verdraagt met het optreden voor een andere groep, hij zich on-

348 Zie voor een meer genuanceerde opvatting: Advokatenkollektief Rotterdam 1977, p. 38-40, waarin echter ook het uitgangspunt wordt gehanteerd dat het verlenen van rechtshulp in politieke strafzaken afhankelijk is van de vraag of de sociale advocaat het nagestreefde doel kan onderschrijven en of de gekozen middelen om dit doel te bereiken acceptabel zijn.

349 A. Willems 1978, p. 334.

350 Prakken 1988, p. 20; zie ook De Roos 1985, p. 352-354.

derwerpt aan de beïnvloeding van sociale controlemechanismen, waartegen hij zich juist hoort te wapenen³⁵¹.

Paradoxaal genoeg blijven onder invloed van opvattingen binnen de sociale en politieke advocatuur, 'traditionele dominantieverhoudingen' tussen advocaat en cliënt toch een rol spelen. Dit is met name het gevolg van de opvatting dat de advocaat in het kader van een kritische benadering van vormen van machtsuitoefening een eigen politieke visie op de maatschappij dient te ontwikkelen en van daaruit keuzes maakt die verder strekken dan het individuele belang. De ideologie achter de structurele rechtshulp is immers de emancipatie van achtergestelde groepen, waarmee ook een algemeen belang wordt gediend. Vervolgens blijft het de vraag in hoeverre de advocaat zijn eigen politieke visie en daaruit volgende keuzes in de rechtshulpverlening betreft. Soms is het immers nodig individuele belangen op te offeren om politieke doelen te verwezenlijken. Als dit de uitdrukkelijke wil is van de cliënt, dan is dat in principe geen probleem. Dit ligt echter anders indien een dergelijke strategie de cliënt wordt ingefluisterd door de politieke overtuiging van de advocaat. In hoeverre mag de advocaat de cliënt actief beïnvloeden? De Roos is van mening dat het in strijd is met de beroepscode van advocaten, om over de rug van cliënten een hoger doel te dienen. Dit laat volgens hem echter onverlet, dat de advocaat tegenover de cliënt een voorkeur mag uitspreken voor een collectieve juridische actievorm, ook wanneer daarbij hoort, dat potentiële korte termijnvoordelen moeten worden opgeofferd³⁵². In strafzaken kan een dergelijke visie echter op gespannen voet komen te staan met het uitgangspunt van strikte partijdigheid, waarbij de advocaat die voor een cliënt opkomt, geen verantwoordelijkheid draagt voor het algemeen belang of ideëel doel, voorzover dat verder gaat dan het garanderen van de voorwaarden voor een eerlijk proces³⁵³.

Een illustratief voorbeeld hoe ook binnen de sociale advocatuur deze belangen kunnen botsen, is de in 1987 publiekelijk bekend gemaakte aanbeveling van de Vereniging Sociale Advocatuur Amsterdam (VSAA) aan haar leden, om uit solidariteit met de vrouwenbeweging geen verdachten die beschuldigd worden van seksueel geweld tegen vrouwen en meisjes te verdedigen. Deze aanbeveling is ingegeven door het streven van de vrouwenbeweging, in verkrachtingszaken het slachtoffer uit het verdachtenbankje te halen en wordt gerechtvaardigd geacht zolang dit streven binnen het strafproces geen gemeengoed is³⁵⁴. Deze aanbeveling heeft, ook binnen de VSAA, tot nogal wat kritiek geleid. De voorstanders van de

351 Spong 1978.

352 De Roos 1985, p. 354.

353 Dit is ook de kritiek op De Roos van Voetelink 1985 II; zie voor andere recensies op de preadviezen van De Roos en Van Schaik in 1985: Verberne 1985 en Bijvanck 1985.

354 Zie Prakken 1987. De problematische aspecten van het verdedigen van verkrachters in relatie tot de vrouwelijke slachtoffers is al eerder door Heikelen Verrijn Stuart aan de orde gesteld. Zij komt tot de conclusie dat het welhaast niet mogelijk is in verkrachtingszaken een goede verdediging te voeren zonder de vrouwelijke slachtoffers te schaden. Immers in het kader hiervan kunnen pijnlijke vragen aan het slachtoffer vaak niet vermeden worden en moet de verdediging gebruik maken van de mogelijkheden die de lastig te bewijzen begrippen 'geweld' en 'bedreiging met geweld' bieden, zie Verrijn Stuart 1979.

aanbeveling is verweten tussen twee niet vergelijkbare belangen te hebben gekozen, door de elementaire beginselen die aan het strafproces ten grondslag liggen op dezelfde balans te wegen als de strijd tegen seksueel geweld. Daardoor heeft de VSAA de verdediging van een verdachte van een seksueel geweldsmisdrijf ten onrechte herleid tot een keuze tussen slachtoffer en verdachte³⁵⁵. Ook al stelt de VSAA zich niet als zodanig te keren tegen verdediging van verkrachters, toch is het publicitaire effect van deze openlijke steunbetuiging aan de vrouwenbeweging, dat de indruk wordt gewekt dat bepaalde verdachten het kennelijk niet verdienen te worden verdedigd. Kelk drukt het probleem kernachtig uit:

"Het al dan niet verdedigd worden van een individuele verdachte, wiens positie hoe dan ook verankerd ligt in een 'gematigd inquisitoire' ambiance, mag echter onder geen beding bepaald worden door discussies over de aan een categorie van zijn slachtoffers te betuigen solidariteit door de beroepsgroep, waarvan hij voor die verdediging afhankelijk is"³⁵⁶.

De hiervoor geschetste dilemma's, waarvoor de sociale advocatuur zich zag gesteld, kunnen worden verklaard uit de omstandigheid dat in de linkse verzetsideologie in de jaren zestig en zeventig, de formeel rechtstatelijke procedure en de procedurele democratische legitimiteit wordt afgezet tegen de materiële legitimiteit in de zin van materiële rechtvaardigheid. De hantering van het uitgangspunt van materiële rechtvaardigheid leidt er echter onvermijdelijk toe dat het juridische systeem wordt verward of vereenzelvigd met het politieke, waardoor de formeel rechtstatelijke procedure zijn waarde verliest³⁵⁷. De rol van de advocaat, die een dubbele agenda heeft doordat hij zowel de materiële als formele rechtvaardigheid wil nastreven, wordt dan wel erg ingewikkeld. In civielrechtelijk getinte zaken hoeft dit geen problemen op te leveren omdat het, hoe groot de machtsverschillen ook kunnen zijn, gaat om horizontale juridische verhoudingen. Advocaten kunnen in die situatie kiezen voor het behartigen van de belangen van achtergestelde groepen, zoals werknemers, huurders etc. zonder afbreuk te doen aan de procedurele uitgangspunten van een civiel geschil. In strafzaken komt een dergelijke politieke keuze echter in strijd met het rechtstatelijke beginsel dat iedere advocaat zou moeten ondersteunen, namelijk dat een verdachte, ongeacht de aard van de verdenking, recht heeft op verdediging³⁵⁸.

Mout stelt de kern van de professionele onafhankelijkheid juist gelegen is in het uitgangspunt dat de persoonlijke opvatting van de advocaat, noch in de vorm van een uitdrukkelijke onderschrijving van de visie en daden van zijn cliënt, noch in de vorm van het nemen van afstand hiervan, in het kader van de verdediging naar

355 Gunning en De Roos 1987; Spronken 1988 I.

356 Kelk 1988, p. 295.

357 Zie Bader 1982, p. 195-199, die stelt dat het uitermate moeilijk is materiële rechtvaardigheid buiten de rechtstatelijke procedures te verwezenlijken, omdat het vaak gaat om conflicterende waarden waarin moeilijk een hiërarchie kan worden aangebracht anders dan door rechtstatelijke procedures waarin ook de belangen van minderheden of zwakkeren aan de orde kunnen komen.

358 Hetgeen uiteraard onverlet laat, dat iedere advocaat op strikt individuele gronden kan weigeren in bepaalde strafzaken op te treden.

buiten toe relevant zou mógen zijn³⁵⁹. De advocaat ontleent zijn functie immers aan het in rechte zo goed mogelijk vertalen van de visie en belangen van de verdachte. Als zijn eigen visie daarbij een ondersteuning is voor de cliënt, dan is dit vooral in het kader van de vertrouwensrelatie met de cliënt van belang. De wijze waarop dit naar buiten toe komt is echter een keuze die de advocaat samen met de cliënt moet maken³⁶⁰.

1.8.6 *Gevolgen van politieke betrokkenheid van advocaten*

Als de advocaat zich in verregaande mate identificeert met zijn cliënt, althans daar politiek bij betrokken is en diens strafbare feiten begrijpelijk acht, hetgeen in de ogen van het publiek overeenkomt met het goedkeuren van deze strafbare feiten, ontstaat er weerstand tegen diens optreden. Omdat de ruimte voor de advocaat bij het vormgeven aan een politieke verdediging vooral zit in de wijze waarop hij van zijn bevoegdheden gebruik maakt, zijn het juist deze bevoegdheden waar de advocatuur in 'crisistijden' als eerste in beperkt zal worden. Het gaat dan om het recht op vrij verkeer met de cliënt en de manier waarop de advocaat ter zitting bejegend wordt. De wetgeving in de BRD naar aanleiding van de verdediging van de RAF-leden, waarbij het vrij verkeer met de cliënten en de uitingsmogelijkheden van de advocaten in ernstige mate werden beperkt en advocaten werden gecriminaliseerd, is hier een treffend voorbeeld van³⁶¹.

In Nederland is het niet gekomen tot beperkingen van bevoegdheden van de verdediging, in die zin dat de bepalingen over het vrij verkeer zijn gewijzigd of aan voorwaarden zijn verbonden, zoals in Duitsland. In zijn algemeenheid wordt erop vertrouwd dat de advocaat, ook bij een politieke verdediging, de spelregels respecteert³⁶² en wordt hem een grote vrijheid gelaten naar eigen inzicht van zijn bevoegdheden gebruik te maken.

Wel is de reikwijdte en interpretatie van het vrij verkeer een discussiepunt geweest. Daarbij speelde met name de vraag in hoeverre de advocaat het recht op vrij verkeer, bij het voeren van een collectieve verdediging in politieke zaken, mag gebruiken om de gedetineerde leden van een politieke groepering met elkaar laten communiceren om de verdediging voor te bereiden of in het kader daarvan

359 Zie P. Mout 1987, met name p. 388, waarin hij stelt dat de raadsman "in zijn optreden naar buiten als raadsman volstrekt solidair is met zijn cliënt. In zijn optreden naar buiten, want wat hij er zelf van vindt en denkt is – meestal en in het algemeen – niet terzake en dient verborgen te blijven onder zijn toga. Zijn eigen overtuiging – hetzij van politieke aard wanneer het om een overtuigingsdader gaat, hetzij omtrent het bewijs in een zaak tegen een ontkennende verdachte – is wanneer hij als advocaat naar buiten optreedt van geen belang"; zie ook A. Willems 1978, p. 332.

360 Zie Janse de Jonge en Prakken 1978 I, p. 339.

361 Zie § 1.8.3 en voor de wijze waarop in Duitsland tuchtrechtelijk gereageerd wordt op strijdvarende rechtsbijstand ook de discussie die is ontstaan naar aanleiding van de tuchtzaak tegen een Duitse advocaat Schifferer, die vanwege de onorthodoxe wijze waarop hij psychiatrische patiënten bijstaat tuchtrechtelijk wordt vervolgd en in het kader daarvan zelf ook wordt geprocedeeerd: Mols 1982; Kemme 1982; Glasz 1983 en Bakker Schut 1983.

362 Zie Grosheide 1975-I, p. 60-61; Kuiper 1976, p. 459; Van Haersholte 1978 I; Kuitenbrouwer 1978, p. 7.

acties te voeren, zoals bijvoorbeeld een gezamenlijke hongerstaking. Deze discussie heeft met name gespeeld bij de verdediging van RAF-leden, waarbij de advocaten, omdat zij de verdachten beschouwden als een politiek collectief, bereid waren politieke informatie van de ene gedetineerde aan de andere door te geven, het zogenaamde 'info-systeem'³⁶³. Sommigen, waaronder Van Haersholte, zijn van mening dat dit misbruik is van het vrij verkeer:

"Naar mijn mening heeft een raadsman niet het recht, de onderlinge solidariteit van zijn cliënten daadwerkelijk of zelfs maar als verbale tussenpersoon te bevorderen. Gebruik van zijn positie tot dit doel is m.i. inderdaad 'misbruik', niet in de wat vage zin welke dit woord in het privaatrecht heeft, doch in de scherpere publiekrechtelijke betekenis van 'détournement de pouvoir': gebruik van een bevoegdheid tot een ander doel dan waartoe deze gegeven is"³⁶⁴.

Jansen de Jonge en Prakken reageren hierop als volgt:

"Het onderhouden van de onderlinge solidariteit van revolutionaire cliënten door bemiddeling van hun advocaten, noemt Van Haersholte *détournement de pouvoir*. Zoals hij zelf nadrukkelijk stelt, is dit een begrip uit het publiekrecht. Het begrip gaat ervan uit dat staatsorganen voor precies omliggende daden precies omliggende bevoegdheden hebben gekregen en dat zij hun bevoegdheden alleen voor die daden mogen gebruiken. De staat is aan de burgers verantwoording schuldig over de doelen die zij nastreeft en over de middelen die zij daartoe gebruikt. Deze positie is principieel tegengesteld aan die van de burgers, die immers voor hun doeleinden nooit verantwoording schuldig zijn aan de staat. Zij kunnen alleen ter verantwoording worden geroepen over de middelen die zij hanteren. Om de vrijheid in de keuze van doelen te garanderen hebben burgers grondrechten, in tegenstelling tot staatsorganen (...). Het betichten van een advocaat van *détournement de pouvoir*, is hem plaatsen aan de kant van de staat, hem maken tot 'Organ der Rechtspflege', of erger tot staatsorgaan en dat lijkt een principiële fout. Het recht op verdediging in strafzaken is een grondrecht en daardoor is de positie van de advocaat in strafzaken een grondrechtelijke. Wij willen hier in het midden laten of misbruik van grondrechten überhaupt mogelijk of denkbaar is, zo'n misbruik kan duidelijk niet aangenomen worden op grond van de bewering dat een grondrecht wordt gebruikt voor doelen die de staat niet welgevallig zijn"³⁶⁵.

Ook is er slechts incidenteel sprake van beperkingen op de verschillende manieren waarop advocaten vorm geven aan hun politieke verdediging. Spanningen op de terechtzitting worden met name veroorzaakt doordat het OM en de rechter worden aangesproken en geconfronteerd met verweren of demonstratief gedrag, die naar het gevoel van velen onder hen niet in het strafrechtelijke kader passen, maar eerder in het politieke debat respectievelijk op de straat thuishoren³⁶⁶. Dat

363 Zie Janse de Jonge en Prakken 1978 I, p. 334.

364 Van Haersholte 1978 I, p. 605; ook Spong en Kuitenbrouwer zijn van mening dat het zogenaamde 'informatiesysteem' in strijd is met het recht, zie Spong 1982, p. 443-444 en Kuitenbrouwer 1978, p. 7.

365 Janse de Jonge en Prakken 1978 II, p. 606, in dezelfde zin Jörg 1977-II.

366 Zie bijvoorbeeld Remmelink 1975, die stelt dat het niet mogelijk is in rechtsstelsels als de onze langs jurisprudentiële weg een soort revolutie- of revolterecht in te bouwen. Alleen in de strafmaat heeft de rechter de mogelijkheid om rekening te houden met politieke aspecten. Zie ook Kuitenbrouwer 1978, die zich afvraagt wat een rechter, die zich aan de wet heeft te hou-

heeft tot gevolg dat een politieke verdediging in veel zaken weliswaar wordt geduld, maar in de meeste gevallen wordt genegeerd en niet serieus wordt genomen³⁶⁷.

Een van de weinige echte incidenten, waarbij door justitie in Nederland tegen advocaten is opgetreden, is de arrestatie van alle advocaten en medewerkers van het Advokatenkollektief-Noord te Amsterdam op 9 oktober 1980, vanwege het feit dat bij het kollektief een affiche voor de ramen hing met de oproep om deel te nemen aan het protest tegen de opening van de metro, welk affiche door het OM als opruiend werd beschouwd. Het Kollektief-Noord stond bekend voor het optreden in kraakzaken en voor zogenaamde 'stenengooiers'. De arrestatie heeft de nodige verontwaardiging teweeg gebracht, waarbij vooral de overdreven reactie van het Amsterdamse OM (had de politie niet eerst kunnen vragen om het affiche te verwijderen?) als een criminalisering van politiek actieve advocaten wordt gezien³⁶⁸. In een tegen de advocaten aangespannen tuchtrechtelijke zaak wordt de advocaten door het Hof van Discipline uiteindelijk een enkele waarschuwing opgelegd omdat bij het publiek de indruk zou kunnen zijn ontstaan dat de advocaten de handelingen die in het affiche opgesomd waren³⁶⁹ en die door het Hof van Discipline worden gekwalificeerd als oproeping tot opzettelijke zaakvernietiging, *zouden goedkeuren. Dit wordt aangemerkt als een handelen dat een behoorlijk advocaat niet betaamt*. De advocaten zijn ook nog strafrechtelijk vervolgd voor het openbaar tentoonstellen van een opruiend geschrift, maar zijn door het Hof Amsterdam hiervan op 16 december 1981 vrijgesproken³⁷⁰.

Een ander voorval, dat de pennen in beweging heeft gebracht, betreft de klacht die tegen de kleurrijke Amsterdamse advocaat J. Donk werd ingediend door de President van het Hoog Militair Gerechtshof (HMG) in verband met het gedrag van Donk op de zitting bij de verdediging van een dienstweigeraar³⁷¹. Donk werd door de president van het HMG, Van den Bosch, verweten dat hij zou hebben geprobeerd de procesorde te verstoren door:

den, met een politieke verdediging aan moet, als van hem verlangd wordt afstand te nemen van de wet.

367 Zie Van Bennekom 1979 en 1980, waarin hij voorbeelden aanhaalt van rechterlijke irritaties, zoals de situatie waarbij aan een advocaat geen akte ter zitting wordt verleend als hij in een zaak waarbij een RAF-lid betrokken is protesteert tegen het houden van een raadkamer gevangenhouding in een huis van bewaring, of een situatie waarbij geweigerd wordt een politieke getuige-deskundige ter zitting op te roepen of te horen.

368 Wiewel 1980; Prakken 1980; Amsterdamse weëen, Advocatenblad 1980, p. 469; Ingelse 1980.

369 Het affiche is in het Advocatenblad van 1980 afgedrukt en uit nostalgische overwegingen opnieuw in het jubileumnummer 75 jaar Advocatenblad, 1995, p. 1068 en daarin wordt onder het motto "doe wat je wilt, als het maar protest is" een programma voorgesteld om o.a. metrowerken te saboteren, (voor liefhebbers) het metrotraject dat geopend wordt te bestoken met lichte en zwaardere middelen, en metrotreinen te bewerken.

370 HvD 16 november 1981, nr. 615, Advocatenblad 1983, p. 163-167, met noot van F.N. Meijer.

371 Klacht Militair Gerechtshof tegen advocaat, NRC 6 januari 1983, gepubliceerd in NJB 1983, p. 142 en Th.W. van de Bosch, Moeten persberichten ook in de kolommen van het NJB kunnen doordringen? NJB 1983, p. 343, met naschriften van de redactie van het NJB en Jessurun d'Oliveira.

- na circa een uur gepleit te hebben op de vraag van de president om zich te beperken te antwoorden "dat hij voor deze zaak de hele dag had uitgetrokken";
- met de bedoeling lang aan het woord te zijn en te blijven, bezwaar te maken tegen het ontbreken van een 'aanhef' van ambtelijke brieven alsmede bezwaar te maken tegen het niet ontvangen van alle processtukken;
- in extenso niet relevante processtukken voor te lezen;
- cynische en denigrerende opmerkingen te maken;
- voortdurend te interrumpen en op de vraag om "zijn mond nu eens te houden" te antwoorden "als u uw mond ook houdt".

Verder zou hij zich, naar de mening van de president van het grotendeels uit militairen samengesteld HMG, grievend hebben uitgelaten door zijn opmerking: "Mensen in het leger zijn geneigd om achter ieder die macht heeft aan te lopen. Zie 1940-45, waarbij het leger achter Hitler heeft gestaan".

De Amsterdamse Raad van Toezicht acht de klacht echter ongegrond, ook al kan men zich voorstellen dat het optreden van Donk de irritatie van het HMG heeft opgewekt en vindt niet dat Donk bij de door hem gevoerde verdediging grenzen heeft overschreden die zijn optreden klachtwaardig maken. Het is niet ongebruikelijk dat in een strafzaak als de onderhavige meer dan een uur wordt gepleit en een advocaat moet de nodige vrijheid krijgen de verdediging in een strafzaak te voeren op een wijze die hem goedgeeft. De advocaat moet weliswaar eerbied tonen voor de rechterlijke autoriteiten en mag zich in geen geval onnodig grievend uit te laten, maar dit mag evenmin een belemmering zijn alles te kunnen zeggen wat hij van belang acht voor de verdediging³⁷².

De president had in zijn klachtsschrijven ook nog laten weten, niet meer voornemens te zijn Donk hangende de klachtprocedure in een strafzaak als raadsman toe te voegen. Donk vorderde vervolgens in kort geding dat de president van de Rechtbank Den Haag de president van het HMG zou bevelen dit laatste besluit in te trekken, althans niet uit te voeren, in welke procedure een nieuwe totaalweigeraar die wenste dat Donk aan hem zou worden toegevoegd zich voegde. De president in kort geding besliste vervolgens dat er in ons rechtssysteem geen plaats is voor een bevoegdheid van de rechter om terzake van het optreden van een raadsman ter terechtzitting – hoe verwerpelijk zo'n optreden moge zijn geweest – het besluit te nemen om die raadsman gedurende een zekere periode in nog komende strafzaken aan verdachten niet, of slechts onder bepaalde voorwaarden, toe te voegen en de president van het HMG moest voor de tweede keer bakzeil halen³⁷³.

1.9 Uitbreiding rechtspositie verdachte in het vooronderzoek

De rechtshulpbeweging in de jaren zestig en zeventig heeft, tezamen met de verhoogde (politieke) aandacht voor de rechtspositie van minderbedeelden en kans-

372 RvT Amsterdam 9 december 1983, Advocatenblad 1985, p. 87-89.

373 Pres. RB Den Haag, 22 april 1983, Rechtshulp 1983, p. 49.

armen in de samenleving, ook haar invloed gehad op de positie van de verdediging in de voorfase van het strafrechtelijk onderzoek, met name aan voorlopig gehechte verdachten³⁷⁴.

Vóór 1955 werd pas ambtshalve een raadsman toegevoegd als de voorlopig gehechte verdachte een dagvaarding of kennisgeving van verdere vervolging ontving. In de daaraan voorafgaande fase kon de verdachte vanaf de bewaring op verzoek een raadsman toegevoegd krijgen door de raad voor rechtsbijstand, als hij zijn onvermogen zelf een advocaat te kunnen betalen, kon staven. Van deze mogelijkheid werd weinig gebruik gemaakt. In 1955 en 1958³⁷⁵ werd artikel 40 Sv gewijzigd in die zin dat aan alle verdachten die zich in voorlopige hechtenis bevonden, dus met ingang van de bewaring, ambtshalve een raadsman werd toegevoegd. Uit de parlementaire geschiedenis van deze wetwijzigingen blijkt dat men ervan doordrongen was dat de rechtsbijstand in het vooronderzoek even belangrijk was als in het eindonderzoek³⁷⁶. Na de wetwijzigingen in 1955 en 1958 kon de onvermogene verdachte op verzoek al vanaf de in verzekeringstelling een advocaat toegevoegd krijgen. Maar in de praktijk was deze regeling een dode letter. Zo de verdachte al zou weten dat hij een dergelijk verzoek kon doen (dit hoefde hem immers niet te worden medegedeeld), was het vanuit het politiebureau feitelijk vrijwel onmogelijk zijn onvermogen aan te tonen. Ook als dat wel zou lukken, dan zou toevoeging door de raad voor rechtsbijstand, gelet op de tijd die met de behandeling van een dergelijk verzoek gepaard ging, toch als mosterd na de maaltijd komen, omdat de in verzekeringstellingsperiode dan al zou zijn verstreken en bij de inbewaringstelling al ambtshalve een raadsman werd toegevoegd³⁷⁷. Dus alleen die verdachten die het zich financieel konden veroorloven zelf een advocaat te bekostigen, konden vanaf het moment dat zij werden aangehouden aanspraak maken op rechtsbijstand.

Naast de toegenomen aandacht voor rechtshulp in zijn algemeenheid, zijn voor de ontwikkelingen van de rechtsbijstand in het strafrechtelijke vooronderzoek de navolgende factoren van belang.

In de eerste plaats wordt in de jaren zestig en zeventig onderkend dat het vooronderzoek in toenemende mate van doorslaggevende betekenis is bij de verdere ver-

374 Niet alleen de rechtsbijstand in het vooronderzoek krijgt meer aandacht, de versterking van de controle op het strafrechtelijke apparaat leidt ook tot een verbetering van de interne rechtspositie van de gedetineerde – de beklagprocedure ex art. 51 e.v. Beginselenwet Gevangeniswetzen werd bij Wet van 21 oktober 1976, Stb. 568 ingevoerd – waarvan ook de rechtsbijstand aan de gedetineerde of deze nu voorlopig gehecht is, of onherroepelijk is veroordeeld, deel uitmaakt; zie Kelk 1976 en zijn dissertatie: Kelk 1978.

375 Wetten van 20 mei 1955, Stb. 208 en 18 april 1958, Stb. 204. In de wet van 20 mei 1955, Stb. 208, was in art. 40 Sv opgenomen dat de ambtshalve toevoeging gold ten aanzien van verdachten die in voorlopige hechtenis werden gesteld, hetgeen tot problemen leidde bij de toevoeging in hoger beroep omdat de verdachte zich dan reeds in voorlopige hechtenis bevond. Dit is bij wet van 18 april 1958, Stb. 204 aangepast in die zin dat eenieder die zich in voorlopige hechtenis bevindt ambtshalve een raadsman wordt toegevoegd.

376 Zie Bijlage Handelingen TK 1957-1958, p. 2309-2310.

377 Zie Interimrapport van de Commissie partiele herziening strafvordering (Commissie Feber), TK 1968-1969, 9994, Bijlage A van de M.v.T., nr. 4, p. 18.

volging en berechting. De verschuiving van het zwaartepunt naar de voorfase van het strafproces wordt beïnvloed door de ontwikkeling van strafrechtelijk beleid, de hantering van het opportuniteitsbeginsel door het OM³⁷⁸ en de toegenomen verzelfstandiging van de politie³⁷⁹, waardoor veel zaken reeds in de voorfase worden afgewikkeld.

In de tweede plaats komt er steeds meer aandacht voor de implicaties die het EVRM³⁸⁰ heeft voor de bescherming van individuele grondrechten in het strafproces³⁸¹. De accusatoire procesvorm die in wezen aan artikel 6 EVRM ten grondslag ligt, staat op gespannen voet met de positie van de verdachte in de eerste fase van het strafproces. Immers op de momenten die wezenlijk van belang zijn voor de uiteindelijke beslissing in het strafproces, te beginnen bij het eerste verhoor door de politie, ontbreekt voor de verdachte effectieve rechtshulp³⁸².

Ten derde heeft de kritische blik die vanaf de jaren zestig ontstaat op de maatschappelijke en sociale effecten van strafrechtelijk ingrijpen tot gevolg dat er een communis opinio ontstaat dat het strafrecht terughoudend dient te worden toegepast³⁸³. Dit heeft vervolgens weer een effect op de ideeën over de voorlopige hechtenis. Gelet op het prejudiciërende effect op de strafmaat wordt terughouding van de toepassing en duur van de voorlopige hechtenis mede de inzet van de herziening van de voorlopige hechtenis die eind van de jaren zeventig in gang wordt gezet³⁸⁴. In samenhang hiermee ontstaat er een verhoogde aandacht, ook uit sociaal-wetenschappelijke hoek, voor vroeghulp door reclassering en advocaten aan aangehouden en in verzekering gestelde verdachten, omdat men van mening is dat met name in de eerste fase van het strafproces nog mogelijkheden liggen de toepassing van het strafrecht terug te dringen en hulpverlening op gang te brengen³⁸⁵. In het kader hiervan is ook het functioneren van de raadsman in het vooronderzoek (zijdelings) onderzocht, waarover later meer³⁸⁶.

378 Zie § 1.7.

379 Zie Baauw 1975, p. 656-659.

380 Het EVRM is op 4 november 1950 te Rome gesloten, Trb. 1951, 154 en is (voor Nederland) op 3 september 1953 in werking getreden.

381 Tegen die tijd verschijnen ook de eerste publicaties waarin aandacht aan het EVRM wordt besteed, zie bijvoorbeeld: A. Mulder en Moons 1962; Peters 1972; Peters 1975 I; Alkema 1975; Swart 1976. Van belang is ook de oprichting van het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM) in 1974, dat sinds april 1976 maandelijks het NJCM-Bulletin uitgeeft, waarin aandacht wordt besteed aan strafrecht en mensenrechten en waarin de Nederlandse en Straatsburgse jurisprudentie wordt gepubliceerd.

382 F. Kuitenbrouwer 1972; Baauw 1975; Myjer 1976.

383 Zie 't Hart 1994, p. 90 e.v.; de Alternatieve Justitiebegrotingen van de Coomhertliga van 1972, Kluwer, Deventer 1972 p. 10 en p. 26 e.v. en 1973, Kluwer, Deventer 1973, p. 30 e.v.

384 Zie de bundel: Voorlopige Hechtenis, voordrachten gehouden op het congres van de Jonge Balie te Amsterdam op 17 en 18 oktober 1969, Kluwer, Deventer 1970, m.n. de Samenvatting van A.A.M. van Agt, p. 79-82; Interimrapport Commissie Feber, Bijlage A van de M.v.T. bij het wetsvoorstel tot herziening van de voorlopige hechtenis, TK 1968-1969, 9994, nr. 4, p. 11 dat heeft geleid tot het in 1969 ingediende wetsvoorstel ter herziening van de regeling van de voorlopige hechtenis, waarin tevens beoogd wordt de duur en frequentie van de voorlopige hechtenis te beperken, zie MvT, TK 1968-1969, 9994, nr. 3, p. 6.

385 Tigges en Nuijten-Edelbroek 1981.

386 Zie hierna § 1.9.2.5.

In 1974 wordt de rechtsbijstand in het vooronderzoek uitgebreid door de invoering van de piketdienst, waardoor iedere verdachte die in verzekering wordt gesteld een advocaat krijgt toegevoegd³⁸⁷. Bij dezelfde wet wordt de in 1937 afgeschafte cautie weer ingevoerd. In het politieke klimaat van deze tijd, die zeker als een 'due process' golf kan worden gekenschetst, komen deze wijzigingen van de positie van de verdediging in het vooronderzoek, door de progressieve geest die ook in de Tweede Kamer waart, vrij gemakkelijk tot stand. Een mooi voorbeeld hiervan is, dat de cautie min of meer en passant door een amendement van Goudsmit tijdens de behandeling van de wijziging van de voorlopige hechtenis, weer wordt ingevoerd. De toenmalige minister van justitie, Van Agt, voelde zich door het amendement overvallen en probeerde zelfs formele drempels op te werpen door te stellen dat het amendement geen verband hield met het onderwerp van het wetsontwerp, namelijk de toevoeging van een raadsman en wijziging van de voorlopige hechtenis. Het volgende stukje van het debat tussen Van Agt en Goudsmit is niet alleen illustratief voor de assertieve houding van de Tweede Kamer, maar ook tekenend voor de tweeslachtigheid van het overheidsperspectief ten aanzien van de rechten van de verdachte in het vooronderzoek³⁸⁸:

"Minister Van Agt: Dat begrijp ik niet, Mijnheer de Voorzitter! De verdachte krijgt de bevoegdheid om een raadsman te vragen en als de heer Van Schaik zijn zin krijgt (en die kreeg hij TS), wordt hem zelfs een raadsman toegevoegd zonder dat hij daarom vraagt. Ik acht het niet noodzakelijk hieraan een wetswijziging te verbinden die ertoe strekt dat de politie de verdachte moet uitnodigen te zwijgen.

Mevrouw Goudsmit (D'66): Het staat wel in de wet dat de verdachte niet tot antwoorden verplicht is.

Minister Van Agt: Ja zeker.

Mevrouw Goudsmit (D'66): Is de Minister dan niet van mening dat de politie een verdachte, die nog geen raadsman heeft, hierop zou moeten wijzen?

Minister Van Agt: Ik had hierover in een later stadium iets willen zeggen, maar ik kan het ook nu doen. Ik zelf zou dat geen aanbevelenswaardige aanvulling van het Wetboek vinden. Ik zal hiervoor enkele redenen aangeven. Men kan vooreerst in het geheel niet controleren, of de politie die mededeling aan de verdachte doet. Vervolgens: Als de politie een dergelijke mededeling naar de letter wel doet, kan dat – dit laat zich toch gemakkelijk voorstellen – gebeuren in een zodanige toonaard op een zodanige wijze, zozeer en passant, dat het in feite geen effect heeft.

Mevrouw Goudsmit (D'66): Dat betekent dat de Minister denkt dat de politie dit zal frustreren, als het in de wet komt. Het is verre van mij, zoiets te veronderstellen. De politie zal het

387 Wet van 26 oktober 1973, Stb. 509.

388 In de verband vraagt Van Hattum 1969 zich af: "Doet de wet hier niet een hypocriete knieval voor ethische beginselen, welke in ieder geval door de grote meerderheid van ons volk nog niet als vanzelfsprekend wordende aanvaard? In andere woorden: Leven we met art. 29 Strafvordering niet ver boven onze stand?".

echt wel doen, als het in de wet komt, evenals zij als regel de andere instructies pleegt op te volgen.

Minister Van Agt: Het is natuurlijk maar de vraag wat men frustreren noemt. Ik zou niet graag de stelling voor mijn rekening willen nemen dat de politie erop uit is instructies van hoger gezag te frustreren. Men moet de politieambtenaren echter niet opzadelen met instructies, waarvan dezen het nut niet inzien, of sterker: waarvan dezen de bezwaren zo duidelijk onderkennen dat de verleiding wordt opgeroepen om daarmee en bagatelle om te gaan. Onze recherche heeft het – dit wil ik met de meeste nadruk naar voren brengen – bij de huidige stand van criminaliteit al zo deksels moeilijk om een redelijk percentage van ook ernstige zaken tot opheldering te brengen, dat ik er volstrekt niets voor voel, het politieapparaat op te zadelen met de verplichting elk verhoor te beginnen met de mededeling aan de verdachte dat hij mag zwijgen.

Mevrouw Goudsmit (D'66): Maar het staat wel in de wet!

Minister Van Agt: Ja zeker, dat moet hij dan maar weten.

Mevrouw Goudsmit (D'66): Moet dat dan geheim gehouden worden?³⁸⁹

Zo gaat het debat nog een tijdje door en op de dag van de voortzetting van de behandeling wordt het amendement zonder verdere beraadslaging en zonder hoofdelijke stemming aangenomen³⁹⁰.

De uitbreiding en versterking van de rechtspositie van de verdachte door toekenning van rechtsbijstand vanaf de inverzekeringstelling en herinvoering van de cautie in het vooronderzoek zijn tekenen van een groeiende erkenning van de verdachte als procespartij in het vooronderzoek. De uitbouw van procedurele waarborgen voor een grotere formele en materiële gelijkheid van de verdachte in deze fase van het strafrechtelijk onderzoek, komt echter tot stilstand bij de aanranding de verdachte ook tijdens het politieverhoor van rechtsbijstand te voorzien.

1.9.1 *Het politieverhoor als kritieke fase*

Dat het politieverhoor in het vooronderzoek een belangrijke rol speelt in het verdere verloop van de vervolging is al voor de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 onderkend. Ook de vraag of de verdachte al in deze fase rechtsbijstand behoeft is in deze tijd gesteld³⁹¹. Maar de in artikel 29 Sv erkende vrijheid van de verdachte gedurende het politieverhoor te zwijgen, wordt als voldoende waarborg gezien tegen onbehoorlijke pressie of verhoormethoden³⁹². Het

389 Handelingen II TK 1972-1973, p. 1788-1789.

390 Handelingen II TK 1972-1973, p. 1812.

391 Zie bijvoorbeeld de Handelingen NJV 1874 II, over de bevoegdheden van de verdediging gedurende de voorlopige instructie van strafzaken en de Handelingen NJV 1902 II, over de vraag hoe de verdediging in het strafproces bij het vooronderzoek dient te worden geregeld; Simons 1897, p. 24-27.

392 Zie Staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Strafvordering. Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Strafvordering, Algemene Landsdrukkerij, 's-Gravenhage

vooronderzoek is immers overwegend inquisitoir van karakter en de controle van de politie wordt in het nieuwe wetboek niet bij de verdediging maar bij het OM gelegd³⁹³. Daarnaast is de onafhankelijke rechter-commissaris in het vooronderzoek een belangrijke rol toebedeeld bij het vinden van de materiële waarheid, als tegenwicht voor een al te eenzijdig onderzoek door de politie en als waarborg dat ook de belangen van de verdachte in het opsporingsonderzoek worden meegewogen³⁹⁴. De controlerende taak van de raadsman is in de opzet van het wetboek dan ook met name gericht op de rechter-commissaris in het vooronderzoek³⁹⁵ en de rechter ter terechtzitting. Omdat het voorbereidend onderzoek (nog steeds in de ogen van de wetgever) slechts voorbereidend dient te zijn en het zwaartepunt van de bewijsvoering ex artikel 338 Sv op het eindonderzoek ter terechtzitting dient te liggen, zijn de rechten van de verdediging in het vooronderzoek voornamelijk verbonden aan de verrichtingen van de rechter-commissaris³⁹⁶, meestal onder de clausule dat het belang van het onderzoek zich hiertegen niet mag verzetten³⁹⁷. Pas ter terechtzitting, dáár waar het bewijs moet worden geleverd, kunnen deze rechten ongeclausuleerd worden uitgeoefend.

Zoals bekend is het anders gelopen dan de wetgever in het begin van twintigste eeuw voor ogen heeft gestaan. In de eerste plaats is door de toelating van de de-audit-verklaring³⁹⁸ *'het strafproces op schrift geraakt'*³⁹⁹ en vormt het dossier bestaande uit processen-verbaal van de politie het belangrijkste bewijs ter terechtzitting. Een van de eersten die dit verschijnsel nadrukkelijk aan de orde stelt is Pompe, die constateert dat van de bedoeling van de wetgever het accusatoire eindonderzoek ter terechtzitting beslissend te laten zijn, in de praktijk niet veel terecht is gekomen⁴⁰⁰. Dit komt volgens hem in de eerste plaats omdat de rechter voorafgaande aan de terechtzitting kennisneemt van de processtukken uit het vooronderzoek⁴⁰¹ en in de tweede plaats door de toelating van de de-audit-

1913, I, p. 8 en II p. 17-18, 24, 68-70; overigens werd ook later in de literatuur tot 1960 meer aandacht gegeven aan de voorwaarden waaronder men zou kunnen bereiken dat verdachten tijdens het verhoor daadwerkelijk 'in vrijheid' een verklaring zouden afleggen, dan dat men hierin een taak voor de verdediging zag weggelegd, zie Fijnaut 1987, p. 444-447.

393 Art. 141 en 148 Sv.

394 Zie Staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Strafvordering 1913, deel II, p. 32 en TK 1913-1914, 286, MvT, p. 31 waarin staat vermeld: "Toch kan moeilijk worden ontkend dat bij de politie als geheel, vooral bij de lagere politieambtenaren, de kans op een volkomen objectief, met eerbiediging van de persoonlijke rechten van de verdachte gevoerd onderzoek geringer is dan bij het openbaar ministerie en het zou ongetwijfeld een achteruitgang zijn, indien een nog groter deel van het vooronderzoek in handen zou komen van de politie".

395 Zie Simons 1921, p. 357 en 360.

396 Met betrekking tot de voorlopige hechtenis en het gerechtelijk vooronderzoek.

397 Zie bijvoorbeeld de art. 186a, 193 Sv.

398 HR 20-12-1926, NJ 1927, 85.

399 Baauw 1975 m.n. p. 657; zie ook Corstens 1999, p. 635-639; Minkenhof/Reijntjes 1999, p. 18-21.

400 Pompe 1959; Pompe 1975; zie ook Corstens 1988, m.n. p. 38 en 44.

401 Pompe 1959, p. 146, wijst er overigens op dat de bevoegdheid van de rechter om van de stukken uit het vooronderzoek kennis te nemen nergens in de wet is opgenomen, maar in art. 51

verklaring. Daardoor is de beslissende betekenis van het onderzoek ter terechtzitting verloren gegaan ten bate van het voorbereidend onderzoek. Omdat de rechter de leiding heeft van het onderzoek ter terechtzitting en de zittingen zonder voorafgaande kennisneming van de stukken door de rechter veel langer zouden gaan duren, ziet Pompe geen andere oplossing dan dat, mét de handhaving van de structuur in het strafproces, de rechtspositie van de verdachte ten tijde van het voorbereidend onderzoek moet worden verbeterd.

1.9.2 *Advocaat bij het politieverhoor?*

Naast de constatering dat het zwaartepunt van het strafproces, zowel voor wat betreft de beslissingen over het al dan niet vervolgen als het onderzoek naar de feiten, is verschoven naar het vooronderzoek, kan worden vastgesteld dat er in de meest kritieke fase, die van de eerste politieverhoren, nauwelijks sprake is van adequate rechtsbijstand. Weliswaar kan de verdachte al vanaf zijn aanhouding een raadsman kiezen, maar deze mogelijkheid is, zoals hiervoor is uiteengezet, alleen weggelegd voor verdachten die zelf een advocaat kunnen betalen. In deze situatie brengt de invoering van de piketdiensten geen wijziging. Onderzoeken uit de praktijk wijzen uit dat raadslieden weinig effect verwachten van hun optreden voor wat betreft de beïnvloeding van de prejudiciële beslissingen, zoals de verlenging van de in verzekeringstelling of de vordering bewaring, die vanaf de aanhouding van de verdachte worden genomen. De belangrijkste reden hiervoor is dat in bijna 90% van de gevallen dat een in verzekeringgestelde wordt bezocht, deze reeds door de politie is gehoord en een verklaring heeft afgelegd (de helft heeft dan al bekend) en de raadslieden vervolgens ook niet worden toegelaten tot de daarop volgende politieverhoren tijdens de in verzekeringstelling. Door een gebrek aan informatie – de verdachte is zelf vaak niet in staat door te geven wat er tijdens de verhoren precies is naar voren gekomen – en het ontbreken van het recht op toegang tot de verhoren, kan de advocaat in deze fase de politie en het OM dan ook geen tegenspel bieden⁴⁰². Daarom wordt gepleit voor een vervroeging van de rechtsbijstand aan de verdachte naar het stadium van de eerste politieverhoren, met name omdat de proceshouding van de verdachte in deze fase van doorslaggevende betekenis kan zijn voor het vervolg van het strafproces. Beslissingen over het al dan niet voortzetten van de vrijheidsbeneming zijn ingrijpende maatregelen en in het kader van een evenwichtige procesvoering is het een vereiste dat de verdachte van het begin af aan in een gelijkwaardige positie met het OM verkeert.

Het verloop van de discussie over de toelating van de advocaat tot het politieverhoor, die zich vanaf het einde van de jaren zestig gedurende 20 jaren zal voortspelen, maakt de principiële verschillen van inzicht duidelijk over de fundamentele beginselen die aan het Nederlandse strafproces ten grondslag liggen. Het is

Reglement I RO, waardoor de werkelijkheid van het strafproces totaal anders is geworden dan de wetgever bedoelde.

402 Zie Bergsma 1977, p. 118-119; Schouten 1979, p. 291-294; Holman e.a. 1985, p. 60-64.

een krachtmeting tussen accusatoire en inquisitoire beginselen. De toelating van de advocaat tot het politieverhoor heeft immers verregaande consequenties voor het inquisitoire karakter van het vooronderzoek en de positie van de verdachte als procespartij. Hierna volgt een overzicht van het debat⁴⁰³.

1.9.2.1 Een chronologisch overzicht van de ontwikkelingen in 1969-1988

De aanloop tot de discussie wordt in het einde van de jaren zestig genomen. De advocatuur neemt een duidelijk standpunt in. Voor de jaarvergadering van de Orde van Advocaten in 1969 stelt Van der Ven in zijn preadvies over de positie van de advocaat in het moderne strafproces, dat het onaanvaardbaar is dat de raadsman de verhoren van zijn cliënt bij de politie niet mag bijwonen en dat het ontbreken van een expliciete wettelijke regeling dienaangaande door middel van een wetwijziging ongedaan moet worden gemaakt⁴⁰⁴. In de jaarvergadering wordt dit standpunt door middel van een motie unaniem gesteund⁴⁰⁵.

Ook in de politiek zijn geluiden in dezelfde richting hoorbaar. Bij de behandeling van het wetsvoorstel herziening van de voorlopige hechtenis vraagt een aantal leden van de Vaste Commissie voor Justitie of het niet gewenst zou zijn analoog aan de artikelen 24, 63 4e lid en 186 Sv aan de raadsman uitdrukkelijk de bevoegdheid te geven de politieverhoren tijdens de in verzekeringstelling bij te wonen⁴⁰⁶. Ook tijdens de beraadslagingen wordt van verschillende zijden – Roethof (PvdA), Goudsmit (D'66) en Van Schaik (KVP) – vragen gesteld over de opvatting van de minister van justitie (Van Agt) over de aanwezigheid van raadslieden bij politieverhoren⁴⁰⁷. Aanvankelijk ontwijkt de minister deze vraag enigszins door te stellen dat hij er niets voor voelt dat de politie zou moeten wachten met verhoren totdat de advocaat met de verdachte overleg heeft kunnen plegen en dat in het wetsvoorstel is voorzien in de aanwezigheid van de raadsman bij het verhoor dat voorafgaat aan de in verzekeringstelling⁴⁰⁸. Later zegt de minister in de Eerste Kamer dat de wet zich niet verzet tegen de aanwezigheid van de raadsman bij 'gesprekken' tussen de verdachte en de politie en dat artikel 50 Sv alle gelegenheid geeft tot nieuwe ontwikkelingen in het verkeer tussen raadsman en verdachte⁴⁰⁹.

In het rapport Verdediging in de aanval wordt voorgesteld dat reeds bij de aanhouding, op verzoek van de verdachte, een raadsman wordt toegevoegd, die ook

403 Zie voor een zeer uitgebreide beschrijving Fijnaut 1987, hoofdstuk 2 en 7.

404 Van der Ven 1969, p. 354; hetzelfde standpunt wordt ingenomen door Mathuisen 1968, p. 70.

405 Wichers Hoeth 1969; de toegang van de advocaat tot het politieverhoor is ook aan de orde tijdens een congres van de Jonge Balie te Amsterdam op 17 en 18 oktober 1969, waarbij met name de tegenstellingen tussen politie en advocatuur over deze kwestie aan de orde komen, zie Hulsman e.a. 1970.

406 TK 1968-1969, 9994, nr. 7, Voorlopig Verslag, p. 4-5. Gelijktijdig wordt hierop ook in de literatuur naar aanleiding van het wetsvoorstel herziening voorlopige hechtenis aangedrongen: J. Leyten 1969, p. 114-117; Baauw 1969, p. 543.

407 Handelingen TK 1972-1973, p. 1714, 1716 en 1721.

408 Handelingen TK 1972-1973, p. 1788.

409 EK 1973-1974, 9994, nr. 14, MvA, p. 4.

bevoegd is de politieverhoren bij te wonen⁴¹⁰. Ook de Coornhert Liga⁴¹¹, de Vereniging voor Reclaseringsinstellingen, de Bond voor Vrijheidsrechten en de Belangengroepering Wetsovertreders doen gelijksoortige voorstellen⁴¹². Intussen wordt op het departement van justitie aan een circulaire gewerkt met als uitgangspunt dat de advocaat bevoegd is de politieverhoren bij te wonen, tenzij het belang van het onderzoek daardoor wordt geschaad. De concept-circulaire⁴¹³ wordt ter advies aan de Recherche Adviescommissie voorgelegd. Op 31 januari 1975 vraagt de minister van justitie de Commissie Partiële Herziening Strafvordering (Commissie Duk) om advies over de uitleg die aan het Wetboek van Strafvordering dient te worden gegeven met betrekking tot het bijwonen van raadslieden van politieverhoren. De Recherche Advies Commissie brengt op 10 april 1975 een unaniem negatief advies uit over een regeling waarbij de advocaat zou worden toegestaan politieverhoren bij te wonen⁴¹⁴. Op 26 september 1975 organiseert de Nederlandse Orde van Advocaten haar jaarvergadering over het thema: 'Taak en functie van de advocaat in het eerste stadium van het strafproces'⁴¹⁵ en weer spreekt de vergadering zich uit vóór de toelating van de raadsman tot het politieverhoor⁴¹⁶. De commissie Duk brengt op 15 februari 1979 haar advies uit aan de minister⁴¹⁷ (De Ruiter). De Commissie Duk stelt een wetswijziging voor waarbij de raadsman het recht wordt toegekend de politieverhoren bij te wonen, tenzij het belang van het onderzoek dit naar het oordeel van de officier van justitie of de hulpofficier niet toelaat⁴¹⁸. Op 16 oktober 1979 vraagt Faber (CDA) de minister tijdens de behandeling van de justitiebegroting⁴¹⁹ om een praktijk-experiment met het voorstel van de Commissie Duk. De minister wil hier niet aan⁴²⁰ en vervolgens dienen Faber, Nijpels (VVD) en Stoffelen (PvdA) op 27 oktober 1979 een motie in waarin wordt voorgesteld om het gedurende een periode van bijvoorbeeld een jaar in verschillende arrondissementen mogelijk te maken dat de raadsman tot het politieverhoor zal worden toegelaten volgens de constructie die door de Commissie Duk is ontwikkeld. De motie wordt aangenomen.

410 Verdediging in de aanval (1972), p. 46-49; zie ook Baauw 1973.

411 Coornhert Liga, Alternatieve Justitiebegroting 1974, Utrecht 1973, p. 14.

412 Boeles 1973.

413 Deze concept-circulaire is als bijlage III gehecht aan het rapport van de Commissie Duk.

414 Advies inzake de toelating van raadslieden bij politieke verdachtenverhoren, 's-Gravenhage 1975.

415 Met deze keer geen preadviezen maar, geheel in de geest van de tijd, stellingen en discussiestukken van Van Ooijen 1975 I (commissaris van politie), Josephus Jitta 1975 (officier van justitie) en Beerling 1975 (advocaat).

416 Zie openingscommentaar van de deken, Verdediging van verdachten, Advocatenblad 1975 p. 389 en Ordevergadering 1975, Recht op een advocaat; als de politie dat wil?, Advocatenblad 1975, p. 486-490.

417 Commissie Partiële Herziening Strafvordering (Commissie Duk), Advies over de aanwezigheid van raadslieden bij het politieverhoor, 's-Gravenhage 15 februari 1979.

418 Hierop komt met name van de Orde van Advocaten kritiek, omdat de advocaat volgens het voorstel van de Commissie Duk gemakkelijk door de politie geweerd kan worden, zie Algemene Raad Nederlandse Orde van Advocaten, Advocaten bij het politieverhoor, Advocatenblad 1979, p. 261-262.

419 Handelingen TK 1979-1980, p. 353.

420 Handelingen TK 1979-1980, p. 394-395.

men⁴²¹. Vervolgens gebeurt er niets, totdat Faber tijdens de behandeling van de justiebegroting van 1982 de minister verwijt, dat deze onvoldoende met de in 1979 aangenomen motie heeft gedaan⁴²². De minister antwoordt daarop dat hij advies heeft ingewonnen bij de procureur-generaal bij de Hoge Raad en dat deze van mening was dat een experiment in een aantal arrondissementen in strijd zou zijn met de rechtsgelijkheid. Vervolgens heeft de minister een landelijke regeling voorgelegd aan de procureurs-generaal die echter hebben gewezen op de bezwaren tegen een dergelijke regeling aan de zijde van het openbaar ministerie en de politie. De minister belooft vervolgens de kwestie nog eens voor te leggen aan de Vaste Commissie voor Justitie⁴²³.

Op 21 juni 1982 schrijft de minister van justitie de Tweede Kamer dat de kwestie te principieel ligt en de meningsverschillen over de bezwaren van een dergelijke regeling te groot zijn, om zonder wetswijziging tot een experiment over te gaan en dat er ook geen financiële middelen zijn een dergelijk experiment uit te voeren⁴²⁴. Daarop neemt de Tweede Kamer op 22 maart 1982 een motie aan waarin wordt verzocht het WODC een rechtsvergelijkend onderzoek te laten doen naar de toelating van raadslieden tot het politieverhoor⁴²⁵. Nog voordat de onderzoeksoopdracht wordt gegeven, wijst de Hoge Raad op 22 november 1983⁴²⁶ een arrest, waarin de stelling wordt betrokken dat de raadsman op grond van artikelen 28 en 50 Sv geen recht heeft het politieverhoor bij te wonen⁴²⁷.

De Orde van Advocaten legt zich hier echter niet bij neer en vraagt in het kader van de kabinetsformatie middels een persconferentie op 12 mei 1986 aandacht voor onder meer de erkenning van het recht de advocaat bij het politieverhoor aanwezig te laten zijn⁴²⁸. Vervolgens wordt door de Orde aan de minister van justitie (Korthals Altes) een wetsvoorstel in overweging gegeven waarin wordt voorgesteld bij de cautie de mededeling te verplichten dat de raadsman van de verdachte bevoegd is het verhoor bij te wonen en waarbij artikel 50 Sv wordt uitgebreid met de bevoegdheid van de raadsman de politieverhoren bij te wonen⁴²⁹.

421 Handelingen TK 1979-1980, p. 404.

422 Handelingen TK 1981-1982, p. 662.

423 Handelingen TK 1981-1982, p. 723-739.

424 TK 1981-1982, 17 480, nr. 1; zie voor het protest van de Orde van Advocaten tegen het standpunt van minister de Ruiter, de brief van de Algemeen Deken J.R. Glasz d.d. 16 juli 1982 aan de minister en de Voorzitter van de Tweede Kamer, *Advocatenblad* 1982, p. 443-444.

425 Handelingen TK 1982-1983, p. 3198.

426 NJ 1984, 805.

427 Zie voor commentaren op dit arrest: Koster 1984; Haffmans en Rüter 1984; Lensing 1985.

428 Glasz 1986; zie ook Fleuren en Viering 1987, die een verslag geven van een op 5 november 1986 door de Studievereniging Mensenrechten en de Nijmeegse Criminologische en Strafrechtelijke Vereniging 'Dr Nico Muller' georganiseerde forumdiscussie over het onderwerp 'Raadsman bij politieverhoor, noodzakelijk recht of onwerkbaar obstakel?'.

429 Wetsvoorstel inzake aanwezigheid van raadslieden bij politieverhoren, *Advocatenblad* 1986, p. 284-285.

De onderzoeksopdracht aan het WODC die op 12 december 1982 aan het WODC is gegeven, resulteert in een uitgebreide rechtsvergelijkende studie van Fijnaut⁴³⁰, die in 1987 wordt afgesloten met de conclusie:

"dat er geen, althans niet voldoende steekhoudende argumenten zijn om de verdachte nog langer het recht op aanwezigheid van zijn raadsman bij het politieverhoor te ontzeggen: er hoeft niet te worden gevreesd voor (schokkende) negatieve gevolgen voor de doeltreffendheid en efficiëntie van de strafrechtspleging. Maar wat meer, en beter, is: de verlening van dit recht zou niet alleen passen in de (normatieve) evolutie die het strafproces in ons land en in andere (vergelijkbare) landen tot nu toe heeft doorgemaakt, maar zij zou ook de discrepantie verkleinen tussen de strafprocessuele beginselen die hier in het geding zijn, en de strafproces-suele praktijk die voor veel verdachten beklemmender is dan in de schoot van de zoëven genoemde beginselen ligt besloten"⁴³¹.

Maar de normatieve evolutie verloopt anders. De minister van justitie stelt in een brief van 8 februari 1988 aan de Tweede Kamer, dat uit de onderzoeksbevindingen van Fijnaut geen dwingend positief oordeel naar voren komt. Gelet op de bezwaren die van de zijde van de politie zijn blijven bestaan tegen de toelating van raadslieden tot het politieverhoor, het belang van bestaande verhoorpraktijk voor de opheldering van misdrijven en het feit dat er geen gegevens bekend zijn geworden dat er door de politie ongeoorloofde pressie zou worden uitgeoefend, bestaat er volgens de minister in de Nederlandse situatie geen dringende behoefte aan rechtsbijstand tijdens het politieverhoor:

"de maatregel is uit oogpunt van rechtsbescherming onnodig, uit oogpunt van rechtshandhaving onwenselijk en derhalve de ermee gemoeide kosten niet waard"⁴³².

Daarmee is de deur van de verhoorkamer voor de advocaat dichtgeslagen. Het politieke tij is inmiddels gekeerd en het is op het einde van de jaren tachtig vooral de misdaadbestrijding die de aandacht vraagt, waarbij de rechten van de verdachte en de raadsman in strafzaken meer en meer als een belemmering worden beschouwd voor de effectieve bestrijding van ernstige vormen van criminaliteit⁴³³. In een congres, georganiseerd door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Rechterschool en de Nederlandse Orde van Advocaten op 25 en 26 februari 1988 wordt nog wel gediscussieerd over de door Fijnaut gesignaleerde discrepantie tussen de beginselen en de praktijk, maar het is een zwanenzang waarin door de voorstanders van rechtsbijstand bij het politieverhoor onthutst wordt vastgesteld dat na een discussie van 20 jaren de tegenstanders aan het langste eind trekken, terwijl Fijnaut in een rechtsvergelijkend onderzoeksrapport van 571 pagina's tot de conclusie komt dat er geen bezwaren zijn⁴³⁴. Hoezeer de inquisitoire uit-

430 Fijnaut 1987.

431 Fijnaut 1987, p. 499.

432 De brief is opgenomen als bijlage in Fijnaut en Blonk 1988, p. 189-193.

433 Zie voor een beschrijving van deze tendens Rubriek Advocatuur DD, Opnieuw: raadsman bij politieverhoor, DD 1988, p. 458-461.

434 Fijnaut en Blonk 1988; zie met name de bijdragen van Koster 1988 I, p. 92-100 en 1988 II, p. 101-113 en Lensing 1988 III.

gangspunten ook in de rechterlijke macht zijn verankerd, blijkt uit het verslag van de discussie op dit congres, waar de vertegenwoordigers van de rechterlijke macht van mening zijn dat bijstand van de advocaat bij het politieverhoor zich niet verdraagt met de waarheidsvinding. De verdachte heeft het recht om te zwijgen, maar meer dan dat niet. Een verhoor hoeft geen vrijblijvend karakter te hebben en mag best indringend zijn. Men is van mening dat een bekentenis gemakkelijker zal worden verkregen als er geen advocaat bij is: "Het strafproces in ons land kent nu eenmaal niet het beginsel dat de verdachte er recht op heeft dat het door hem gepleegde delict onopgelost blijft"⁴³⁵.

In de beginselendiscussie leggen de presumptie van onschuld en het nemo tenetur beginsel het af tegenover waarheidsvinding⁴³⁶. Er komt nog wel protest van de zijde van Orde van Advocaten tegen het standpunt van de minister⁴³⁷, maar daarna wordt het stil rondom dit thema⁴³⁸.

1.9.2.2 De reikwijdte van de artikelen 28 en 50 Sv

Een belangrijk deel van de discussie omtrent het recht op rechtsbijstand bij het politieverhoor concentreert zich op de interpretatie van de artikelen 28 en 50 Sv. In artikel 28 lid 1 Sv is bepaald dat de verdachte bevoegd is zich door een of meer gekozen raadslieden te doen bijstaan. Artikel 28 lid 2 Sv bepaalt dat aan de verdachte, telkens als hij dit verzoekt, zoveel mogelijk de gelegenheid wordt verschaft om zich met zijn raadslieden in verbinding te stellen. Artikel 50 Sv vormt het spiegelbeeld van artikel 28 Sv en verleent de raadsman de vrije toegang tot de verdachte die rehtens van zijn vrijheid is beroofd. De steeds terugkerende vraag is of deze bepalingen ook van toepassing zijn tijdens de politieverhoren. Tot 1970 wordt er op grond van de wetshistorische en wetssystematische argumenten vanuit gegaan dat dit niet het geval is en dat het Wetboek van Strafvordering de verdachte geen recht toekent op bijstand van een advocaat tijdens het politieverhoor⁴³⁹. Voor wat de wetsgeschiedenis betreft staat centraal dat uit de Memorie van Toelichting (1913) bij artikel 28 (toen nog art. 29 ORO) kan worden afgeleid dat artikel 28 Sv een algemeen beginsel inhoudt dat nog in nadere bepalingen moet worden uitgewerkt. Bovendien heeft de minister van justitie in de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer⁴⁴⁰, met zoveel woorden gezegd dat de raadsman geen toegang heeft tot het politiele verdachtenverhoor.

435 Fijnaut en Blonk 1988, p. 128.

436 Aldus een analyse van Schalken in Fijnaut en Blonk 1988, p. 136-138.

437 Wackie Eysten 1988, p. 109 en Van Son 1988.

438 Op een enkele uitzondering na, zie Van de Pol 1990, die naar aanleiding van de vervroegde toetsing van de geldigheid van de in verzekeringstelling op grond van de Brogan-zaak, EHRM 29 november 1988, Series A, 145-B, stelt dat ook de rechtsbijstand aan de verdachte zou moeten worden vervroegd door deze tot het politieverhoor toe te laten. Zie voor de meest recente ontwikkelingen § 2.4.2 en voor een overzicht van de Straatsburgse jurisprudentie § 2.11.7.

439 Volgens Blok/Besier 1925/1926 deel I, p. 117 heeft de raadsman geen recht de politieverhoren bij te wonen.

440 EK 1929/1921, 18, nr. 10a, p. 7-8; Fijnaut 1987, p. 437, verwondert zich dat deze passage in de wetenschappelijke discussie door de meesten over het hoofd is gezien. Zie voor een helder

Na 1970 ontstaat over de juistheid van deze opvatting de nodige twijfel⁴⁴¹. Sommigen zijn van mening dat op grond van de wetsgeschiedenis en wetssystematiek de raadsman wel bevoegd moet worden geacht de politieverhoren bij te wonen, juist omdat deze bevoegdheid nergens wordt uitgesloten⁴⁴². Daarnaast wordt betoogd dat, aangenomen dat het Wetboek van Strafvordering ten aanzien van rechtsbijstand bij het politieverhoor een lacune zou vertonen, de beginselen van een eerlijk proces vereisen dat met name in de meest kritieke fase van het vooronderzoek, de verdachte bijstand kan krijgen tijdens het politieverhoor⁴⁴³. De Commissie Duk concludeert tot een leemte in de wetgeving:

"De wetssystematische argumenten tegen de toelating van raadslieden tot het politieverhoor spreken op het eerste gezicht wel aan. Immers, ervan uitgaande dat ook de wetgever de bevoegdheden van de raadsman tot het bijwonen der verhoren uitputtend heeft willen regelen, kan men bij het ontbreken van zo'n regeling voor het politieverhoor, daaruit eenvoudig besluiten dat de wetgever de raadsman niet de bevoegdheid tot het bijwonen van dat verhoor heeft willen toekennen. Die gevolgtrekking werpt evenwel vragen op waarop het wetboek geen stellig antwoord geeft"⁴⁴⁴.

De artikelen 28 en 50 Sv geven weliswaar een algemene regeling die bijstand tijdens het politieverhoor niet uitsluit, maar:

"Indien uit artikel 28 jo artikel 50 zou volgen dat de raadsman bij alle verhoren, dus met inbegrip van het politieverhoor, aanwezig mag zijn, is niet duidelijk waarom die bevoegdheid hem met betrekking tot bepaalde verhoren *expressis verbis* is toegekend, cf. o.m. de artikelen 57, tweede lid, 63, derde lid, en 186, eerste lid. Voorts, indien de beperking die artikel 50, tweede lid, op het vrije verkeer tussen raadsman en verdachte aanbrengt van toepassing zou zijn op alle verhoren – die in deze opvatting onder 'het vrij verkeer' vallen – blijft het moeilijk te verklaren waarom de wet ter zake van het verhoor van de verdachte door de rechter-commissaris verdergaande beperkingen inhoudt (artikel 186)"⁴⁴⁵.

Tenslotte acht de Commissie Duk het een gemis dat artikel 50 lid 2 Sv, dat de beperkingen op het vrij verkeer in het belang van het onderzoek uitwerkt, de verhoren helemaal buiten beschouwing laat⁴⁴⁶.

Hoe dan ook, of de bestaande wettelijke regeling nu al dan niet ten aanzien van het bijwonen van de advocaat van het politieverhoor een lacune vertoont, lijkt het

overzicht van de verschillende standpunten ook het rapport van de Commissie Duk 1979, p. 2-6.

441 Al eerder is deze twijfel verkondigd door Sloet tot Everlo 1930, p. 315 en Rummelink 1966.

442 Rummelink 1966, p. 352-353; Josephus Jitta 1975, p. 393-394; zo ook minister van justitie Van Agt tijdens de behandeling van het wetsvoorstel herziening voorlopige hechtenis, EK 1973/1974, 9994, nr. 14, MvA, p. 4 en aldus de minister van justitie ook de procureur-generaal bij de Hoge Raad, TK 1981-1982, 17480, nr. 1, p. 5.

443 Rummelink 1966, p. 353; Leyten 1969; Baauw 1969, p. 543; Kuitenbrouwer 1972; Baauw 1973; Beerling 1975; Baauw 1975; Myjer 1976; Schootstra 1979 II; Koster 1979; Lensing 1982.

444 Commissie Duk 1979, p. 7.

445 Commissie Duk 1979, p. 8.

446 Commissie Duk 1979, p. 8.

gelet op de tegengestelde standpunten hierover een goede zaak een en ander in een wettelijke regeling vast te leggen. Maar over de vraag of de advocaat moet worden toegelaten lopen de standpunten al ver uiteen, nog daargelaten welke de bevoegdheden de advocaat heeft, zo hij al tot het politieverhoor wordt toegelaten.

1.9.2.3 *Argumenten voor en tegen advocaat bij politieverhoor*

Zoals hiervoor al is aangegeven concentreert de meningenstrijd omtrent de toelating van advocaten tot het politieverhoor zich rondom de tegengestelde belangen van rechtsbescherming en waarheidsvinding. Om met de woorden van R Emmelink te spreken: "gaat het hier niet zozeer om een praktische, als wel om een principiële zaak, te weten de integrale erkenning van het fair hearing-beginsel"⁴⁴⁷. De kern van het probleem is dat de strafprocessuele beginselen, zoals de presumptie van onschuld en het nemo tenetur beginsel, voor de feitelijke dwangpositie van de verdachte in een verhoorsituatie, in werkelijkheid niet veel betekenis hebben zonder rechtsbijstand.

Zowel de voorstanders als de tegenstanders van rechtsbijstand tijdens het politieverhoor zijn het er over eens dat het politieverhoor het belangrijkste prejudiciërende moment is van het vooronderzoek, zelfs van de gehele strafrechtelijke vervolging. De bekentenis van de verdachte is vaak de kern van het opsporingsonderzoek en doorslaggevend voor de vraag of de vervolging met succes kan worden voortgezet. De verklaringen die de verdachte bij de politie aflegt blijven hem immers binden en kunnen voor de afloop van de strafvervolgning bepalend zijn⁴⁴⁸. Juist vanwege het belang van het politieverhoor voor het strafrechtelijk onderzoek, zijn de voorstanders van mening dat de beginselen van een eerlijk proces ook in deze fase moeten worden waargemaakt. Het zwijgrecht, het nemo tenetur-beginsel en het recht op informatie, zoals neergelegd in artikel 6 EVRM staan of vallen immers met het recht op rechtsbijstand⁴⁴⁹. Iemand die de status van verdachte heeft en door de politie verhoord wordt, moet van zijn rechtspositie op de hoogte zijn, wil hij geen gevaar lopen misleid te worden en de politie moet diens rechtspositie respecteren. De voorstanders zijn van mening dat rechtsbijstand tijdens het politieverhoor een waarborg vormt voor een goede behandeling van de verdachte. Tijdens het verhoor is er niemand die hierop toeziet. De taak van de raadsman is vooral gericht op de controle van de gang van zaken tijdens het verhoor, opdat recht gedaan wordt aan de verklaringsvrijheid van de verdachte. Het politieverhoor is immers ook met geoorloofde pressie al bedreigend voor de verdachte. Bovendien kan de raadsman erop toezien dat de verklaring van de verdachte juist wordt weergegeven en ervoor zorgen dat misverstanden in de communicatie worden opgehelderd⁴⁵⁰.

447 R Emmelink 1966, p. 353.

448 Rapport Commissie Duk 1979, p. 13.

449 Baauw 1975, p. 661; Myjer 1976, p. 24; Koster 1979; Schootstra 1979 II, p. 685; Lensing 1982, p. 1085; Lensing 1988 III, m.n. p. 110 en Lensing 1988 I, p. 229.

450 Baauw 1975, p. 662 e.v.; Koster 1979; Bergsma 1970 II; Bergsma 1977.

Daarnaast heeft de verdachte juist in deze fase behoefte aan voorlichting, advies en menselijke steun. De tweede taak van de raadsman in het kader van bijstand bij het politieverhoor is dan ook het geven van voorlichting over de rechtspositie van de verdachte en hem te helpen zijn procespositie te bepalen:

"De verdachte is ook in de fase van het opsporingsonderzoek vrij zijn eigen procespositie te bepalen. De gemiddelde verdachte is niet in staat de consequenties van zijn handelen te overzien, omdat hij de finesses van het strafrechtelijke systeem niet kent. Hiervoor is hij aangewezen op deskundige hulp. Bovendien raakt de handelingsvrijheid van de verdachte in het gedrang, wanneer hem zijn vrijheid wordt ontnomen en hij in een situatie wordt gebracht waarvan het doel is van hem een verklaring te verkrijgen"⁴⁵¹.

De tegenstanders van de advocaat bij het politieverhoor bevinden zich voornamelijk in de kringen van politie, openbaar ministerie en rechterlijke macht⁴⁵², maar ook in de wetenschap. Met name Aler en Von Brucken Fock⁴⁵³ en Van Veen⁴⁵⁴ kiezen voor een andere benadering. Zij redeneren niet zozeer vanuit de beginnelen van een eerlijk proces, maar vanuit de systematiek van het Wetboek van Strafvordering. Daarbij maken zij een onderscheid tussen formele en materiële verhoren. Onder de materiële verhoren verstaan zij de – min of meer inquisitoire – verhoren die zijn gericht op het achterhalen van de waarheid. En onder de formele verhoren, die verhoren die worden afgenomen in verband met beslissingen die in het kader van het voorbereidend onderzoek moeten worden genomen⁴⁵⁵. Alleen bij formele verhoren, zoals de verhoren ingevolge de artikelen 24 Sv, 35 lid 2 Sv, 57 lid 1 Sv en 63 lid 3 Sv, is bepaald dat de verdachte zich door een raadsman kan laten bijstaan. Zij zijn derhalve van mening dat raadsliden naar geldend recht niet de bevoegdheid hebben politieverhoren bij te wonen⁴⁵⁶. Zij erkennen het belang van de verdachte wel, zich tijdens een politieverhoor door een raadsman te laten bijstaan, maar zijn van mening dat door een dergelijke bijstand de andere belangen van het strafproces, met name de belangen van de

451 Lensing 1982, p. 1085. Lensing is van mening dat beide aspecten, toezicht en advisering, even belangrijk zijn. Daarom is het opnemen van verhoor op de band, zoals in dit kader wel eens wordt gesuggereerd (zie bijvoorbeeld Van Binsbergen 1959 en Fleuren en Viering 1987), geen alternatief: hiermee wordt behoefte aan voorlichting en advies niet bevredigd. Ook contact vóór het verhoor is geen oplossing, omdat hiermee de behoefte aan advies niet afdoende wordt opgelost.

452 Zie voor de rechterlijke macht bijvoorbeeld Van Hattum 1969, p. 205 e.v. en Fijnaut en Blonk 1988, p. 128.

453 Aler en Von Brucken Fock 1975.

454 Th. van Veen 1980.

455 Aler en Von Brucken Fock 1975, p. 1375 en Th. van Veen 1980, p. 488.

456 Later zal Von Brucken Fock zijn standpunt enigszins nuanceren. In 1983 schrijft hij een preadvies voor de NJV dat ook hij van oordeel is dat daar waar zich de meest inquisitoire momenten in ons strafproces doen gevoelen, de processuele positie van de verdachte het meest versterking behoeft. Hij is van mening dat dit ook voor het vooronderzoek geldt, maar vindt vervolgens dat het aan de wetgever is ervoor zorg te dragen dat de in art. 6 EVRM gegarandeerde rechten, zodra er sprake is van een 'criminal charge' en de verdedigingspositie van de verdachte zulks eist, in iedere procesfase kunnen worden geëffectueerd, Von Brucken Fock 1983 I, eerste stuk, p. 170-172.

opsporing en de waarheidsvinding, worden geschaad en het evenwicht in het stelsel van strafvordering wordt verstoord⁴⁵⁷. Van Veen is van mening dat daarom noch de zwijgende noch de interveniërende raadsman thuis hoort in het onderzoek van de opsporingsambtenaar die bewijs verzamelt. De officier van justitie is zijns inziens belast met het toezicht op de politie en niet de raadsman.

Aler en Von Brucken Fock zijn van mening dat voor het vinden van de materiële waarheid de verklaringen van de verdachte van grote betekenis zijn en dat het verhoor in het voorbereidend onderzoek het meest inquisitoire moment van het strafproces is. Zij stellen vast dat de raadsman, alleen al door zijn stilzwijgende aanwezigheid een zodanige mentale steun voor de verdachte zal betekenen, dat dit een negatieve invloed heeft op het verhoorklimaat, doordat de verdachte dan minder gevoelig zal zijn voor de druk die door de verhorende rechercheur op hem zal worden uitgeoefend. Bovendien zal de aanwezigheid van de raadsman voor de verhorende politieman bedreigend zijn en zal deze zich minder op zijn gemak voelen. Als de raadsman actief mag ingrijpen in de verhoorsituatie door opmerkingen te maken of vragen te stellen dan zal dit nog nadeliger zijn: "Aldus wordt de verdachte bij zo'n verhoor praktisch een gelijkwaardige procespartij"⁴⁵⁸. En dat vinden Aler en Von Brucken Fock een zodanige ingrijpende wijziging van het evenwicht tussen opsporingsbelangen en de bescherming van de burger, dat het niveau van de handhaving van de rechtsorde waarschijnlijk zal dalen. Zij zijn van mening dat er naar andere wegen zal moeten worden gezocht om het zwijgrecht van de verdachte te garanderen en denken bijvoorbeeld aan uitsluiting van het bewijs van een verklaring die in strijd met het zwijgrecht tot stand is gekomen⁴⁵⁹.

De Commissie Duk bewandelt, in het voetspoor van de voorzichtige evolutie van het Nederlandse strafproces in een meer accusatoire richting, een middenweg en kiest voor een geclausuleerd toegangsrecht, namelijk dat de raadsman toegang heeft tot het politieverhoor, tenzij het belang van het opsporingsonderzoek dat naar het oordeel van de (hulp)officier van justitie verbiedt⁴⁶⁰. Een ongeclausuleerd recht vindt de Commissie te zeer een verschuiving in accusatoire richting en in strijd met het systeem en het karakter van het wetboek en dus niet aanvaardbaar⁴⁶¹.

De felste tegenstand komt echter, begrijpelijkerwijs, van de zijde van de politie. De meeste argumenten zijn verwoord in het rapport van de Recherche Advies Commissie (RAC) van 1975⁴⁶² en luiden samengevat:

457 Aler en Von Brucken Fock 1975, p. 1379 en Th. van Veen 1980.

458 Aler en Von Brucken Fock 1975, p. 1385.

459 Aler en Von Brucken Fock 1975, p. 1386.

460 Rapport Commissie Duk 1979, p. 10 en 15.

461 Commissie Duk 1979, p. 16; in gelijke zin Hulsman e.a. 1970, p. 34.

462 Dit rapport is vrijwel integraal opgenomen in Fijnaut 1987, p. 24-30.

- Het doel van het politieverhoor is het achterhalen van de waarheid. De politie behoort binnen de grenzen wat toelaatbaar is, alles te doen om de verdachte die zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit tot een bekentenis te brengen en mag er niet naar streven een onschuldige verdachte te brengen tot een onjuiste bekentenis.

- Een bekentenis kan als een katarsis werken. Het onderzoek van de politie is niet alleen bedoeld voor de vergaring van bewijs ter bestraffing van de verdachte maar vormt bovendien een onmisbaar uitgangspunt voor de resocialisering van de verdachte.

De maatschappij heeft een zwaarwegend belang bij het vinden van de waarheid en de opheldering van strafbare feiten. Het belang van handhaving van de rechtsorde vereist dat de schuldige verdachte een met de waarheid overeenstemmende verklaring aflegt. Dit belang weegt zwaarder dan het 'toch aan twijfel onderhevige' belang van de verdachte zich door zwijgen of het afleggen van valse verklaringen aan een vervolging te onttrekken.

- De verklaring van de verdachte is voor het vaststellen van de waarheid meestal van doorslaggevende betekenis.

- De aanwezigheid van een raadsman is schadelijk voor essentiële condities voor een verdachtenverhoor:

- a) de concentratie en rust van partijen wordt door de aanwezigheid van een derde verstoord;
- b) de verhorende rechercheur moet de verdachte met volledig zelfvertrouwen kunnen verhoren;
- c) tijdens het verhoor moet tussen verdachte en de rechercheur een vertrouwensrelatie en kunnen ontstaan, met behoud van volstrekte duidelijkheid over de positie van beide partijen.

Als een advocaat het verhoor kan bijwonen dan zal hij als academisch gevormde een overwicht hebben op de gemiddelde opsporingsambtenaar, die zich geïntimideerd en geremd zal voelen. De verdachte krijgt een overmachtige positie en de verdachte zal niet willen bekennen om zich ook tegenover zijn advocaat groot te houden. Hierdoor verliest de verhorende ambtenaar zijn zekerheid en zal een vertrouwensrelatie niet tot stand kunnen komen.

- Als de raadsman een actieve rol in het verhoor speelt is dat schadelijk voor het onderzoek en zal het verhoor nog minder aan zijn doel gaan beantwoorden. Bovendien zullen er raadslieden zijn die misbruik zullen maken van hun aanwezigheid. "De kans, dat bepaalde malafide raadslieden opzettelijk door allerlei chicanes, intimidatie van de verhorende politie-ambtenaar, verstoring van het ordelijke verloop van het verhoor e.d. zullen trachten te bereiken dat het verhoor niet tot het beoogde doel leidt, is niet denkbeeldig".

- Er is geen aanleiding de advocaat tot het politieverhoor toe te laten nu de rechtsbijstand aan in verzekering gestelde reeds afdoende is geregeld en de op-

opsporingsambtenaar in Nederland geen misbruik maakt van zijn positie bij het verhoor van de verdachte. Er zijn hierover vrijwel geen klachten.

De gevolgen van toelating van de raadsman tot het politieverhoor zullen zijn dat de politie zal worden bemoeilijkt en gedemotiveerd in haar taakuitoefening en zich in de steek gelaten zal voelen. Het verhoor zal leiden tot minder informatie van de zijde van de verdachte en tot extra inspanningen van de recherche om zaken op te lossen. Er zullen minder misdrijven worden opgelost en dit zal leiden tot gevoelens van onveiligheid bij de bevolking. De duur van het onderzoek zal worden verlengd, hetgeen ook gevolgen heeft voor de duur van de voorlopige hechtenis en een toename van GVO's.

De eindconclusie van de RAC is dat bij de sterke toename van de criminaliteit aan de belangen van de verdachte, die al goed verzekerd zijn, niet nog meer voorrang moet worden gegeven boven het algemeen belang van criminaliteitsbestrijding.

Het standpunt van de RAC wordt van de zijde van de politie over de gehele linie gedeeld⁴⁶³ en is door de voorstanders van rechtsbijstand bij het politieverhoor uiteraard bekritiseerd⁴⁶⁴. Zo wordt er gewezen op de psychologische stress-situatie waarin de verdachte na zijn aanhouding verkeert op grond waarvan hij zijn rechten niet weet te hanteren tegenover de politieagent 'in volle wapenuitrusting'⁴⁶⁵ en dat de afwezigheid van de advocaat bij het verhoor de controle op het handelen van de politie tijdens dat verhoor illusoir maakt. Dit handelen kan immers niet effectief door de rechter worden getoetst⁴⁶⁶. Fijnaut merkt bovendien op dat het nog maar de vraag is of de opsporingsambtenaar in Nederland geen misbruik maakt van zijn positie. Hij verwijst naar onderzoek waaruit kan worden afgeleid dat een behoorlijk aantal politieambtenaren het niet zo nauw neemt met de ethiek en dat er een discrepantie bestaat tussen de grenzen die in de praktijk door de politie worden getrokken en de grenzen die in de vakliteratuur over het verdachtenverhoor worden gesteld. Bovendien maken de politieleiding en andere autoriteiten deze normen via richtlijnen onvoldoende duidelijk en wordt de naleving ervan niet goed gecontroleerd⁴⁶⁷. Door de – niet door de wetgever beoogde – ver-

463 Buitendijk 1970; Heijboer 1974; Van Ooijen 1975 II; Blaauw 1979; Van Driel 1979; Heijboer 1980; B. Staal 1985.

464 Zie met name Koster 1979; Fijnaut 1987, p. 471 e.v. en Lensing 1982.

465 Fijnaut 1987, p. 471-472 stelt dat ook onder normale condities een verblijf op het politiebureau verdachten onder zulk een psychische druk zet dat het zelfs voor verdachten die hun rechten in een verhoorsituatie goed kennen niet gemakkelijk is onder deze druk een beroep te doen op hun zwijgrecht: "En dit laat dus zien dat de politietheorie van het verdachtenverhoor geen loze theorie is: een volgens de (wetenschappelijke) beginselen van deze theorie opgezet verhoor brengt de 'gemiddelde' verdachte gewoon tot spreken"; zie ook Bergsma 1970 I.

466 Fijnaut 1987, p. 469, merkt hierover op dat wij in Nederland in een situatie verkeren "waarin volstrekt onduidelijk is volgens welke (subjectieve en/of objectieve) criteria kan worden bepaald of een verklaring al dan niet in vrijheid is afgelegd".

467 Fijnaut 1987, p. 477-478; Naeyé merkt naar aanleiding hiervan later op dat het gelet op alle situationele factoren van de verhoorsituatie, niet overdreven is te stellen dat de wettelijke ga-

schuiving van het zwaartepunt naar het vooronderzoek is de rechtsbescherming van de verdachte in de meest kritieke fase van het strafproces minimaal, terwijl het voor de hand ligt rechtsbijstand te waarborgen, daar waar de institutionele waarborgen het zwakste zijn. Bovendien is men niet onder de indruk van de argumenten van de RAC die liggen op het gebied van de vertrouwelijkheid en de sfeer. Een vertrouwensrelatie wordt gelet op de tegengestelde belangen die in het spel zijn juist als verraderlijk beschouwd. Ook de onzekerheid die door de aanwezigheid van de raadsman bij de verhorende rechercheur zou ontstaan wordt met een korrel zout genomen. Fijnaut komt na uitgebreid rechtsvergelijkend onderzoek tot de conclusie dat de argumenten die door de RAC worden gebruikt niet door de praktijk van landen waarbij de raadsman wel toegang heeft tot het politieverhoor worden gestaafd⁴⁶⁸.

Kennelijk is de grote angst bij de politie dat de raadsman een hindernis zal zijn op de weg naar de bekentenis van de verdachte. Maar vanuit de advocatuur wordt er de nadruk op gelegd dat de advocaat de verdachte niet oplegt te zwijgen, maar hem voorlicht over zijn procespositie en dat de verdachte vervolgens zelf moet uitmaken of hij al dan niet bekend. Het zwijgrecht waarborgt nu juist deze vrijheid.

1.9.2.4 Bevoegdheden bij politieverhoor

Ook over de aan de advocaat toekomende bevoegdheden, zo deze tot het politieverhoor wordt toegelaten, wordt verschillend gedacht. Sommigen zijn van mening dat de bevoegdheid van de raadsman slechts dient te bestaan uit zijn aanwezigheid en het verlenen van menselijke steun⁴⁶⁹. Anderen zijn van mening dat de raadsliden ook de kans moeten krijgen de nodige opmerkingen te maken, naar analogie van artikel 57 lid 2 Sv, omdat bijstand meer omvat dan alleen aanwezigheid en het verlenen van menselijke steun⁴⁷⁰.

In het voorstel van de Commissie Duk wordt ervan uitgegaan dat in het belang van de voortgang van het opsporingsonderzoek bij de verhoren niet op de raads-

ranties van art. 29 Sv lid 2 (zwijgrecht, pressieverbod) in de politiepraktijk worden beschouwd als uitgangspunten die moeten en mogen worden omzeild, Naeyé 1988.

468 Fijnaut 1987, p. 499-501. Fijnaut is van mening dat er wel het een en ander zal moeten worden aangepast, zowel aan de zijde van de politie via bijscholing en een herziening van de gangbare theorie over het verdachtenverhoor, als bij de advocaten, wier positie en bevoegdheden bij het verhoor nader moet worden ingevuld. Bovendien zal de advocatuur stappen moet ondernemen opdat de kwaliteit van de rechtsbijstand tijdens de verhoren wordt gegarandeerd.

469 Remmelink 1966, p. 352-353; Josephus Jitta 1975, p. 396.

470 Commissie Duk 1979, p. 7. Fijnaut 1987, p. 481-484 verwijst naar een onderzoek van S. Dijkstra, *De raadsman bij het politieverhoor?* Zwolle, 1984, waaruit bleek dat de aanwezigheid van raadsliden bij het politieverhoor geen beduidende invloed had en in feite geen gevolgen had voor het opsporingsonderzoek. Dit onderzoek is gebaseerd op 8 gevallen waarbij de raadsman wel tot het politieverhoor werd toegelaten. Ook al werd er aanvankelijk afgesproken dat de raadsliden zich niet met het verhoor zouden bemoeien, gebeurde dit in de praktijk wel en konden de rechercheurs niet aangeven of dit de verklaringen had beïnvloed.

man hoeft te worden gewacht. Een weigering van de (hulp)officier de raadsman toegang te verlenen zal niet hoeven te worden gemotiveerd en tegen een weigering zal geen beroep (met opschortende werking) kunnen worden ingesteld. De raadsman kan buiten tegenwoordigheid van de verdachte vragen opgeven. Het proces-verbaal dient wel melding te maken van het feit dat de raadsman de toegang is geweigerd of indien opgegeven vragen niet zijn gesteld. De taak van de raadsman bij de verhoren is volgens de Commissie Duk dan ook vooral het uitoefenen van controle, opdat de aan de verdachte toegekende proceswaarborgen niet worden geschonden. In de wet dient slechts te worden bepaald dat de raadsman het politieverhoor *bijwoont*⁴⁷¹.

In het wetsvoorstel van de Orde van Advocaten⁴⁷² wordt aangesloten bij de voorstellen van de Commissie Duk met de volgende uitbreidingen: de advocaat is ongeclausuleerd bevoegd de politieverhoren bij te wonen en artikel 29 Sv zal moeten worden aangevuld in die zin dat de verdachte van dit recht voor het verhoor op de hoogte wordt gesteld. De raadsman kan tevens tijdens het verhoor vragen stellen en opmerkingen maken en hij kan verlangen dat enige opgave in eigen woorden zal worden opgenomen in het proces-verbaal. Ook als hij het verhoor niet bijwoont kan hij vragen opgeven.

Lensing komt in navolging van de Engelse praktijk tot de meest vergaande bevoegdheden⁴⁷³. Zijns inziens moet de verdachte voor zijn verhoor op de hoogte worden gesteld van zijn recht op rechtsbijstand. Het verzoek van de verdachte dat zijn advocaat het verhoor bijwoont, dient opschortende werking te hebben en de verdachte moet in de gelegenheid worden gesteld met zijn advocaat te overleggen. Ook tijdens het verhoor hoeft de raadsman zijn mond niet te houden en dient hij de toelaatbaarheid van een vraag aan de orde te kunnen stellen en zijn cliënt te kunnen adviseren. Bovendien vormt een toevoegingsregeling volgens Lensing een noodzakelijk sluitstuk.

1.9.2.5 *Het (gebrekkige) functioneren van de advocaat in het vooronderzoek*

Enigszins paradoxaal in de gehele discussie rondom de advocaat bij het politieverhoor is de verve waarmee de Orde van Advocaten zich in de strijd werpt om een regeling af te dwingen waarbij rechtsbijstand tijdens het politieverhoor mogelijk wordt en de scepsis die in de wetenschappelijke en politionele hoek bestaat ten aanzien van de vraag of de advocatuur haar pretenties op dit gebied wel waar kan maken.

Fijnaut constateert dat het tekenend is dat rond de jaren zestig in de literatuur over het politieverhoor en de implicaties van artikel 29 Sv totaal geen rol is weggelegd voor de raadsman van de verdachte. Volgens hem heeft dit te maken met het feit dat toentertijd in zijn algemeenheid de verwachtingen ten aanzien van de

471 Commissie Duk 1979, p. 19-22 en bijlage I.

472 Wetsvoorstel inzake de aanwezigheid van raadslieden bij politieverhoren, Advocatenblad 1986, p. 284-285.

473 Lensing 1982, p. 1085, Lensing 1988 I, p. 104 e.v. en Lensing 1988 II, p. 229 en 570-572, zie in gelijke zin Knap 1988 I.

raadsman niet hoog gespannen waren omdat de advocatuur de mogelijkheden die in het Wetboek van Strafvordering sinds 1926 waren geschapen nu niet bepaald had uitgebuit⁴⁷⁴. Een van de oorzaken dat de toelating van raadslieden tot het politieverhoor vrijwel nergens – Fijnaut heeft in casu een vergelijking gemaakt met de praktijk in de Verenigde Staten en de Scandinavische landen – schokkende gevolgen voor de rechtspleging heeft gehad, is volgens Fijnaut dat slechts in een paar procent van de gevallen de politieverhoren daadwerkelijk door raadslieden worden bijgewoond. De regelingen werken in de praktijk dus niet. Fijnaut wijt dit onder andere aan het feit dat de advocatuur het verregaand laat afweten omdat haar organisatie niet berekend is op een snelle en intensieve rechtsbijstand aan verdachten en omdat haar leden vaak zelf niet goed het specifieke nut van het bijwonen van verhoren inzien⁴⁷⁵.

In Nederland is er naar het functioneren van advocaten in het vooronderzoek nauwelijks systematisch criminologisch of rechtssociologisch onderzoek van enige betekenis gedaan en uit het onderzoek dat wel gedaan is, komt ten aanzien van het functioneren van de advocaat geen rooskleurig beeld naar voren.

Voorafgaande aan de invoering van de piketdienst is in 1969 door de Amsterdamse Balie in samenwerking met het Criminologisch Instituut van de Vrije Universiteit te Amsterdam en de Reclasseringsraad een Juridisch Consultatie Bureau (J.C.B.) opgericht. In samenwerking met het Amsterdamse OM en de Amsterdamse politie en met subsidie van het ministerie van justitie is vervolgens een experiment van 1,5 jaar gestart waarbij belangstellende advocaten voor een dag per maand alle in verzekering gestelden binnen de gemeente Amsterdam die daarom verzochten, rechtsbijstand verleenden, de 'externe dienst' genaamd. Daarnaast had het J.C.B. ook een zogenaamde 'interne dienst' waarbij rechtshulp werd verleend aan mensen die het J.C.B. bezochten⁴⁷⁶. Het J.C.B. heeft tevens dienst gedaan als wetenschappelijk project, waarbij, voornamelijk door Bergsma, is onderzocht welke factoren bepalend zijn voor, of van invloed op de totstandkoming van een contact tussen advocaat en verdachte op het politiebureau gedurende het

474 Fijnaut 1987, p. 445-448.

475 Fijnaut 1987, p. 472-473. Fijnaut noemt verder nog de volgende factoren:

- de regelingen omtrent toelating zijn vaak onduidelijk en tijdrovend;
- de verdachte doet in een verhoorsituatie geen beroep op eigen rechten, zeker niet als hij daarvan nauwelijks of onvoldoende op de hoogte is;
- politiemensen zijn vaak gekant tegen de aanwezigheid van een advocaat bij het verhoor en proberen op allerlei manieren de verdachte van dit recht te laten afzien;
- de rechterlijke macht rekent het niet tot haar taak om corrigerend in te grijpen ten opzichte van politiemensen die de toegang van de advocaat tot het verhoor tegenwerken;
- in weerwil van de hooglopende discussies tussen de verschillende beroepsgroepen, is het in de praktijk zo dat deze groepen in onderlinge verstandhouding op plaatselijk niveau een praktijk ontwikkelen die recht doet aan hun eigen belangen, maar niet aan die van de alledaagse verdachte.

Remmelink 1966, p. 353 stelt ook dat het recht op toegang tijdens het verhoor in de praktijk niet zoveel moeilijkheden zal opleveren, "alleen al om de eenvoudige reden, dat de raadslieden er niet of nauwelijks gebruik van zullen maken. Bovendien zullen de eerste verhoren toch al wel hebben plaats gehad, als de raadsman komt opdagen".

476 Bakker Schut 1970.

stadium van de inverzekeringstelling en wat het effect van een dergelijk contact is op de positie van de verdachte in de stadia volgend op de inverzekeringstelling⁴⁷⁷. Ook daarna is er o.a. door Bergsma nog onderzoek gedaan naar het functioneren van de sedert 1974 ingevoerde piketdienst⁴⁷⁸.

Bergsma onderscheidt voor de piketadvocaat een aantal rollen, namelijk die van verdediger, voorlichter, procesbewaker, raadgever en tolk. Voor wat betreft de rol van verdediger komt Bergsma tot de conclusie dat de advocaten over de mogelijkheden tijdens de inverzekeringstelling iets voor de verdachte te ondernemen somber gestemd zijn, omdat zij in deze fase te weinig armslag hebben⁴⁷⁹.

Tot de voorlichting rekent Bergsma ook de introductie van de piketdienst en de advocaat zelf, met name diens positie en de vertrouwelijkheid van het gesprek. Verder moet de advocaat ook controleren of de verdachte weet dat hij bij zijn verhoor mag zwijgen en hem uitleggen op welke wijze hij zich bij een vrijlating van rechtsbijstand kan voorzien. Uit een onderzoek dat in februari-maart 1976 onder 131 verdachten in Amsterdam is gedaan blijkt dat het oordeel over de piketadvocaat niet gunstig is. In bijna 75% van de gevallen blijken de advocaten de verdachten niet te hebben voorgelicht over hun eigen onafhankelijke positie, hun beroepsgeheim, het zwijgrecht van de verdachte en de mogelijkheid van gratis rechtshulp, althans is dit niet bij de verdachten blijven hangen⁴⁸⁰.

De rol als procesbewaker, raadgever en tolk komt evenmin voldoende uit de verf. Voor wat deze laatste rol betreft gaat het om het overbrengen van kennis van het recht op de verdachte. Hier doet zich het probleem voor dat advocaten niet dezelfde taal spreken als de verdachte en er ook een te grote sociale afstand tussen hen bestaat⁴⁸¹.

Verder is uit het onderzoek gebleken dat in 26 (van de 131 gevallen) het gesprek met de advocaat korter dan vijf minuten duurde, in 49 gevallen tussen de 19 en 15 minuten en slechts in drie gevallen langer dan een half uur. In 70 % van de gevallen kwam de advocaat op de dag van de inverzekeringstelling en in de overige gevallen de volgende dag, waarvan 83 % pas na 15.00 uur.

De onderzoeksresultaten, die Bergsma aanhaalt, komen in grote lijnen overeen met andere onderzoeken. Vanuit de Nederlandse Politie Academie is in 1975 een onderzoek gedaan naar de relatie tussen de verdachte en de raadsman tijdens het vooronderzoek onder 79 voorlopig gehechte verdachten⁴⁸². Uit dit onderzoek komt naar voren dat 14% van de piketadvocaten dezelfde dag de cliënt kwamen bezoeken, 37% een dag later en 36% twee dagen later. Van de ondervraagden vonden 37% dat zij de advocaat te weinig gesproken hadden waarvan 20% had geprobeerd de advocaat vaker te spreken te krijgen maar nul op het rekest hadden gekregen van advocaat, die geen tijd zou hebben. Zo er al een gesprek had plaatsgevonden, vonden de ontevreden (ongeveer de helft van de ondervraag-

477 Bergsma 1970-1971, p. 408-417; Bergsma 1972; Bergsma en Verberne 1973.

478 Bergsma 1975; Bergsma 1977, p. 107-129.

479 Bergsma 1977, p. 118-119.

480 Bergsma 1977, p. 121-125.

481 Bergsma 1977, p. 127.

482 Dirksen e.a. 1975.

den) dat de kwaliteit van het gesprek onvoldoende was. Men vond het gesprek te kort duren of te weinig inhoud hebben⁴⁸³. Ongeveer 40% van de ondervraagden had vol tot redelijk vertrouwen in de advocaat. Bij de rest was dat maar matig. Uit de kritiek die op de advocaten wordt geuit leiden de onderzoekers (zij het voorzichtig, omdat het om een vrij eenzijdig onderzoek gaat) af dat de raadslieden niet echt rechtshulp verlenen. Maar 32% van de advocaten gaf advies over de door de cliënt tegenover de politie af te leggen verklaring, waarvan 90% het advies gaf om te bekennen of schoon schip te maken.

Op grond van de beantwoording van de vragen komen de onderzoekers tot de conclusie dat het van 42% van de advocaten onduidelijk is gebleven wat zij eigenlijk gedurende de gesprekken met de verdachten deden⁴⁸⁴. Daarbij vond 62% van de ondervraagden het gesprek met de advocaat weinig zin hebben. Ook bij voortdurend van de voorlopige hechtenis wordt het beeld niet echt rooskleuriger. In 48% van de gevallen is bij de voorgeleiding bij de RC geen raadsman aanwezig. Een derde van de advocaten bezoekt de cliënt binnen één week in het Huis van Bewaring, een derde binnen vier weken en een vierde later dan vier weken; 50% van de advocaten komt één of twee keer voor de zitting op bezoek, 42% meer dan twee keer (het gaat hier vaak om gekozen advocaten) en 6% komt helemaal niet voorafgaande aan de zitting.

In het kader van dit onderzoek is ook een aantal advocaten ondervraagd en opvallend is dat zij vrijwel allen de cliënt het advies geven te bekennen als de cliënt toegeeft het feit te hebben gepleegd. Slechts één advocaat wijst alleen op de consequenties van be- of ontkennen. Het merendeel van de advocaten vindt de aanwezigheid tijdens de voorgeleiding bij de rechter-commissaris niet nodig omdat de rechter-commissaris capabel genoeg wordt geacht de zaak onpartijdig te beoordelen en de zaak na enkele dagen toch door de rechtbank nader zal worden bezien in verband met een eventuele gevangenhouding.

Schouten stelt in 1979 op basis van een onderzoek in 229 piketzaken vast dat slechts 19% van de ondervraagde advocaten vindt dat procesbewaking in de piketfase een taak van de advocaat is, 52% van de advocaten ziet het geven van voorlichting als belangrijkste taak en 64% het geven van hulp op niet juridisch gebied⁴⁸⁵.

Ook tijdens het Jonge Balie Congres in 1985, dat de advocaat in de voorfase van het strafproces tot onderwerp heeft, hekelt Staal, commissaris van politie te Almere, de kwaliteit van de rechtshulp van de advocaat. Hij stelt dat tegenover de ervaren rechercheur op het politiebureau, vaak de jonge onervaren stagiaire staat

483 De relatief korte duur van de gesprekken wordt ook genoemd in het onderzoek naar vroeghulp aan jongeren van Holman e.a. 1985, p. 27 en 36 waarin zij constateren dat het opvallend is dat het bezoek van de advocaat vaak erg kort duurt zeven keer tussen 2-5 minuten, zes keer tussen 10-15 minuten en twee keer 60 minuten. Zij stellen vast dat de advocaat vooral informatie geeft en het gespreksonderwerp bepaalt. Jongeren weten nauwelijks wat advocaat voor hen kan doen. Zij waarderen het bezoek met name omdat dit een afwisseling is waarvoor ze even de cel uit kunnen.

484 Dirksen e.a. 1975, p. 32.

485 Schouten 1979, p. 294-295.

die slecht op de hoogte is van de toepasselijke strafprocessuele bepalingen. Maar hij vindt die rechtsbijstand ook niet bijzonder belangrijk:

"Dit geheel overziend en zich vooral bedenkend dat sporadisch iemand ten onrechte voorlopig gehecht wordt, is het niet verwonderlijk dat het geloof in het nut van een raadsman gedurende het politieonderzoek niet bijzonder groot is. Men kan nog zulke ideële en rechtstheoretisch juiste opvattingen over de functie van de raadsman hebben, maar het algemeen beeld is toch dat het optreden (vaak tot en met de zitting) het vervullen van een formaliteit is. Slechts bij uitzondering is er bij het strafproces sprake van een geding in de ware zin van het woord. Selectiviteit in politietoetredingen, sepotbeleid en kwaliteit van de rechterlijke macht in ons land vormen de reden van deze constatering. Niet zelden vervult de rechter in zijn straftoemeting als het ware de rol van de advocaat"⁴⁸⁶.

In 1987 heeft het Bajesoverleg een enquête gehouden onder 190 gedetineerden en daarbij komen gelijksoortige, zij het 'iets' betere resultaten boven water dan in de hiervoor genoemde gedane onderzoeken tien jaren eerder: in gemiddeld 20% van de gevallen woonde de raadsman belangrijke zittingen in het kader van de voorlopige hechtenis niet bij en kwam hij niet bij de cliënt op bezoek; 37% van de ondervraagden stelden onvoldoende te zijn geïnformeerd. Het Bajesoverleg wijt deze resultaten aan de lage prioriteit voor strafzaken, de rechtsbijstand door stagiaires, de lage deskundigheidseisen voor deelname aan de piketdienst en het systeem van vergoedingen⁴⁸⁷. In een reactie op de enquête van het Bajesoverleg wijt Mols de slechte kwaliteit van de rechtshulp voornamelijk aan het feit dat veel advocaten uit omzetoverwegingen piketzaken doen terwijl zij de deskundigheid en attitude voor het doen van strafzaken missen. Hij beaamt dat de drempel tot de strafpiket te laag is. In 1987 worden de piketzaken, zeker als men er weinig tijd aan besteedt, redelijk vergoed en de piketadvocaat wordt vrijwel automatisch aan de cliënt toegevoegd als deze in voorlopige hechtenis blijft⁴⁸⁸.

Gelet op het hiervoor gaande is het niet verwonderlijk dat er twijfels zijn geuit, zo de raadsliden al tot het politieverhoor worden toegelaten, of de advocatuur wel bereid en in staat zal zijn de noodzakelijke rechtsbijstand te bieden. Ook het door de advocatuur aangehaalde argument dat de advocaat tijdens de piketfase bij de advisering van de verdachte buiten spel staat omdat de meeste verdachten toch al hebben bekend en de advocaten de politieverhoren niet kunnen bijwonen, steekt nogal schrijnend af tegen het gegeven dat de advocaat er kennelijk vaak een of twee dagen overheen laat gaan, voordat hij de verdachte na de in verzekeringstelling bezoekt en niet zo snel mogelijk komt, ten einde te voorkomen dat er reeds verklaringen worden afgelegd voordat de verdachte met de advocaat heeft kunnen overleggen. Door de bank genomen wordt er erg weinig tijd in strafzaken gestoken.

Anderzijds kunnen de financiële gevolgen verbonden aan tijdrovende rechtsbijstand tijdens de politieverhoren niet over het hoofd worden gezien. Van de advocatuur kan immers niet worden verwacht dat deze rechtsbijstand kosteloos wordt

486 B. Staal 1985, p. 8-9; zie voor reacties op deze stelling: Van Haaren 1986.

487 Ervaringen van gedetineerden met advocaten in strafzaken, NJB 1987, p. 229.

488 Mols 1987.

verstrekt. Fijnaut merkt dan ook op dat er condities moeten worden gecreëerd die bevorderen dat het recht op rechtsbijstand tijdens de politieverhoren optimaal kan worden benut. Hierbij denkt hij aan een regeling waarin een automatische toevoeging tijdens de in verzekeringstelling wordt veiliggesteld en waarin de verhouding tussen de voortgang van het onderzoek en het recht op bijstand tijdens politieverhoren wordt bepaald en waarin de positie van de raadsman tijdens het verhoor wordt omschreven. Ook wijst hij erop dat de advocatuur stappen zal moeten ondernemen om de kwaliteit van de rechtshulp die ze verdachten juist met het oog op het afleggen van verklaringen moet bieden, zal dienen te verbeteren. Hierbij gaat het niet alleen om strikt juridische scholing: er zal ook een bezinning moeten plaatsvinden binnen de Orde op de ethische problemen die bij de rechtsbijstand aan verdachten in dit kader spelen en de organisatie van de rechtsbijstand met het oog op het bijwonen van deze verhoren⁴⁸⁹. Maar zover zal het, zoals hiervoor reeds is aangegeven, niet komen. De aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor verdwijnt in de jaren tachtig van de politieke agenda.

1.10 De verzakelijking van de jaren tachtig en negentig

Vanaf de jaren tachtig wordt het samenstel van factoren dat van invloed is op de positie van de advocaat in het strafproces complexer. Er zijn verschillende ontwikkelingen gaande, die van invloed zijn op de positie van de verdediging en die elkaar wederzijds beïnvloeden: de juridisering van het strafproces, de professionalisering van de verdediging en de intensivering van criminaliteitsbestrijding. Op deze ontwikkelingen zal hierna eerst afzonderlijk worden ingegaan. Vervolgens komt een aantal actuele thema's aan de orde, die door voormelde ontwikkelingen zijn ontstaan, zoals de noodzaak van een alerte verdediging, het toegenomen antagonisme tussen de verdediging en het OM en de aandacht voor de moraal en beroepsethiek van de strafrechtadvocaat.

1.10.1 *Juridisering van het strafproces: versterking van de positie van de verdediging*

De strijd om de aanwezigheid van de advocaat bij het politieverhoor mag dan uiteindelijk wel zijn verloren⁴⁹⁰, de in de jaren zeventig geuite kritiek, dat door de verschuiving van het zwaartepunt van het strafrechtelijke onderzoek naar de fase voorafgaande aan de terechtzitting, de controle op de rechtmatigheid van het vooronderzoek te wensen overlaat en dat de rechten van de verdediging daardoor worden uitgehold, is door de rechter niet onbeantwoord gebleven⁴⁹¹. Na 1978 komt de jurisprudentie op het gebied van de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs, waartoe in het tweede bloedproefarrest⁴⁹² een aanzet is gedaan, tot

489 Fijnaut 1987, p. 500.

490 Zie § 1.9.2.5.

491 Zie voor een beschrijving van deze ontwikkeling Remmelink 1980, p. 53-59; Fokkens en Mulder 1984; Moons 1988 en Nijboer 1997, p. 115-187.

492 HR 26-6-1962, NJ 1962, 470.

volle ontwikkeling⁴⁹³. Niet alleen de resultaten van schending van wettelijke voorschriften in het vooronderzoek kunnen als onrechtmatig verkregen bewijs uitgesloten worden, ook handelingen waarbij een inbreuk wordt gemaakt op grondrechten van verdachten of (nog) niet verdachte burgers, zonder dat deze op een wettelijke regeling zijn gebaseerd en schendingen van beginselen van een goede procesorde bij de hantering van wettelijke bevoegdheden⁴⁹⁴, kunnen tot onrechtmatig verkregen bewijs en bewijsuitsluiting leiden. Schendingen van geschreven of ongeschreven processuele normen, waardoor grove inbreuken op de rechten van de verdachte worden gemaakt, kunnen bovendien leiden tot niet ontvankelijkheid van het OM⁴⁹⁵. De jurisprudentie omtrent onrechtmatig verkregen bewijs is gestimuleerd door de doorbreking van de zogenaamde 'papieren muur' in de cassatierechtspraak van de Hoge Raad⁴⁹⁶. De doorbreking van de 'papieren muur' heeft mogelijk gemaakt dat de Hoge Raad voor de beoordeling van de feiten die aan de middelen ten grondslag liggen, niet alleen kennis neemt van de vonnissen en arresten en processen-verbaal van de terechtzittingen in feitelijke aanleg, maar ook te rade kan gaan bij de andere stukken die zich in het dossier bevinden. Daardoor kan de Hoge Raad ingrijpen ingeval de processuele rechten van de verdachte zijn geschonden, ook als dat niet blijkt uit de rechterlijke uitspraak of het proces-verbaal van de terechtzitting⁴⁹⁷. In het kader van de jurisprudentie met betrekking tot onrechtmatig verkregen bewijs wordt in deze tijd ook met de toetsing van de geoorloofdheid van opsporingsmethoden een begin gemaakt. In verband met de toegenomen belangstelling voor het middel van infiltratie als opsporingsmethode tegen het einde van de jaren zeventig, is in de jurisprudentie de vraag aan de orde gesteld, of het inzetten van undercover agenten toelaatbaar is. Hierop is door de Hoge Raad het zogenaamde Tallon-criterium ontwikkeld: zolang de verdachte door het inzetten van een infiltrant niet gebracht wordt tot andere handelingen dan waarop zijn opzet reeds gericht was, wordt infiltratie toelaatbaar geacht⁴⁹⁸. Ook worden aan de inzet van infiltranten de voorwaarden gesteld dat het openbaar ministerie dit moet goedkeuren en dat de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in acht dienen te worden genomen⁴⁹⁹. De rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van het vooronderzoek heeft voor de verdediging, aanzienlijke perspectieven geopend voor het voeren van juridische verweren die de vervolgingsmogelijkheden van het openbaar ministerie en de bewijsbeslissing kunnen beïnvloeden. Daarbij speelt ook een tweede ontwik-

493 Een belangrijke aanzet daartoe is gedaan door A.A.G. Peters in zijn noot in *Ars Aequi* bij het Marconist-arrest, HR 7-12-1962, AA 1973, p. 236-253. Zie verder voor een uitgebreide verwijzing naar literatuur over het leerstuk van onrechtmatig verkregen bewijs in deze tijd, bijvoorbeeld 't Hart 1994, p. 115; Corstens 1999, p. 655-663 en Nijboer 1997, p. 142-159.

494 Zie Lensing 1988 II; Cleiren 1989 en Cleiren 1990 II.

495 De Hoge Raad wilde hiervan aanvankelijk niet weten maar ging 'om' in HR 22-12-1981, NJ 1982, 233; zie voor een overzicht van de ontwikkeling van de jurisprudentie ten aanzien hiervan Wortel 1989 en Cleiren 1989, hoofdstuk 3, m.n. § 3.4.2.

496 Zie bijvoorbeeld HR 19-10-1971, NJ 1972, 493.

497 Zie Moons 1988; Remmelink 1980.

498 HR 4-12-1979, NJ 1980, 356; zie ook Frielink 1990.

499 Frielink 1990, p. 27-33.

keling in de jurisprudentie een rol: de verscherping van de motiveringseisen. Sinds 1972 wordt sneller aangenomen dat er sprake is van een verweer in de zin van artikel 358 lid 3 Sv⁵⁰⁰, dat gemotiveerd dient te worden weerlegd en wordt ook ten aanzien van een aantal bewijsverweren, waaronder een verweer dat het bewijs onrechtmatig is verkregen, een gemotiveerde weerlegging vereist⁵⁰¹. Ook deze motiveringsplicht is van belang voor de verdediging omdat de rechter in de eerste plaats gedwongen wordt, op bepaalde verweren expliciet te reageren en zijn standpunt inzichtelijk te maken. In de tweede plaats kan de door de rechter gehanteerde motivering in appel en cassatie expliciet ter toetsing worden voorgelegd. De verscherpte motiveringsplicht heeft het tegensprekelijke karakter van het strafproces versterkt.

Tot slot is ook de betekenis van het EVRM⁵⁰² voor het strafproces, welk verdrag eigenlijk pas in de jaren zeventig echt in de Nederlandse strafrechtspleging werd 'ontdekt'⁵⁰³, voor de positie van de verdediging van groot belang. Hoewel de rechterlijke toetsing aan het verdrag slechts langzaam op gang is gekomen en er op het gebied van het strafproces sprake is van een restrictieve, zo niet minimalisistische, interpretatie van de diverse toepasselijke bepalingen van het EVRM door de Nederlandse rechter⁵⁰⁴, is de invloed van de Conventie en de Straatsburgse rechtspraak op vrijwel alle facetten van het strafproces sinds de jaren tachtig niet meer weg te denken. Door een autonome en dynamische interpretatie van de aan artikel 6 EVRM⁵⁰⁵ ten grondslag liggende beginselen, zoals o.a. het beginsel van

500 Namelijk dat de verwerping van uitdrukkelijk voorgedragen verweren ten aanzien van de nietigheid van de dagvaarding of de ontvankelijkheid van het OM of de strafbaarheid van het feit of de aanwezigheid van een strafverminderings- of strafuitsluitingsgrond gemotiveerd dienen te worden.

501 Zie Fokkens en Mulder 1984, p. 17-18 en Nijboer 1997, p. 160 e.v., waarin o.a. gewezen wordt op de 'Meer en Vaart' jurisprudentie.

502 Op het IVBPR wordt in mindere mate een beroep gedaan, hetgeen waarschijnlijk het gevolg is van de omstandigheid dat de het individuele klachtrecht op grond van het EVRM een grote vlucht heeft genomen, ten gevolge waarvan een uitgebreide jurisprudentie is ontstaan van het EHRM.

503 Zie voor een historisch overzicht van de invloed van het EVRM Swart 1989; Myjer 1990 en voor de implicaties van het verdrag voor de advocatuur de preadviezen van Baauw 1981 en Alkema 1981.

504 Zie Alkema 1975, p. 23, die beschrijft dat de rechterlijke toetsing aan de conventie zich tussen twee uitersten beweegt: "Neemt de rechter een 'Europese' houding aan dan treedt hij op als handhaver van de Europese rechtsorde in eerste aanleg; hij is het die het conflict tussen het nationale en het Europese recht beslist. Daarentegen brengt een meer 'nationale' houding mee - hetgeen in Nederland intussen gebruikelijk is - dat de rechter het conflict juist uit de weg gaat. De beslissing valt dan - als de burger voldoende doorzettingsvermogen heeft - in Straatsburg, niet bij de nationale rechter. Deze probeert zoveel mogelijk de nationale uitvoering als zijnde in overeenstemming met de Conventie te interpreteren" p. 23; zie verder ook Baauw 1980; Von Brucken Fock 1983; Moons 1988, p. 96-97; Swart 1989; Myjer 1990; Swart 1993; Myjer 1996 II.

505 Ook de Straatsburgse jurisprudentie op de artikelen 5 en 8 EVRM zijn van belangrijke betekenis, zoals is gebleken uit de uitspraken van het EHRM in de zaken EHRM 08-10-1987, Lamy, A 151 (inzage in processtukken in het kader van de voorlopige hechtenis), EHRM 29-11-1988, Brogan, 145-B (termijn van voorgeleiding voor de rechter bij voorlopige hechtenis),

equality of arms, het nemo tenetur beginsel, de presumptie van onschuld, het recht op rechtsbijstand en het recht getuigen te horen is er door het EHRM een rijke en fijnmazige jurisprudentie ontwikkeld die door de directe werking van het EVRM op grond van de artikelen 93-95 van de Grondwet, in iedere strafrechtelijke procedure kan worden ingeroepen⁵⁰⁶. De versterking van de positie van de verdachte is mede te danken aan de drie grondbeginselen die het EHRM in het kader van een recht op een eerlijk proces heeft ontwikkeld, namelijk het beginsel van een 'adversarial trial', het onmiddellijkheidsbeginsel en het beginsel van 'equality of arms', welke beginselen het meest prominent aan de orde zijn bij het horen van belastende getuigen⁵⁰⁷. Ook Nederland is door het EHRM in individuele klachtzaken herhaaldelijk op de vingers getikt, hetgeen de aanvankelijke zelfgenoegzaamheid, als zou de Nederlandse strafpraktijk ruimschoots aan de Straatsburgse eisen van een eerlijk proces voldoen, aanzienlijk op de proef heeft gesteld. Een van de meest opvallende voorbeelden, is de rechtspraak op het gebied van de anonieme getuige. Nadat het EHRM in de Kostovski-zaak⁵⁰⁸, tot schrik van de Nederlandse justitie, unaniem tot een veroordeling was gekomen van de Nederlandse praktijk met betrekking tot veroordelingen op basis van anonieme getuigenverklaringen, omdat de verdedigingsbelangen daarbij onvoldoende tot hun recht konden komen, werd voorzien in een wettelijke regeling om bedreigde getuigen middels anonimiteit te beschermen, de artikelen 226a e.v. Sv⁵⁰⁹, waarin naar de mening van de wetgever, de verdedigingsbelangen voldoende zouden zijn gewaarborgd⁵¹⁰. Vervolgens werd Nederland voor de tweede keer op de vingers getikt in de Van Mechelen-zaak, waarin het verhoor van anonieme getuigen con-

EHRM 24-04-1991, Hüvig en Krüslin, NJ 1991, 523 (toelaatbaarheid telefoontap) en EHRM 28-03-1992, Campbell, A 233 (vertrouwelijkheid relatie advocaat cliënt).

506 Zie o.a. Den Hartog 1992; Harteveld e.a. 1996; Kempees 1996/1998; Van Dijk/Van Hoof 1998; Swart 1999; Lawson en Myjer 2000.

507 Zie Den Hartog, T&C Sv 1999, aant. 9 bij art. 6 EVRM; dat de vereisten van artikel 6 EVRM zijn geënt op de bescherming van de rechten van de verdachte, is door het EHRM expliciet uitgedrukt in de zaak Adolf, EHRM 26-3-1982, Series A, Vol. 49, § 30: "In particular, the applicant's situation under the domestic legal rules in force has to be examined in the light of the object and purpose of Article 6, namely the protection of the rights of the defence".

508 EHRM 20-11-1989, NJ 1990, 245. De Nederlandse praktijk, waarbij het mogelijk was verdachten uitsluitend op grond van anonieme getuigenverklaringen en zonder dat de verdediging in de gelegenheid was gesteld deze getuigen te ondervragen werd al langer bekritiseerd, zie bijvoorbeeld Swart 1986 II; Corstens 1987 IV; Spronken 1988 II.

509 Wet van 1 november 1993, Stb. 603, in werking getreden op 1 februari 1994.

510 Zie voor een algemene bespreking met literatuurverwijzing Nijboer 1997, p. 122-141. De meningen over de implicaties van het Kostovski-arrest liepen nogal uiteen. Een aantal schrijvers was de mening toegedaan dat het gebruik van anonieme getuigenverklaringen niet in overeenstemming met het EVRM voor het bewijs zouden kunnen worden gebruikt: Mols 1989 II; Beijer 1990; Prakken 1990 II. Anderen waren van mening dat het Kostovski-arrest wel ruimte liet voor anonieme getuigenverklaringen, mits de handicaps van de verdediging zouden worden gecompenseerd door een strengere rechterlijke toetsing, zie m.n. Von Brucken Fock 1990. Uiteindelijk werd in de wettelijke regeling van art. 226a e.v. gekozen voor de visie van von Brucken Fock: anonieme verklaringen kunnen voor het bewijs dienen door een aanscherping van de rechterlijke toetsing, waarbij de mogelijkheden voor de verdediging de getuige te ondervragen zeer kunnen worden beperkt.

form de (later in werking getreden) regeling van 226a e.v. Sv had plaatsgevonden⁵¹¹.

De metamorfose die sinds de jaren zeventig zichtbaar wordt in de jurisprudentie op het gebied van strafprocessuele waarborgen, is mede ontstaan uit een wisselwerking van door de verdediging gevoerde verweren en daarop volgende rechterlijke beslissingen. Kennelijk is er ook binnen de advocatuur een kentering gekomen in de houding ten opzichte van strafzaken, die voorheen werd gekenmerkt door een gebrek aan interesse, inzet en kwaliteit⁵¹². De uitbreiding van de strafprocessuele mogelijkheden gaat – en dat is niet toevallig – gepaard met aandacht voor de kwaliteit en opleiding van de advocaat. Kennis van de techniek van het strafproces en de vaardigheden deze techniek in het voordeel van de verdachte aan te wenden, komen steeds meer op de voorgrond te staan. Overigens past deze ontwikkeling in een meer algemene lijn binnen de advocatuur waarin professionaliteit van de dienstverlening een steeds belangrijker aandachtspunt wordt. Niet onbelangrijk is bovendien dat de vergoedingen voor de gefinancierde rechtsbijstand sinds de jaren zeventig aanzienlijk zijn verbeterd ten opzichte van de daarvoorafgaande jaren⁵¹³.

1.10.2 Professionalisering van de verdediging

Vanaf de jaren zestig ontstaat er met name onder de jonge aankomende advocaten ontevredenheid over de opleiding. Nederland is binnen Europa het enige land waarin men zonder enige nadere examinering, na een stageperiode van drie jaren, die geheel naar eigen inzicht van de patroon en stagiaire kan worden ingericht, zelfstandig advocaat kan worden. Door de kritiek die wordt geleverd op de kwaliteit van de dienstverlening⁵¹⁴ van de advocaat, komt er meer aandacht voor opleiding⁵¹⁵. Met name vanuit de Jonge Balie's worden cursussen georganiseerd voor

511 EHRM 23-04-1997, NJ 1997, 635; zie voor besprekingen van dit arrest: Myjer 1997 II; Van Hoorn en Nijboer 1997; Schalken en Rozemond 1997; Spronken 1997; Garé en Spronken 1997. Over de implicaties van deze uitspraak wordt nog voortgeprocedeerd. In de Van Mechelen-zaak achtte het EHRM het ondervragingsrecht van de verdediging op ontoelaatbare wijze beperkt, hoewel de verdediging in de gelegenheid was geweest de anonieme getuigen via een telecommunicatieverbinding te horen. Vooralsnog lijkt de Hoge Raad zich hiervan niet veel aan te trekken en heeft in een zaak waarin eveneens een anonieme getuige slechts door middel van een telecommunicatieverbinding door de verdediging kon worden gehoord, niet in strijd met het recht op een eerlijk proces geacht, HR 30-6-1998, NJ 1999, 88; Naar aanleiding hiervan is een klacht ingediend in Straatsburg zie Spronken 2000 III. Deze klacht is echter niet ontvankelijk verklaard, EHRM 04-07-2000, Kok, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 171, zie over deze uitspraak ook Mols 2000.

512 § 1.6, § 1.7 en § 1.9.2.5.

513 Bij KB van 11 oktober 1976, Stb. 528, zijn de vergoedingen met bijna 100% verhoogd, zie: Verhoging toevoegingsvergoedingen in strafzaken op 1 januari 1977, Advocatenblad 1976, p. 570-571.

514 Zo blijkt uit een WODC-onderzoek niet alleen de wat laatdunkende houding van de rechters tegenover de advocaat, maar in samenhang hiermee ook een gebrek aan kwaliteit, Van Duyné 1985 en een aantal besprekingen van dit rapport: Koster 1985; Invloed van advocaat op rechterlijke beslissing. Een WODC-onderzoek, Rubriek Advocatuur DD 1986, p. 169-171.

515 Zie voor een schets van deze ontwikkeling Henssen 1998, m.n. p. 248-252.

beginnende stagiaires die vooral praktijkgericht zijn. Door de toenemende complexiteit van overheidsregulering en wetgeving groeit de vraag naar rechtshulp en de balie groeit navenant. Vanaf het begin van de jaren zeventig neemt het aantal stagiaires enorm toe. In 1976 richt het Landelijk Voorzittersoverleg van de Jonge Balie de Stichting Stagiaire Opleiding op van waaruit cursussen worden gegeven die zijn gericht op het bijbrengen van kennis en vaardigheden. Binnen de Orde worden voorbereidingen getroffen voor een beroepsopleiding voor de beginnende stagiaires. Aandacht wordt vooral besteed aan de processuele aspecten van de civiele- en de strafpraktijk en vaardigheden zoals de communicatie met de cliënt en het pleiten op zittingen. Uiteindelijk spreekt de Orde zich uit voor een verplichte beroepsopleiding die in de stageverordening van 9 juni 1988 wordt gerealiseerd⁵¹⁶.

Naast de ontwikkeling van opleidingsactiviteiten is de toegenomen aandacht vanuit de advocatuur voor het strafproces vanaf het begin van de jaren zeventig ook af te leiden uit de literatuur waarin vanuit het advocatenperspectief aandacht wordt besteed aan de strafpraktijk⁵¹⁷. In eerdere handleidingen voor de advocatenpraktijk was er, afgezien van het ethische vraagstuk wat een advocaat te doen staat indien hij een verdachte bijstaat die tegenover hem bekennt, maar in rechte wil blijven ontkennen, nauwelijks aandacht voor de juridische aspecten van de strafpraktijk⁵¹⁸. In 1971 verschijnt het boek *Verdediging in strafzaken* van de hand van een aantal jonge strafrechtadvocaten die hun praktijkervaringen hebben verzameld en op schrift gesteld⁵¹⁹. De opzet is beperkt en bedoeld voor beginnende advocaten. De verschillende hoofdstukken volgend de chronologie van het strafproces, met zoveel mogelijk praktische wenken en tips. Uit het voorwoord bij de eerste druk kan worden afgeleid dat de schrijvers een pragmatische beroepshouding voorstaan:

"In dit boekje is getracht de mogelijkheden, die de wet biedt aan de verdachte en zijn raadsman aan te duiden. Dat impliceert geenszins een aansporing om in elke strafzaak tot het uiterste te gaan. De samenstellers zijn zich er terdege van bewust, dat voortijdig overleg en een goede samenwerking met het openbaar ministerie en de rechterlijke macht veel meer effect kan sorteren, dat wil zeggen veel meer in het belang van de cliënt kan zijn, dan nodeloze muggenzifterij".

516 Verordening van 9 juni 1988, Stert. 1988, 127, ook gepubliceerd in *Vademecum Advocatuur*, Wet- & regelgeving 2000, p. 311 e.v.

517 De opkomst van belangstelling voor de strafpraktijk vanuit de advocatuur blijkt ook uit de keuze van onderwerpen voor Jonge Balie Congressen: De advocaat en straf op maat, Congresbundel Jonge Balie Congres 1980, Tjeenk Willink, Zwolle 1980; Bewaring verzekerd? De advocaat in de voorfase van het strafproces, Congresbundel Jonge Balie Congres 1985, Tjeenk Willink, Zwolle 1985; Niets dan de waarheid. Getuigenbewijs in het civiel- en strafrecht, Congresbundel Jonge Balie Congres 1988, Tjeenk Willink, Zwolle, 1988.

518 Zie Emmering 1960, p. 106-124 en 247-253; Wichers Hoeth 1964, p. 38-46; Algemene Raad Nederlandse Orde van Advocaten, *Advocaat en procureur*, 's-Gravenhage, 1965, p. 12-13 en 38-40.

519 Aerts e.a. 1971 (5e druk 1987).

Uit de omstandigheid dat tussen 1971 en 1987 vijf drukken zijn verschenen van het boek, blijkt dat het zeker heeft voorzien in een behoefte⁵²⁰. Pretentieuzer is de opzet van een losbladig handboek Advocaat en praktijk dat in 1979 bij uitgeverij Samsom, Alphen a/d Rijn verschijnt⁵²¹. In dit boek komen de verschillende aspecten van de advocatenpraktijk aan de orde en het bevat ook een onderdeel strafpraktijk dat uitvoerig ingaat op de positie van de advocaat in strafzaken in zijn algemeenheid en de taak van de advocaat in de verschillende stadia van het strafproces⁵²². De opvatting van de bij het strafrechtelijk gedeelte betrokken auteurs met betrekking tot de taak van de advocaat in het strafproces is klassiek. Zij gaan uit van de eenzijdige maar toch objectieve advocaat, die zich onafhankelijk dient op te stellen ten aanzien van het OM, de rechter en de cliënt. Identificatie met de cliënt wordt niet aanbevolen en is voor een goede verdediging ook niet noodzakelijk, omdat de werkzaamheden van de advocaat voornamelijk zijn gericht op het overtuigen van de rechter⁵²³. De uitgave van Advocaat en praktijk is in 1990 gestaakt. Dit houdt wellicht (mede) verband met de in 1983 verschenen losbladige uitgave Vademecum Strafzaken⁵²⁴, waarvan de formule veel gelijkenis vertoont met die van Advocaat en praktijk maar waarvan de inhoud een completere praktische handleiding voor de strafpraktijk vormt.

1.10.2.1 Stichting Strafrechtpraktijk

Naast de hiervoor gememoreerde algemene opleidingsactiviteiten stimuleert de Orde van Advocaten ook een gespecialiseerde opleiding voor strafrechtadvocaten, waarmee een verbetering van de kwaliteit van de rechtsbijstand in strafzaken wordt nagestreefd. Het rapport Verdediging in de aanval propageert, dat voor het effectief optreden in strafzaken specialisatie en een gespecialiseerde opleiding is vereist⁵²⁵. De oorzaken van de misstanden in de verdediging in strafzaken worden onder andere gezocht in het ontbreken van deskundigheid en ervaring van de advocaat⁵²⁶. Op 17 februari 1975 richt de Orde de Stichting Strafrechtpraktijk op⁵²⁷, die tot doel heeft: "a. de opleiding en scholing van advocaten in het strafrecht, al

520 Koster 1982 I.

521 P. Mout, H. Schootstra, M. Wladimiroff, Chr. Westerman (red.), Advocaat en praktijk, Samsom, Alphen a/d Rijn.

522 De Brauw 1979; Schootstra 1979 I; Wladimiroff 1987; Wladimiroff 1979; Schootstra 1990; P. Mout 1979 I; P. Mout 1979 II.

523 Koster 1982 II.

524 Onder redactie van G.J.M. Corstens, N. Keijzer, E.P.R. Sutorius.

525 Zie Verdediging in de aanval 1972, p. 83-88; zie ook § 1.7.1.3 en § 1.7.1.5.

526 Zie ook Aerts 1972, p. 63-67, die naast het ontbreken van deskundigheid en ervaring wijst op het feit dat voornamelijk beginnende stagiaires in strafzaken optreden en dat de vergoedingen voor toegevoegde rechtsbijstand slecht zijn. Ook Bol en d'Anjou 1977 pleiten voor een opleiding tot gespecialiseerde strafrechtadvocaten. Zij zijn echter daarnaast van mening dat het ook schort aan de mentaliteit van de advocaat die in strafzaken eerder geneigd is het overheidsperspectief voorop te stellen dan de belangen van de cliënt.

527 Notulen vergadering College van Afgevaardigden, Advocatenblad 1975, p. 547 e.v. De bestuursleden van de Stichting zijn P.J.W. de Brauw (voorzitter), H. Kuijper, P. Mout, M.J. Muller-Feris en A.W. Schrapel-van Manen.

of niet in dienstverband van de stichting en b. het stimuleren en ondernemen van experimenten met betrekking tot de op het strafrecht gerichte rechtspraak⁵²⁸. Het is de bedoeling dat de Stichting advocaten in dienst neemt voor de duur van hun opleiding en zorg draagt voor begeleiding. Gemikt wordt op in het strafrecht geïnteresseerde advocaten die na de opleiding blijvend voor de strafpraktijk behouden blijven. Het ministerie van justitie ondersteunt het initiatief en de minister zegt toe te bevorderen dat aan de betrokken advocaten circa 140 traftoevoegingen per jaar zullen worden verstrekt. Indien hieruit niet voldoende inkomsten kunnen worden gegenereerd kan de Stichting met subsidie van de staat het inkomen van de betrokken advocaten aanvullen⁵²⁹.

De Stichting start op experimentele basis met 2 tandems van 2 advocaten respectievelijk op 1 mei 1976 in Nijmegen (mr. Denie en Wijnveldt) en op 1 november 1976 in 's-Gravenhage (mr. Wladimiroff en Spong). Het dienstverband met de Stichting wordt voor drie jaren aangegaan. Het Haagse tandem wordt een succes, en zet op 31 oktober 1979 na het einde van het dienstverband samen de praktijk voort. Het Nijmeegse tandem wordt na einde van het dienstverband opgeheven. Denie verlaat de advocatuur en treedt toe tot het OM en Wijnveldt associeert zich met het kantoor De Vries Robbé & Muller.

In het verslag naar aanleiding van het experiment is de Stichting overwegend positief⁵³⁰. De opleidingscomponent die bij aanvang voor ogen stonden, namelijk dat 20% van de tijd zou worden besteed aan extra scholing in het straf- en strafprocesrecht en stages bij het parket, strafgriffie, reclassering en politie, blijkt in verband met het feit dat deze niet te combineren was met het voeren van de praktijk, niet haalbaar te zijn geweest. Desalniettemin levert de mogelijkheid om een groot deel van de tijd te besteden aan strafzaken, volgens de Stichting een enorme kwaliteitsverbetering van de rechtsbijstand op. Het was aanvankelijk de bedoeling dat de Stichting ook nog een derde tandem zou opstarten. Dit is echter niet gelukt. Als oorzaak geeft de Stichting aan, dat het door de toename van het aantal stagiaires dat strafzaken doet, een groot probleem vormt het vereiste aantal traftoevoegingen voor 'tandemadvocaten' te reserveren. De ervaringen met het experiment geven de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten geen aanleiding alsnog te stimuleren nieuwe tandemkantoren op te starten. Hieraan ligt ook de omstandigheid ten grondslag dat van de zijde van het ministerie van justitie de subsidiëring wordt stopgezet. Wel is er tussen de Algemene Raad en de Stichting Strafrechtpraktijk besproken dat de opleiding voor advocaten die werkzaam zijn in de strafpraktijk moet worden verbeterd.

Dan wordt het een tijd stil rondom de Stichting Strafrechtpraktijk. Pas acht jaren later worden de plannen om te komen tot een voortgezette opleiding voor ervaren advocaten die zich willen specialiseren in het strafrecht door de Orde geactiveerd en wordt de Stichting Strafrechtpraktijk nieuw leven ingeblazen. In 1989 bereidt

528 Artikel 3 van de statuten; de stukken met betrekking tot de Stichting Strafrechtpraktijk bevinden zich in het archief van de Nederlandse Orde van Advocaten.

529 De Brauw e.a. 1975; De Stichting Strafrechtpraktijk, Rubriek Advokatuur DD, 1975, p. 508-509.

530 Zie voor een samenvatting van het verslag Van Hees 1979.

de Stichting Strafrechtpraktijk in samenwerking met het Willem Pompe Instituut van de Rijksuniversiteit Utrecht de opleiding Specialisatie Strafrecht voor, die in 1990 voor 16 advocaten van start gaat. Sindsdien vindt er jaarlijks een cursus van 20 dagdelen plaats voor 17 advocaten. In aanmerking komen advocaten met meer dan vijf jaar praktijkervaring op het gebied van het strafrecht en die ten minste een VSO-cursus⁵³¹ strafrecht hebben gevolgd. Sinds de start van de cursus overtreft het aantal inschrijvingen het aantal beschikbare cursusplaatsen⁵³². Vanaf 1996 is eveneens onder regie van de Stichting Strafrechtpraktijk in samenwerking met het Willem Pompe Instituut te Utrecht een Profileringscursus strafrecht, die als voorbereiding moet dienen op de specialisatiecursus, gestart. De cursus wordt jaarlijks gegeven voor maximaal 20 advocaten, die drie jaar praktijkervaring in de strafpraktijk hebben en een VSO-cursus strafrecht of een daaraan gelijk te stellen cursus hebben gevolgd.

1.10.2.2 *Specialisatie, publiciteit en reclame*

De ontwikkelingen rondom gespecialiseerde rechtsbijstand in strafzaken kunnen niet los worden gezien van de algemene ontwikkelingen op dit vlak binnen de advocatuur die nauw zijn verbonden met evolutie in de gedragsregels voor advocaten, die verband houden met publiciteit en reclame. Heikele onderwerpen binnen de balie, die iets zeggen over de beroepscultuur, zoals hierna mag blijken. Alhoewel al sedert de jaren dertig de noodzaak van specialisatie binnen de advocatuur is onderkend, is de Orde tot 1989 blijven vasthouden aan het uitgangspunt dat een specialisatie niet kenbaar mag worden gemaakt aan het publiek, omdat dat een vorm van reclame is en een advocaat geen reclame mag maken⁵³³. Onder reclame wordt verstaan het meewerken aan publiciteit indien daardoor op wervende wijze aandacht wordt gevestigd op het optreden als advocaat⁵³⁴. Halverwege de jaren zeventig, als de toegankelijkheid van de Orde voor de rechtzoekende en de kwaliteit van de dienstverlening ter discussie staan, komt er beweging in de gelederen van de Orde ten aanzien van het vraagstuk van specialisatie en publiciteit. Van Braam en Surie adviseren de Nederlandse Orde van Advocaten in 1972 specialisatie te bevorderen en formele belemmeringen daartoe op te heffen⁵³⁵. De plannen die daarover vervolgens binnen de Orde worden gemaakt leiden echter

531 VSO is de afkorting van Voortgezette Stagiaire Opleiding.

532 Gemiddeld worden circa 5 aanvragen afgewezen c.q. verwezen naar een volgende cursus.

533 Zie voor een historisch overzicht Minderhoud 1986, p. 341-343.

534 Regel 6 van Gedragsregels 1980; Verordening op de publiciteit 21 juni 1985, Stcrt 1985, 129, Advocatenblad 1985, p. 401-402, nader uitgewerkt in de Gedragsregels betreffende de publiciteit van advocaten 1986, Advocatenblad 1986, p. 358-360. Vóór 1980 waren de gedragsregels ten aanzien van reclame en publiciteit nog strenger en mocht de advocaat op geen enkele wijze meewerken aan publiciteit waarin de aandacht werd gevestigd op zijn optreden als advocaat, of hier nu sprake was van een 'wervende wijze' of niet (Regels 8 t/m 12 Ereregelen voor advocaten 1968). Het reclameverbod is in 1989 afgeschaft. Zie de nieuwe Verordening op de publiciteit, vastgesteld door het College van Afgevaardigden op 25 november 1988, Stcrt. 1988, 245 in werking getreden op 1 januari 1989, Advocatenblad 1988, p. 624-625.

535 Van Braam en Surie 1972.

voorlopig tot niets⁵³⁶. In 1985 wordt de Verordening op de publiciteit vastgesteld⁵³⁷, waarin wordt bepaald dat het de advocaat niet is toegestaan publiciteit te bedrijven die er kennelijk op gericht is in overwegende mate op wervende wijze de aandacht te vestigen op zijn optreden als advocaat, behoudens ter aankondiging van vestiging, verhuizing etc. In 1986 is de jaarvergadering van de Nederlandse Orde van Advocaten gewijd aan het onderwerp specialisatie. De algemene teneur in de preadviezen voor deze jaarvergadering is dat het niet langer houdbaar is de advocaat te verbieden zijn specialistische kennis publiek te maken, omdat het noodzakelijk is dat de buitenwereld meer inzicht krijgt in wat de advocaat doet. De cliënt moet weten met welk probleem hij bij welke advocaat het beste terecht kan⁵³⁸. Van der Meiden⁵³⁹, analyseert waarom het reclameverbod onder druk staat. De bezwaren tegen reclame en publiciteit gaan uit van het idee dat de status van de advocatuur als zijnde betrouwbaar, nobel en onaantastbaar, door wervende publiciteit zou kunnen worden geschaad. Dit idee is volgens Van der Meiden niet meer bij de tijd. Hij stelt dat het officium nobile van de advocatuur zich in een stadium van 'ontsokkeling' bevindt. Het status- en imago-verlies van de advocatuur wordt veroorzaakt door een aantal leden, dat zich niets gelegen laat liggen aan oude mores en door de nivellerende tendensen in de maatschappij in zijn algemeenheid⁵⁴⁰. Bovendien zijn er meer dienstverleners gekomen op het juridische vlak. De Orde ziet zich geconfronteerd met het probleem hoe er tegenover het publiek een duidelijker beeld kan worden geschapen van de dienstverlening van advocaten. Het publiek weet niet meer wat de advocaat te bieden heeft en de advocaat kan niet meer waarmaken dat hij een alleswetende generalist is. Van der Meiden noemt de bezwaren van de Orde tegen publiciteit eerder 'selfinterested' dan geïnspireerd door publieke verantwoordelijkheid. Demmering formuleert het in een toespraak gehouden tijdens een Nederlands-Duits Advocatensymposium over het onderwerp specialisme en publiciteit in december 1985 als volgt:

"Zoeken wij in de literatuur waarom advocaten geen reclame mogen maken, dan stuiten we al gauw op het nobile officium.

In de Middeleeuwen maakt het deel uit van de ridderscultuur, in de renaissance is het een intellectueel, solistisch en vrij beroep, één van de 'operae liberales'. De commerciële kant van het vak is ondergeschikt aan de intellectuele activiteit. De advocaat is een heer die in een statig huis op zelfgekozen uren nadenkt over de zaak van zijn cliënt. Daarvoor ontvangt hij geen loon maar een honorarium.

Ook in ander opzicht was de advocaat verheven boven maatschappelijk gewoel. Hij was die-naar van een één en ondeelbare Vrouwe Justitia. Gekleed in de toga en gebonden aan de oude spelvormen van het proces, was hij met uitsluiting gerechtigd haar toe te spreken. Zijn 'specialisme' was het recht, en dat is de gelijkheid der rechtssubjecten, niet de verscheidenheid

536 De Vries Robbé 1986, p. 352-353.

537 Verordening op de publiciteit 21 juni 1985, Stert. 1985, 129, in werking getreden op 1 oktober 1985, Advocatenblad 1985, p. 401-402.

538 Minderhoud 1986, p. 341-351; De Vries Robbé 1986.

539 Van der Meiden 1986.

540 Hij verwijst naar de alternatieve beweging in de advocatuur van de jaren zestig.

der rechtsregels. Het wettelijk proces-monopolie zoals dat in Nederland bestaat, is de uitdrukking en erkenning van dat 'specialisme'.

Een sociaal-economische bevoorrechte positie van de beroepsbeoefenaar, een cultureel bepaald rolpatroon en een wettelijk vastgelegde monopoliepositie: dat lijken globaal de factoren die specialisatie en reclame tegen gaan⁵⁴¹.

Dommering constateert dat de economische positie inmiddels gewijzigd is: commercie en concurrentie eisen kwaliteit en een doorzichtige prijsvorming⁵⁴². Opmerkelijk is dat de commerciële advocatuur in haar behoefte aan specialisatie en reclame een bondgenoot vindt in de sociale advocatuur die ook bekendheid wenst te geven aan de rechtsgebieden waarin zij is gespecialiseerd. Dat de verbodsbepaling op reclame desalniettemin erg lang heeft stand gehouden is een gevolg van een identiteitsconflict tussen de nobele rol van het vrije beroep en die van de commerciële dienstverlener, in combinatie met een defensieve opstelling van de kleine en middelgrote advocatuur, die het leeuwendeel van de advocatuur uitmaakt⁵⁴³. Deze zien zowel in de sociale als in de commerciële advocatuur grote concurrenten en zijn daarom wars van reclame en specialisatie. Dus komt er in 1985 een verbodsbepaling tot stand waarin niemand echt gelooft⁵⁴⁴. Dit reclameverbod is dan ook geen lang leven beschoren. Het wordt in de Publiciteitsverordening die in werking treedt per 1 januari 1989 afgeschaft⁵⁴⁵. Volgens deze laatste verordening mag de advocaat publiciteit bedrijven mits hij dat maar zorgvuldig doet, zich niet openlijk vergelijkt met andere met name genoemde advocaten en geen succespercentages vermeldt. Ten aanzien van de vermelding van een specialisatie blijft echter ook in artikel 5 van deze verordening staan, dat het de advocaat niet toegestaan is een specialisatie te vermelden, tenzij hij deze bevoegdheid aan een verordening van de Orde kan ontleen⁵⁴⁶. Aangezien de ver-

541 Dommering 1986, p. 81.

542 In 1995 zal de werkgroep Domeinmonopolie Advocatuur (Commissie-Cohen), in 1994 ingesteld door de ministers van justitie en economische zaken, tot de conclusie komen dat de concurrentie tussen rechtsbijstandverleners wordt belemmerd ten gunste van de advocatuur omdat een deel van de rechtsbijstand is voorbehouden aan advocaten. De commissie bepleit een ruimere toegangsmogelijkheden tot de Balie, hetgeen resulteert in een Verordening op de praktijkuitoefening van advocaten in dienstbetrekking van 27 november 1996, Stcrt. 1996, 239, waardoor ook juristen in dienst bij bedrijven, vakbonden, consumentenorganisaties en verzekeringmaatschappijen kunnen toetreden tot de advocatuur.

543 Circa 90 % van de advocatuur is in de periode van 1960-1990 gevestigd in kleine kantoren tot 5 advocaten. De helft hiervan is zogenaamde 'eenpitter', zie Klijn e.a. 1992, m.n. bijlage 2, p. 41.

544 Dommering 1986, p. 82.

545 Verordening op de publiciteit, vastgesteld door het College van Afgevaardigden op 25 november 1988, Stcrt. 1988, 245 in werking getreden op 1 januari 1989, Advocatenblad 1988, p. 624-625. Een van de redenen om tot afschaffing van het reclameverbod te komen was ook gelegen in de omstandigheid dat een volledig verbod op publiciteit die een wervend karakter zou kunnen hebben in strijd werd geacht met de vrijheid van meningsuiting ex artikel 10 van het EVRM, zie Dommering 1986, p. 83 en de toelichting op de Concept-verordening op de publiciteit van advocaten, Advocatenblad 1988, p. 375-378, m.n. p. 376-377.

546 Bij dit punt speelt de vraag wie er bepaalt wanneer een advocaat zich specialist op een bepaald gebied mag noemen, mag de advocaat dit zelf uitmaken of moet de Orde hiervoor kwa-

ordering op de belastingspecialisatie de enige verordening is die een specialisme regelt, belooft de Algemene Raad een algemene verordening op de specialisatie voor te bereiden. Tegelijkertijd wordt er echter ook gewerkt aan een wijziging van artikel 5 van de Publiciteitsverordening in die zin dat het de advocaat vrij staat publiekelijk melding te maken van zijn specialistische deskundigheid (let op het subtiële verschil tussen 'specialistische deskundigheid' en 'specialist!'). In 1989 brengt de Algemene Raad een Specialisatienota uit waarin, gelet op de voorgestelde wijziging van artikel 5 van de Publiciteitsverordening vraagtekens worden gezet bij de noodzaak van een aparte Specialisatieverordening. Er wordt aan getwijfeld of de Orde wel beschikt over een organisatorisch kader om deskundigheidswaarborgen voor specialisten te geven. Men verwacht dat door de verruiming van de publiciteitsmogelijkheden ten aanzien van de vermelding van een specialistische deskundigheid het publiek vanzelf wel zal worden geïnformeerd. Wel wordt in de nota een eerste aanzet gedaan om te komen tot kwaliteitsverbetering en deskundigheidsbevordering middels een permanente opleiding, waarbij de bijscholing kan worden georganiseerd door deskundigheids-groeperingen binnen de Orde zelf⁵⁴⁷. Artikel 5 van de Publiciteitsverordening wordt inderdaad per 1 januari 1990 gewijzigd in die zin dat de advocaat die aannemelijk kan maken dat hij beschikt over specialistische deskundigheid, daarvan publiekelijk melding mag maken⁵⁴⁸. Het toezicht op de naleving is overgelaten aan de tuchtrechter⁵⁴⁹.

De plannen om te komen tot permanente bijscholing hebben hun uitwerking gevonden in de Verordening Permanente Opleiding⁵⁵⁰ die sinds 1 januari 1996 van kracht is geworden en op grond waarvan iedere advocaat gedurende zijn gehele carrière jaarlijks een aantal opleidingspunten moet behalen⁵⁵¹.

liteitswaarborgen stellen door middel van opleiding en examens, zie Kuijper 1986 en De Vries Robbé 1986.

547 De Specialisatienota van de Algemene Raad, *Advocatenblad* 1989, p. 501-506.

548 Verordening tot wijziging van de Publiciteitsverordening 24 november 1989, *Stcrt.* 1990, 5, inwerkingtreding 1 januari 1990, *Advocatenblad* 1990, p. 62. Artikel 5 luidt dan:

"1. Het is de advocaat niet toegestaan in publiciteit tot uitdrukking te brengen dat hij over specialistische deskundigheid beschikt, tenzij de tot uitdrukking gebrachte deskundigheid op grond van de door hem verworven kennis en ervaring aannemelijk is.

2. Het in het eerste lid bepaalde laat onverlet hetgeen bij enige andere verordening is of wordt geregeld omtrent de bevoegdheid zich ten aanzien van een bepaald gebied als specialist bekend te maken.

3. Het College van Afgevaardigden kan richtlijnen vaststellen met aanbevelingen omtrent de toepassing van het in het eerste lid bepaalde".

Bij verordening van 24 juni 1998, *Stcrt.* 1998, 137, in werking getreden op 1 september 1998, is het tweede lid vervallen, zie *Vademecum Advocatuur, Wet- & regelgeving* 2000, p. 184 en Nota van toelichting 4 maart 1998, *Advocatenblad* 1998, p. 919-922.

549 *Vademecum Advocatuur, Wet- & regelgeving* 2000, p. 189.

550 Verordening van de Nederlandse Orde van Advocaten van 16 september 1994, *Stcrt.* 1994, 187, in werking getreden op 1 januari 1996. Deze verordening is gewijzigd op 24 november 1999 en in werking getreden op 1 januari 2000. Zie Verordening Permanente Opleiding 2000, *Vademecum Advocatuur, Wet & regelgeving* 2000, p. 346 e.v.

551 Uitvoeringsbesluit Verordening Permanente Opleiding 1 januari 1996, *Vademecum Advocatuur, Wet & regelgeving* 2000, p. 373 e.v.

Intussen zijn, mede door een actief specialisatiebeleid van de Orde verschillende specialisatieverenigingen opgericht die eigen criteria voor toetreding hanteren en specialisatieopleidingen organiseren⁵⁵². Op 28 december 1992 is de Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten (NVSA) opgericht die zich ten doel stelt de deskundige beroepsuitoefening door advocaten op het gebied van het straf(proces)recht en hulpwetenschappen te bevorderen, onder andere door het organiseren van opleidingen en studiebijeenkomsten en het uitwisselen van informatie⁵⁵³. Van de NVSA kunnen advocaten lid worden die tenminste zes jaren als advocaat werkzaam zijn, beschikken over aantoonbare praktijkervaring op het gebied van het strafrecht en zich voornamelijk toeleggen op rechtsbijstand in strafzaken⁵⁵⁴. Zo is onder invloed van de due process stroming in de jaren zestig en zeventig langzaam een gespecialiseerde strafrechtadvocatuur ontstaan. Gelijktijdig is echter het politieke klimaat op strafrechtelijk gebied ten aanzien van de rechten van de verdediging aanzienlijk verkild.

1.10.3 *Intensivering van de criminaliteitsbestrijding: crime control*

Halverwege de jaren tachtig slaat de kritiek op het justitiële apparaat in de publieke opinie en de politiek om⁵⁵⁵. In de jaren zestig en zeventig gold de kritiek de ondermaatse rechtspositie van de verdachte en de schadelijke effecten van strafrechtelijk ingrijpen voor de dader – die vooral werd gezien als de maatschappelijke underdog – en werd door justitie getracht legitimiteit te herwinnen door een terughoudend strafrechtelijk beleid. Vanaf de jaren tachtig ontstaat er voor de overheid een omgekeerd legitimiteitsprobleem: haar wordt verweten onvoldoende tegen de toenemende criminaliteit op te treden⁵⁵⁶. Crime control is weer in.

De toon wordt gezet in het beleidsplan Samenleving en Criminaliteit⁵⁵⁷. Hierin wordt de nadruk gelegd op een effectievere bestrijding van zowel de kleine criminaliteit als de georganiseerde criminaliteit, die ontstaat in het kielzog van de

552 Inmiddels zijn er 24 specialisatieverenigingen op verschillende rechtsgebieden, zie Vademecum Advocatuur, Personen 2000, p. 29-31.

553 Artikel 4 statuten.

554 Het aspirant-lidmaatschap staat open voor advocaten met ten minste drie jaren praktijkervaring, die enige ervaring in strafzaken hebben opgedaan en de profileringscursus strafrecht die in samenwerking met de Stichting Strafrechtpraktijk en het Willem Pompe Instituut van de Universiteit Utrecht wordt gegeven. Als vereiste voor het gewoon lidmaatschap geldt, naast de vereisten ten aanzien van de praktijkervaring als opleidingsvereiste dat leden de Specialistenopleiding van de Stichting Strafrechtpraktijk dienen te hebben gevolgd (art. 6 en 7 van de Statuten). Advocaten die niet aan deze opleidingsvereisten voldoen en die kunnen aantonen over voldoende ervaring en deskundigheid te beschikken kunnen ontheffing krijgen (artikel 9 statuten). In 2000 heeft de NVSA 218 leden en 30 aspirantleden.

555 Vanuit de wetenschappelijke hoek en de advocatuur wordt deze omslag overigens kritisch bekeken zie bijvoorbeeld: Corstens 1987 III; Leyten 1987; De Jong 1987; Afbraak strafprocesuele waarborgen, NJB 1988, p. 1464; De Roos 1993 I.

556 Zie 't Hart 1994, met name p. 92 en het rapport Recht in Beweging. Een beleidsplan voor Justitie in de komende jaren, 's-Gravenhage 1990.

557 Samenleving en Criminaliteit: een beleidsplan voor de komende jaren, Staatsuitgeverij 1985, ook opgenomen in TK 1984-1985, 18995, nrs. 1 en 2.

zich uitbreidende internationale handel in drugs. Door een laag ophelderingspercentage van misdrijven, een toegenomen criminaliteit, een overbelasting en achterstand bij het OM en de rechterlijke macht en een tekort aan celruimte, moeten organisatorische maatregelen worden genomen om de opsporing te intensiveren en de vervolging, berechting en bestraffing te faciliteren. En dat is kostbaar. Het gevolg is dan ook dat er een hausse aan wetgevende maatregelen volgt, die politie en justitie meer bevoegdheden geven bij de criminaliteitsbestrijding en die de strafrechtelijke procedure moeten stroomlijnen, dat wil zeggen efficiënter, goedkoper en minder 'vormfoutgevoelig' moeten maken. In dit klimaat komt de in het voorgaande decennium uitgebreide rechtspositie van de verdachte onder druk te staan. De minister van justitie Korthals Altes vindt er in een rede ter gelegenheid van de opening van de nieuwbouw van het parket in Assen op 28 september 1987⁵⁵⁸ – in de literatuur aangehaald als de 'bepaalde' of 'beruchte' Assense rede⁵⁵⁹ – geen doekjes om. Justitie moet weer gaan vervolgen om het vertrouwen van de burger in de rechtsorde te herstellen. In een tijd van zware belasting van de magistratuur vormen de formele vereisten van het wetboek van strafvordering een (te) dwingend en beperkend keurslijf, hetgeen nog versterkt wordt door de eisen die internationale verdragen stellen aan het rechtsgehalte van het strafrecht. De verstoorde rechtsorde mag niet het kind van de rekening worden door al te stringente formele eisen, waardoor verdachten bij vormfouten de dans ontspringen. Het risico moet, aldus Korthals Altes, eerlijker verdeeld worden. De waarborg van equality of arms door strikte spelregels is niet meer noodzakelijk door het tanende overwicht van OM en politie tegenover de verdachte:

"Veel is intussen veranderd. De georganiseerde misdaad doet in intelligentie niet onder voor openbaar ministerie en politie. Gezag berust niet meer op autoriteit, maar kan ten hoogste worden verworven. De rol en de attitude van de advocaat in het strafproces, ook in de voorfase, is aanzienlijk veranderd. De equality of arms is inmiddels bereikt, maar de regels gaan nog uit van het structurele onderwicht van de verdachte. Dan kan een situatie ontstaan – en die heeft zich een aantal malen voorgedaan – dat wij moeten constateren: ubi iudicia deficiunt incipit bellum, hetgeen ik zou willen vertalen met: waar vonnissen tekort schieten, begint de onvrede. Tegen die onbevredigende gevolgen zal het Wetboek van Strafvordering bescherming moeten gaan bieden"⁵⁶⁰.

558 "Veroordeling na vrijspraak door vormfouten moet mogelijk worden", rede van minister van justitie Korthals Altes op 28 september ter gelegenheid van de opening van de nieuwbouw van het parket in Assen, Staatscourant 29 september 1987, nr. 187.

559 Zie bijvoorbeeld de opinie van Corstens 1987 I.

560 Dat het hier niet gaat om de opinie van een minister blijkt wel uit een rede die 6 jaren later wordt uitgesproken door de minister van justitie Hirsch Ballin op 1 april 1993 op het raiocongres "Om de norm" waarin hij duidt op het onbegrip bij het publiek voor de gevolgen van ernstige vormfouten: "De publieke opinie heeft de indruk dat de rechtsbescherming van de verdachte te ver is doorgeschooten. Het evenwicht tussen de rechtsbescherming van het individu en de normhandhaving ten behoeve van de gemeenschap is naar het gevoelen van de bevolking verstoord. De grote aandacht voor de machtskritische functies van het recht lijkt de normhandhavende functies te verstoren"; zie De Doelder en 't Hart 1993.

Aan de door de minister geformuleerde onvrede wordt zowel in wetgeving als in de jurisprudentie tegemoetgekomen.

1.10.3.1 *De wetgevingsmachine op stoom*

In een snel tempo komen wetswijzigingen tot stand waarbij stroomlijning en vereenvoudiging van procedures, uitbreiding van dwangmiddelen en vergroting van het sanctiearsenaal de boventoon voeren⁵⁶¹. In het oog springende wijzigingen, zijn:

- de algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen waardoor dwangmiddelen in een vroegtijdig stadium kunnen worden toegepast⁵⁶²;
- de mogelijkheid de voorlopige hechtenis te verlengen na een nietige dagvaarding⁵⁶³;
- de invoering van de Wet bedreigde getuigen, waarmee het horen van anonieme getuigen is gelegaliseerd⁵⁶⁴;
- de mogelijkheid van het doen van DNA-onderzoek⁵⁶⁵;
- de uitbreiding van de mogelijkheden tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en de instelling van het strafrechtelijk financieel onderzoek, waarin dwangmiddelen kunnen worden toegepast⁵⁶⁶;
- de Wet vormverzuimen, waardoor het aantal formele nietigheden in het strafproces aanmerkelijk is teruggebracht. Door de invoering van artikel 359a Sv zijn de rechtsgevolgen van vormverzuimen gerelativeerd en heeft de officier van justitie de mogelijkheid gekregen om ook na het requisitoir in eerste aanleg tot en met de fase van hoger beroep, fouten in de tenlastelegging te herstellen⁵⁶⁷;
- de legalisering van het kop-staart vonnis⁵⁶⁸;
- de wijziging van de verlengingsprocedure van de voorlopige hechtenis, met de mogelijkheid termijnverzuimen te repareren⁵⁶⁹.

561 Veel van deze wetswijzigingen komen tot stand naar aanleiding van adviezen van de op 13 september 1988 door de minister van justitie ingestelde de Commissie herijking Wetboek van Strafvordering, naar haar voorzitter de Commissie Moons genoemd. De Commissie Moons produceert een tiental rapporten met voorstellen tot wetswijzigingen over o.a.: de in verzeke-ringstelling, het gerechtelijk vooronderzoek, de voorlopige hechtenis, tolken en vertalers, de vereenvoudigde procedure, vormvoorschriften, en het verkorte vonnis. Deze rapporten zijn gepubliceerd in Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek, Gouda Quint, Arnhem 1990; G.J.M. Corstens (red.), Rapporten herijking strafvordering 1989-1992, Gouda Quint, Arnhem 1993 en G.J.M. Corstens (red.), Rapporten herijking strafvordering 1993, Gouda Quint, Arnhem 1993. Zie voor een overzicht van de ontwikkelingen Franken 1994; Fokkens 1994; Corstens 1994 en de preadviezen voor de NJV van 1994: Rammelink 1994; Knigge 1994; De Roos 1994 II; Sorgdrager 1994.

562 Art. 46 Sr, ingevoerd bij Wet van 27 januari 1994, Stb. 60.

563 Art. 72 lid 6 Sv, ingevoerd bij wet van 16 april 1992, Stb. 214.

564 Zie de art. 226a e.v. Sv, ingevoerd bij Wet van 11 november 1993, Stb. 603.

565 Zie art. 151a e.v. Sv, ingevoerd bij Wet van 8 november 1993, Stb. 596.

566 Art. 36e Sr en de art. 511b e.v. Sv, ingevoerd bij Wet van 10 december 1992, Stb. 11.

567 Zie art. 359a en 313 Sv zoals ingevoerd/gewijzigd bij Wet van 14 september 1995, Stb. 441.

568 Bij Wet van 26 september 1996, Stb. 487 omgedoopt in verkort vonnis.

En het einde van de wetgevingshauze is halverwege de jaren negentig nog niet in zicht. Dit hangt mede samen met de ontwikkelingen binnen het opsporingsonderzoek sinds de jaren tachtig. In de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit zijn politie en justitie niet alleen uitgerust met een groter arsenaal aan dwangmiddelen, maar is ook de aard van het opsporingsonderzoek veranderd. Het opsporingsonderzoek richt zich niet alleen (meer) op het ophelderen van gepleegde strafbare feiten en het vinden van de dader maar ook op nog te plegen strafbare feiten, het zogenaamde proactieve rechercheren⁵⁷⁰. Daarbij zijn opsporingsmethoden zoals infiltratie, observatie en methoden van informatieverzameling ontstaan, die in feite een wettelijke basis in Sv ontberen en op gespannen voet staan met het respect voor de persoonlijke levenssfeer van de burger⁵⁷¹. Een van de kenmerken van het pro-actief opsporen is de verregaande geheimhouding die met deze wijze van rechercheren gepaard gaat, hetgeen een toetsing van de gebruikte methoden en de hieruit verkregen resultaten door de rechter en de verdediging ter terechtzitting frustreert. Hoever deze opsporingsmethoden kunnen ingrijpen in alle facetten van de strafrechtspleging, blijkt uit de zogenaamde IRT-affaire.

1.10.3.2 De IRT-affaire

Eind 1993 wordt publiekelijk bekend dat het Interregionaal Recherche Team (IRT) van de regio Noord-Holland/Utrecht wordt opgeheven wegens de toepassing van ontoelaatbare opsporingsmethoden. In de pers wordt vervolgens gemeld dat het zou gaan om grootscheepse invoer van drugs onder leiding van de politie. Op 26 januari 1994 stellen de ministers van justitie en binnenlandse zaken een commissie in, onder leiding van H. Wierenga, om de gang van zaken die tot de opheffing van het IRT heeft geleid te onderzoeken. Het onderzoek van deze commissie brengt aan het licht dat er grote onenigheid bestaat binnen de verschillende politieteams en het openbaar ministerie over de gehanteerde methoden van het IRT, die zelfs voor de direct verantwoordelijke functionarissen van het OM geheim worden gehouden. Naar aanleiding van een debat in de Tweede Kamer over dit rapport wordt besloten tot de instelling van een parlementaire enquêtecommissie (Commissie Van Traa) die tot taak krijgt een onderzoek in te stellen naar de aard en ernst van de georganiseerde criminaliteit, de rechtmatigheid van de gehanteerde opsporingsmethoden en het functioneren van de controle op de opsporing. De verhoren van de Commissie van Traa zijn openbaar en worden voor belangrijke onderdelen rechtstreeks op televisie uitgezonden. Tijdens de verhoren wordt al duidelijk dat onder de regie politie en justitie tonnen drugs Ne-

569 Wet van 22 april 1998, Stb. 1998, 250.

570 De verschijnsel moet in samenhang worden gezien met de ontwikkeling in het materiële strafrecht de voorbereidingen tot (ernstige) strafbare feiten strafbaar te stellen (art. 10a Opiumwet en art. 46 Sr). Hierdoor kunnen in een zeer vroeg strafvorderlijk stadium dwangmiddelen worden toegepast, waarbij de twijfel gerechtvaardigd is of hiermee steeds beoogd wordt gepleegde strafbare feiten te berechten, zie voor kritiek Mols en De Roos 1992; Rutgers 1992.

571 Zie bijvoorbeeld Simmelink 1987; Knigge 1990; Mevis 1990; Cleiren 1992 II en Cleiren, Melai, suppl. 115, aant. 10 bij art. 1.

derland zijn binnengekomen door middel van de zogenaamde Delta-methode, het doorlaten van drugs onder regie van politie en justitie. Ook blijkt dat er op grote schaal gebruik is gemaakt van (burger)infiltranten, waardoor de justitiële organen diep betrokken raakten in criminele circuits. Op 1 februari 1996 presenteert de commissie van Traa haar rapport: *Inzake opsporing*. Daarin wordt geconstateerd dat er sprake is van een crisis in de opsporing, dat normen met betrekking tot gehanteerde opsporingsmethoden ontbreken, dat de organisatie niet goed functioneert en dat er problemen zijn in de gezagsverhoudingen. Door gebrek aan sturing en controle zijn uit oogpunt van de democratische rechtsstaat onverantwoorde situaties ontstaan. Naar het oordeel van de commissie is door de wetgever en de rechter teveel ruimte gelaten voor politie en justitie, waardoor niemand precies weet waar men aan toe is bij het gebruik van opsporingsmethoden⁵⁷². De resultaten van het onderzoek van de Commissie van Traa hebben het vertrouwen in de integriteit van het justitiële apparaat danig geschokt⁵⁷³.

De strafvorderlijke wetgevingsmachine wordt door de minister van justitie Sorgdrager van het eerste Paarse kabinet dat in 1994 aantreedt, aanvankelijk op een lager pitje gezet. De behandeling van het wetsvoorstel gericht af luisteren wordt in de Eerste Kamer opgeschort⁵⁷⁴ en het wetsvoorstel over de herziening van het gerechtelijk vooronderzoek wordt voorlopig in de ijskast gezet⁵⁷⁵. De controle op en toelaatbaarheid van opsporingsmethoden en de organisatie van het OM worden de centrale thema's in de strafrechtspleging. De conclusies van de commissie Van Traa en de voorstellen tot nadere regelgeving van het opsporingsonderzoek, tot het scheppen van duidelijkheid in verantwoordelijkheden en bevoegdheden van het OM en de politie en tot transparantie van het opsporingsonderzoek met het oog op rechterlijke controle tijdens het onderzoek ter terechtzitting, worden grotendeels door de Tweede Kamer en het kabinet overgenomen⁵⁷⁶. Dit heeft geleid tot een reorganisatie van het openbaar ministerie, waarin de minister van justitie de teugels van de ministeriële verantwoordelijkheid strakker heeft aangetrokken⁵⁷⁷ en tot een herziening van het GVO en de invoering van de Wet bijzondere

572 *Inzake opsporing*, Eindrapport van de Enquêtecommissie Opsporingsmethoden, Sdu, 1 februari 1996. Zie voor discussie o.a.: Mols e.a. 1994; *Opsporingsmethoden*, Special DD juni 1995; Het vergrootglas van Van Traa, NJB-special 9 februari 1996; Trema-Special, Parlementaire enquête opsporingsmethoden, maart 1996.

573 Kelk en De Roos 1995, p. 347, noemen het jaar 1994 een 'annus horribilis' voor politie, openbaar ministerie en (in mindere mate) de zittende magistratuur; Corstens merkt een jaar later op, dat niemand toen had kunnen bevroeden dat het nog erger kon. Tijdens de verhoren van de Commissie Van Traa werden politieactiviteiten geopenbaard, die het daglicht niet konden velen, terwijl geen van de verantwoordelijke organen (OM, politie en zittende magistratuur) kennelijk in staat of bereid was gebleken deze te voorkomen, Corstens 1996, p. 385.

574 Kamerstukken 23 047.

575 Kamerstukken 23 251.

576 Zie met name TK 1995-1996, 24 072, nrs. 25, 26, 36 en 46.

577 Wet van 19 april 1999 (reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket), Stb. 1999, 194. Zie voor een korte samenvatting van de wijzigingen: Reorganisatie openbaar ministerie, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, p. 107-109; E. Myjer 1999 en Wet reorganisatie OM treedt in werking; een nieuwe amvb, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, p. 101-102.

opsporingsbevoegdheden⁵⁷⁸. De commotie die is ontstaan na de IRT-affaire heeft echter geen effect gehad in die zin, dat ingrijpende opsporingsmethoden, waarbij door de Commissie Van Traa vraagtekens zijn geplaatst, zoals het gebruik van kroongetuigen en burgerinfiltranten, blijvend aan de kant zijn gezet⁵⁷⁹. Bij de nieuwe regeling van opsporingsbevoegdheden is er eerder sprake van verruiming, dan begrenzing van de toepassingsmogelijkheden van dwangmiddelen. Zo wordt de toepassing van veel opsporingsbevoegdheden ook mogelijk ten aanzien van niet-verdachten. Ook laat de wijze waarop de bijzondere opsporingsmethoden in het wetsvoorstel worden geregeld, ruimte open voor het in stand blijven van de 'geheime trajecten', met name ten aanzien van de verdediging, ondanks de uitwassen die in het onderzoek van de parlementaire enquêtecommissie boven water zijn gekomen⁵⁸⁰. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel bijzondere opsporingsmethoden is door de Tweede Kamer aangedrongen op een wettelijke kroongetuigenregeling, op grond waarvan het Wetsvoorstel toezeggingen aan getuigen bij de Tweede Kamer is ingediend⁵⁸¹. Ook in de mogelijkheid van gericht afluisteren in woningen, thans 'opnemen van vertrouwelijke communicatie' geheten, is inmiddels in de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden voorzien⁵⁸². De tendens die bij aanvaarding van deze wetgeving wordt ingezet is, dat de justitiële overheid nog verregaander dan voorheen kan ingrijpen in de privacy van burgers en zich bij de opsporing van georganiseerde criminaliteit kan bedienen van opsporingsmethoden, zoals de kroongetuigenregeling en de inzet van burgerinfiltranten, die de integriteit van de strafrechtspleging diep raken. Daarbij ontstaat het probleem dat de strafrechtspleging zich ontwikkelt tot een systeem dat in feite voor alle betrokken partijen niet meer controleerbaar of beheersbaar is⁵⁸³. De gevolgen voor de positie van de raadsman in strafzaken liggen vooral op het vlak van het waarborgen van de vertrouwelijkheid van de communicatie met de cliënt en zullen in het volgende hoofdstuk worden besproken⁵⁸⁴.

578 Wet herziening GVO 27 mei 1999, Stb. 243 en Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden 27 mei 1999, Stb. 245, beiden in werking getreden op 1 februari 2000.

579 Zie HR 30-06-1998, NJ 1998, 799 en HR 06-04-1999, NJ 1999, 565.

580 De Adviescommissie Strafrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten merkt in haar advies d.d. 18 augustus 1997 naar aanleiding van het wetsvoorstel Bijzondere opsporingsmethoden op dat de garantie van de interne openbaarheid en het contradictoire aspect in het strafproces en de rechterlijke toetsing van het uitoefenen van bevoegdheden in het vooronderzoek in het wetsvoorstel problematisch blijft en dat door de verruiming van het verdenkingscriterium in combinatie met de verruiming van de criteria voor het toepassen van dwangmiddelen, met name het afluisteren, de groep personen wiens grondrechten kunnen worden geschonden oeverloos wordt.

581 Wetsvoorstel toezeggingen aan getuigen in strafzaken, 26 294, in november 2000 nog in behandeling bij de Tweede Kamer.

582 Art. 126l en 126s Sv.

583 Zoals met een vooruitziende blik is opgemerkt door Swart 1993, p. 76.

584 § 2.10.7.2 en § 2.10.7.3.

1.10.3.3 *De relativering van processuele sancties*

Zoals hiervoor geschetst is de wetgeving vanaf de jaren negentig, naast de uitbreiding van mogelijkheden van strafrechtelijk ingrijpen en toepassing van dwangmiddelen, mede uit doelmatigheidsoverwegingen in belangrijke mate gericht op de relativering van strafprocessuele sancties. Voor een deel was deze ontwikkeling al in de jurisprudentie ingezet⁵⁸⁵. Werde bijvoorbeeld aanvankelijk een schending van de redelijke termijn ex artikel 6 EVRM consequent gesanctioneerd door een niet-ontvankelijkverklaring van het OM⁵⁸⁶, sinds 1987 heeft de Hoge Raad aanvaard dat ook strafvermindering een mogelijke sanctie kan zijn⁵⁸⁷. Verder is de uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs verbonden aan de voorwaarde dat de verdachte door het onrechtmatig optreden in de door de geschonden norm beschermde belangen is geschaad, het zogenaamde 'Schutznorm-criterium'⁵⁸⁸. Ook de ernst van de inbreuk is van invloed op de bewijsuitsluiting in die zin dat geringe inbreuken niet hoeven te worden gesanctioneerd⁵⁸⁹. Dit laatste komt al tot uiting in de jurisprudentie tegen het einde van de jaren zeventig⁵⁹⁰, maar wordt door de Hoge Raad nog eens aangescherpt in het Zwolsman-arrest⁵⁹¹, waarin als richtsnoer wordt gegeven dat er een afweging dient plaats te vinden tussen de geconstateerde onrechtmatigheid en de daarop toe te passen sanctie:

"Bij de bespreking van deze middelen moet worden vooropgesteld dat, indien de rechter die over de feiten oordeelt vaststelt dat opsporingsambtenaren in het opsporingsonderzoek of in het onderzoek dat heeft plaatsgevonden in de daaraan voorafgaande fase onrechtmatig hebben gehandeld, hij zal behoren af te wegen of die onrechtmatigheid van dien aard is dat daar-

585 Sommige wetswijzigingen zijn voor een groot gedeelte een legalisering van bestaande rechtspraak zoals de legalisering van de kop-staart-vonnissen (Wet van 26 september 1996, Stb. 487), de Wet bedreigde getuigen (Wet van 11 november 1993, Stb. 603) en de Wet vormverzuimen (Wet van 14 september 1995, Stb. 441); Moons 1988, p. 104-105, noemt behalve de hierna aangegeven relativeringen door de Hoge Raad nog: het inlezen van elementen door de HR in de tenlastelegging; het geven van een bepaalde lezing aan ongelukkige stellingen in het arrest van het hof; de mogelijkheid dat de HR bij een motiveringsgebrek de zaak zelf afdoet en de minder strikte eisen die aan de formaliteiten omtrent het instellen van rechtsmiddelen door de verdachte worden gesteld.

586 HR 23-09-1980, NJ 1981, 116; HR 4-11-1980, NJ 1981, 117. Deze sanctie had overigens wel tot gevolg dat de Hoge Raad en de lagere rechters uiterst terughoudend waren in de vaststelling dat er sprake zou zijn van een onredelijke termijn, zie Von Brucken Fock 1983, p. 199-200 en Swart 1989, p. 563.

587 HR 7-04-1987, NJ 1987, 587.

588 Zie bijvoorbeeld HR 19-3-1985, NJ 1985, 702 en HR 16-02-1988, NJ 1988, 793 en ook Nijboer 1997, p. 155 e.v.; Corstens 1999, p. 661-662.

589 Ten aanzien van de op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvoorschriften geldt het zogenaamde belangencriterium in de jurisprudentie al veel langer, zie de aangehaalde literatuur in Schalken 1989, p. 6 en ook de jurisprudentie ten aanzien van het ontbreken van de cautie, waarbij de verdachte niet wordt geacht in zijn belang te zijn geschaad als hij ter zitting in bijzijn van een raadsman dezelfde verklaring aflegt als bij de politie zonder dat hem de cautie was gegeven, zie Nacyé, *Vademecum Strafbzaken*, suppl. 112, 15.7.4.

590 HR 18-04-1978, NJ 1978, 365.

591 HR 19-12-1995, NJ 1996, 249.

op een processuele sanctie past. Bij een bevestigende beantwoording van die vraag zal als sanctie in aanmerking kunnen komen de uitsluiting van dat bewijsmateriaal dat tengevolge van dat onrechtmatig handelen is verkregen, indien het de verdachte is geweest die door dat handelen is getroffen in een belang dat de overtreden norm beoogt te beschermen. Voorts kan niet worden uitgesloten dat onrechtmatig optreden van opsporingsambtenaren onder omstandigheden een zodanig ernstige schending van beginselen van een behoorlijke procesorde oplevert dat zulks – ook in een geval waarin overigens voldoende op rechtmatige wijze verkregen bewijsmateriaal voorhanden is – tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie dient te leiden. Een zo ver gaande sanctie kan in dat geval echter slechts volgen indien sprake is van ernstige inbreuken op die beginselen, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdediging aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan⁵⁹².

Uit de laatste passage van de hierboven geciteerde overweging blijkt dat de criteria die kunnen leiden tot niet-ontvankelijkheid van het OM een zware wissel op de verdediging trekken. Niet alleen dient er sprake te zijn van ernstige inbreuken op beginselen van behoorlijke procesorde, maar deze beginselen dienen tevens *doelbewust* of met *groeve* veronachtzaming van de belangen van de verdediging zijn geschonden. Hierdoor wordt in feite het Schutznorm-criterium verdubbeld: dat de belangen van de verdediging zijn geschonden is niet genoeg, deze schending moet ook nog doelbewust door het OM zijn nagestreefd. En dit laatste is, zo daar al sprake van is, voor de verdediging vaak zeer moeilijk aan te tonen⁵⁹³. Daarbij is de rechter, die toch meestal geneigd is van de goede trouw van het OM uit te gaan⁵⁹⁴, zeer terughoudend in het aannemen van doelbewuste of grove schendingen van de rechten van de verdediging⁵⁹⁵. Daarbij is tevens van belang

592 Overweging 5.2 van het Zwolsman-arrest; zie ook het arrest van de Hoge Raad in de Coral Sea zaak, HR 24-10-1995, NJ 1996, 484.

593 't Hart merkt in een noot bij HR 12-02-1991, NJ 1991, 527 op dat het belangencriterium (is de verdediging in zijn belang geschaad) in sommige gevallen al te veel van de verdediging eist, doordat de verdediging achteraf moet aantonen dat schade aan de belangen van de verdediging concreet heeft plaatsgevonden, zelfs in gevallen waarbij een zaak van het begin tot het einde ten onrechte buiten de verdediging om panklaar voor de zitting is gemaakt, doordat een GVO nog lang nadat de verdachte reeds bekend was NN is blijven doorlopen. Ook al mag de verdachte alsnog de getuigen horen die in eerste instantie in het NN onderzoek zijn gehoord, dan nog wordt miskend dat het vooronderzoek een dynamisch proces kan zijn "dat soms onverwacht te beïnvloeden valt voor wie in alle fasen present is, zonder dat een afwezige achteraf altijd aannemelijk kan aangeven op welke momenten zijn aanwezigheid tot een ander resultaat zou hebben geleid".

594 Zie Nijboer 1997, p. 347.

595 Zie bijvoorbeeld HR 24-10-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 236 in de zaak Etienne U., waarin de Hoge Raad in navolging van het Hof Amsterdam (Hof Amsterdam 28-09-1998, NJCM-Bulletin 1999, p. 48-50; Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 79) het feit dat de door de verdediging als getuigen opgeroepen politieagenten voorafgaande aan hun verhoor een training hadden ondergaan, niet als een doelbewuste schending van de belangen van de verdediging aanmerkte. In dezelfde zaak had de officier van justitie, F. van Straelen, zonder medeweten van de verdediging tussen de uitspraak van de rechtbank en de behandeling in hoger beroep, getuigen in de Verenigde Staten laten horen. Hoewel het Hof Amsterdam van oordeel is dat het verhoor van deze getuigen in geen geval buiten de verdediging om had mogen gebeuren, is dit volgens het hof geen (opzettelijke) grove schending van het belang van de verdediging. Ook de omstandigheid dat de betrokken officier van justitie omtrent de gang van zaken met

dat door de invoering van artikel 359a Sv⁵⁹⁶ de vrijheid van de rechter bij vormverzuimen een belangenafweging te maken tussen rechtswaarborgen voor de verdachte en andere bij de opsporing en vervolging betrokken belangen is gecodificeerd en uitgebreid. Door de rechter in feite *carte blanche* te geven bij de sanctiëring van onregelmatigheden in het vooronderzoek – waardoor er een sanctie kán worden toegepast, maar niet per se hoeft te worden toegepast – is de naleving van vormvoorschriften in de zin van onvoorwaardelijke rechtswaarborgen vervangen door geclausuleerde waarborgen, waarbij de verdachte moet aantonen dat hij door een bepaalde gang van zaken in zijn verdediging is geschaad⁵⁹⁷. De sanctiëring is overgelaten aan de beleidsvrijheid van de rechter. Met name 't Hart⁵⁹⁸ en Swart⁵⁹⁹ hebben kritiek uitgeoefend op deze ontwikkeling, die een onderdeel is van een algemene tendens het strafrecht te zien als een maatschappelijk sturingsinstrument dat gedicteerd wordt door doelmatigheid en waarbij rechtsbescherming niet meer wordt gezien als een inherente waarde van het recht, maar als één van de doelstellingen ervan, die moet concurreren met andere doelstellingen zoals de bestrijding van criminaliteit:

"De mate van rechtsbescherming is hier afhankelijk van de visie die in het beleid wordt verkondigd over de toestand van de samenleving: hoe ernstiger het beeld van de situatie, hoe meer de criminaliteit zou oprukken, des te terughoudender de maatschappij zou moeten zijn met rechtsbescherming. Doordat het recht (in de instrumentalistische visie, TS) geen inherente waarden meer heeft, beslist de visie op de situatie in de maatschappij, zoals die door de beleidsmakers wordt uitgedragen, in hoeverre het 'redelijk' moet worden geacht om haar nog wat verder in te leveren"⁶⁰⁰.

Dit instrumentalistische denken, door Swart 'probleemgericht denken' genoemd, kan ten koste gaan van het respect voor de wet waar die de verdachte beschermt en kan leiden tot een onderschatting van de betekenis van onvoorwaardelijke rechtswaarborgen voor de positie van de verdediging in strafzaken. Daardoor wordt de neiging sterker, belangen tegen elkaar af te wegen op gebieden waar van een belangenafweging geen sprake hoort te zijn⁶⁰¹. Toch is dit verschijnsel typerend voor een inquisitoir getint strafproces:

betrekking tot het horen van deze getuigen een ander scenario heeft geschetst, wordt door het hof vergoelijk. Volgens het hof moet er bij Van Straelen sprake zijn geweest van een "niet professionele bewustzijnsvernauwing" wegens het feit dat hij gefixeerd was op het krijgen van een veroordeling van Etienne U., zodat wordt aangenomen dat hij de verdediging niet wilens en wetens heeft buitengesloten c.q. benadeeld. Zie voor deze gang van zaken de conclusie van AG Fokkens bij het arrest van de Hoge Raad. Het hierop betrekking hebbende cassatiemiddel is door de Hoge Raad zonder motivering op grond van artikel 101a RO verworpen.

596 Ingevoerd bij Wet van 14 september 1995, Stb. 441.

597 Zie voor een kritische bespreking van art. 359a Sv: Mevis 1995; zie ook Wedzinga en Van der Neut 1999.

598 't Hart 1994, m.n. p. 185 e.v. en p. 219 e.v.

599 Swart 1986 I en Swart 1993.

600 't Hart 1994, p. 192.

601 Swart 1986 I, p. 59-60.

"In een inquisitoire opvatting van het strafproces past de gedachte dat rechtswaarborgen een betrekkelijke betekenis hebben zolang de rechter maar zorgvuldig en voorzichtig te werk gaat. De behoedzaamheid van de rechter maakt die waarborgen in zekere zin overbodig. Een accusatoire benadering ziet er anders uit, die stelt zich op het standpunt dat formele en onvoorwaardelijke rechtswaarborgen juist essentieel zijn om de rechter tot grotere behoedzaamheid te prikkelen. Vallen zij weg, dan moet in deze visie het gevolg daarvan zijn dat in een onbekend aantal gevallen inderdaad onschuldige personen worden veroordeeld en schuldige personen zwaarder worden bestraft dan zij verdienen, terwijl dat niet het geval zou zijn geweest wanneer de waarborgen hun gelding hadden behouden"⁶⁰².

1.10.4 *Alerte verdediging*

Aan de relativisering van processuele waarborgen zijn door het EHRM, met name op het gebied van het horen van (anonieme) getuigen, grenzen gesteld⁶⁰³. Het EHRM heeft in het kader hiervan meermalen uitdrukkelijk overwogen dat het recht op een eerlijke rechtspleging (lees: het respecteren van rechten van de verdediging) zulk een prominente plaats heeft in een democratische samenleving, dat dit recht niet mag worden opgeofferd aan doelmatigheidsoverwegingen⁶⁰⁴. De Straatsburgse jurisprudentie heeft weliswaar bewerkstelligd dat met de rechten van de verdediging – noodgedwongen – meer dan voorheen het geval was rekening moet worden gehouden, maar het culturele erfgoed van de inquisitoire strafrechtspleging is taai en de rechter en wetgever zijn vindingrijk in het bedenken van ontsnappingsclausules⁶⁰⁵. Voor de versterking van de positie van de verdediging tengevolge van de doorwerking van de Straatsburgse jurisprudentie in het Nederlandse recht, moet een prijs worden betaald: van de verdachte wordt, als 'volwaardige procespartij', een actieve proceshouding verwacht. Dit geldt met name bij de naleving van processuele voorschriften. Als de verdachte zich op de naleving van deze voorschriften niet uitdrukkelijk genoeg beroept, dan verspeelt hij zijn rechten, met als gevolg dat de promotie tot 'volwaardige procespartij' in feite leidt tot een verminderde rechtsbescherming. Zo kunnen uitgangspunten die typisch verbonden zijn met een accusatoire opvatting van het strafproces een inquisitoire invulling krijgen. Door de gelding van formele rechtswaarborgen afhankelijk te maken van de proceshouding van de verdachte, wordt de armslag van de rechter om het onderzoek naar de materiële waarheid naar zijn eigen inzicht in te kleden immers groter. Formele rechtswaarborgen hoeven dan niet meer ambtshalve worden nageleefd maar alleen als de verdediging zich roert.

Het vereiste van een alerte proceshouding van de verdediging bouwt voort op de jurisprudentie met betrekking tot onrechtmatig verkregen bewijs. Doordat de

602 Swart 1986 I, p. 60-61.

603 Zie hiervoor § 1.10.1.

604 EHRM 20-11-1989, Kostovski, NJ 1990, 245, § 44; EHRM 27-09-1990, Windisch, NJ 1993, 707, § 30; EHRM 23-04-1997, Van Mechelen, NJ 1997, 635, § 58.

605 Zie in verband met het horen van anonieme getuigen bijvoorbeeld Garé 1998 en met betrekking tot het horen van getuigen in zijn algemeenheid Baauw 1996, p. 139, die opmerkt dat de mogelijkheden voor de verdediging getuigen op de zitting te horen naar nationaal recht steeds meer worden beperkt.

rechter de rechtmatigheid van strafvorderlijke optreden van de vervolgende instanties in principe niet ambtshalve hoeft te onderzoeken⁶⁰⁶, moeten onregelmatigheden door de verdediging aan de orde worden gesteld. Alleen als er rechtstreeks uit de stukken blijkt dat er gebreken zijn in het vooronderzoek⁶⁰⁷ of er tijdens de behandeling ter zitting – met name bij verstek – blijkt van omstandigheden op grond waarvan aan de rechtmatigheid van (delen van) het vooronderzoek kan worden getwijfeld, wordt van de rechter een zelfstandige controle verwacht. In zijn algemeenheid betekent dit voor de verdediging dat ten aanzien van de rechtmatigheid van bewijsmateriaal uitdrukkelijk verweer moet worden gevoerd⁶⁰⁸. Op zichzelf is dit geen onredelijke eis. Aan de vormgeving en motivering van deze verweren worden echter steeds hogere eisen gesteld. Indien verweren naar de mening van de rechter niet tijdig, onvoldoende helder, of niet herhaaldelijk en expliciet op schrift gevoerd worden, draagt de verdachte het risico dat onrechtmatigheden niet worden gesanctioneerd, doordat de rechter ervan uit gaat dat de verdachte door een bepaald (twijfelachtig) handelen van de vervolgende instantie kennelijk niet in zijn belangen is geschaad. Dat betekent voor de advocaat een aanzienlijke verzwarende van zijn verantwoordelijkheid⁶⁰⁹. Daar komt nog bij dat van de verdediging niet alleen een alerte houding wordt verwacht ten aanzien van kwesties die betrekking hebben op onrechtmatig verkregen bewijs of de ontvankelijkheid van het OM, maar ook ten aanzien van de naleving van procesvoorschriften in zijn algemeenheid. Een goed voorbeeld daarvan is praktijk met betrekking tot het oproepen en horen van getuigen. Zo dient de verdediging uitdrukkelijk te vragen de getuige die buiten de aanwezigheid van de verdachte is gehoord, nog nadere vragen te stellen of uitdrukkelijk bezwaar te maken tegen het vertrek van een getuige na het verhoor zonder dat daarin is toegestemd, of expliciet te verzoeken een niet verschenen getuige alsnog te dagvaarden of op te roepen omdat anders wordt aangenomen dat daar stilzwijgend af-

606 HR 22-02-1977, NJ 1977, 352; zie voor een recente uitspraak HR 13-10-1998, *Opportuun* 1998, p. 17 waarin de Hoge Raad overweegt dat de rechter in beginsel niet ambtshalve een onderzoek hoeft in te stellen naar de wijze waarop de strafzaak aan het rollen is gebracht. Dit is slechts anders indien uit de stukken rechtstreeks een ernstig vermoeden rijst van onrechtmatigheden of indien een desbetreffend met feiten en omstandigheden onderbouwd verweer wordt gevoerd.

607 Bijvoorbeeld bij het ontbreken van de cautie in het proces-verbaal van verhoor van politie, zie HR 2-10-1979, NJ 1980, 243.

608 Een dergelijk verweer mag door de rechter in principe niet zonder nader onderzoek worden gepasseerd, zoals door de Hoge Raad voor het eerst in HR 18-04-1978, NJ 1978, 365 beslist; zie ook Corstens, p. 655 e.v.; Grapenhaus en Nieuwenhuys 1990; Nijboer 1997, p. 148-149.

609 Prakken 1990 I; Cleiren 1989, hoofdstuk VI, § 3, m.n. p. 308-310, merkt hierover op dat de proceshouding van de verdachte uitsluitend gevolgen heeft voor de motiveringsplicht van de rechter, door een verweer verzekert de verdachte zich van een rechterlijke beslissing op dat verweer. Dit laat volgens Cleiren onverlet dat de rechter onafhankelijk van partijen of een daartoe door de verdachte gevoerd verweer, verplicht is te toetsen of een schending gesanctioneerd dient te worden, indien schendingen van beginselen van goede procesorde of andere onrechtmatigheden evident zijn.

stand van wordt gedaan⁶¹⁰. Naeyé merkt naar aanleiding van de versoepeling van de jurisprudentie met betrekking tot de verplichting om getuigen te horen op:

"De omstandigheden kunnen de rechter dus aanleiding geven om uit processueel handelen c.q. nalaten van de procesdeelnemers af te leiden dat de toestemming om van verhoor af te zien, stilzwijgend c.q. impliciet werd verleend.

Bovenstaande jurisprudentie past geheel in de lijn dat aan de aanwezigheid van de raadsman in toenemende mate doorslaggevende betekenis wordt toegekend. De raadsman wordt hiermee weer een stapje verder 'geschopt' op de weg van attent processueel handelen. Zolang de raadsman 'stiltzit' zal dus niet meer vanzelfsprekend schending van art. 280 lid 7/282 Sv worden aangenomen⁶¹¹.

De verschuiving van de verantwoordelijkheid voor de naleving van procedurele regels en de garanties van een eerlijk proces van de rechter naar de verdachte c.q. verdediging wordt, zoals hiervoor al is aangegeven, gerechtvaardigd geacht doordat, onder de invloed van met name artikel 6 EVRM, ons strafproces meer accusatoire tendensen heeft gekregen⁶¹². Hierdoor zou de verdachte meer 'partij' in het strafproces zijn geworden met als – logische – consequentie, dat aan hem niet alleen overeenkomstige rechten toekomen, maar ook verplichtingen. Meijers gaat in zijn oratie in op de implicaties van het EVRM voor de rolverdeling tussen de verdediging en rechter bij de verwezenlijking van verdragsgaranties⁶¹³. Hij gaat hierbij van de veronderstelling uit dat het EVRM de verdachte serieus neemt in zijn kwaliteit als procespartij en rekent op diens alerte proceshouding⁶¹⁴. Dit is volgens Meijers in overeenstemming met het ideaalbeeld van het contradictoire proces, waarin de verdachte als vrije persoon een eigen verantwoordelijkheid draagt voor zijn proceshouding en dan ook op zijn keuzes mag worden aangesproken.

610 Zie voor een overzicht van deze jurisprudentie Hofstee 1989. Zie ook de talrijke voorbeelden genoemd door Milo 1997 I; Milo 1997 II; Milo 1998; Milo 1999; Milo 2000. De eisen die aan de verdediging gesteld worden nemen soms wel erg formalistische vormen aan. Zo heeft bijvoorbeeld de Hoge Raad de constructie goedgekeurd dat een proces verbaal houdende een anonieme getuigenverklaring dat niet conform art. 295 SV (oud) ter zitting was voorgelezen voor het bewijs werd gebruikt als schriftelijk bescheid, omdat door de verdediging ter zitting niet verzocht was de anonieme getuige (die al door de RC op verzoek van de verdediging was gehoord) alsnog te horen. Dit terwijl art. 344 lid 3 Sv verbiedt een dergelijke verklaring als schriftelijk bescheid voor het bewijs te gebruiken als de verdachte in enig stadium van de procedure verzocht heeft de anonieme getuige te horen. Kennelijk wordt van de verdediging verwacht dat een dergelijk verzoek ook nog eens op de zitting wordt herhaald, HR 19-11-1996, NJ 1997, 179, zie hierover ook Redactioneel Nieuwsbrief Strafrecht 1997, p. 2 en Garé 1998.

611 Naeyé 1987, p. 1390, hij doelt op HR 6-05-1986, NJ 1987, 59 en HR 6-05-1986, NJ 1987, 60.

612 Zie Fokkens 1994, p. 18; Commissie Moons 1993, p. 14-18; Haak 1996, p. 987.

613 Meijers 1993.

614 Meijers 1993, p. 9 e.v., onderbouwt dit met name door te wijzen naar het vereiste van uitputting van rechtsmiddelen door de verdachte/klager, wil een klacht wegens een schending van het EVRM ontvankelijk zijn en verwijst in dit verband naar de uitspraak van het EHRM in de zaak Cardot, EHRM 19-03-1991, Series A, 200.

Anderen zijn echter van mening dat het een fictie is, uit te gaan van een 'mondige verdachte' omdat de verdachte en het OM zowel qua formele als feitelijke macht geen gelijke procespartijen zijn. De Hullu⁶¹⁵ is van mening dat het merkwaardig is dat uit het EVRM, dat strekt ter bevordering van de rechtspositie van de verdachte, op deze manier plichten voor de verdachte worden afgeleid. Volgens hem ligt tussen rechten ten plichten voor de verdachte geen logisch verband, omdat de procespositie van de verdachte met zich meebrengt dat deze nauwelijks tot iets verplicht kan worden. Hij verwijst hierbij naar Cleiren, die van mening is dat de verdachte eigenlijk niet beschouwd kan worden als procespartij in de ware betekenis van het woord. Haars inziens veronderstelt het begrip 'procespartij' een wederkerige rechtsbetrekking en gelijkwaardige positie tussen partijen. Daarvan is in het Nederlandse strafproces geen sprake, nu de verhouding tussen het OM en de verdachte niet wederkerig is en het OM en de verdachte geen gelijkwaardige wapens hebben. Aan de verdachte kan hoogstens de status van procespartij worden toegedicht voorzover aan de verdachte zelfstandige procesbevoegdheden zijn toegekend⁶¹⁶. Het initiatief en de actie tot strafvervolgning gaan uit van de overheid en de verdachte is daarbij primair het object van onderzoek dat onvrijwillig de procedure ingeloodst wordt. Daarbij is de rechter ook niet gebonden aan de voorstelling van zaken zoals door het OM en de verdachte weergegeven en hoeft hij het OM en de verdachte ook niet als twee gelijkwaardige procesdeelnemers te behandelen. Volgens Cleiren richten de strafvorderlijke bepalingen zich primair tot de overheid. Procesvoorschriften vormen voorwaarden waaronder de overheid zijn bevoegdheden mag uitoefenen en de 'rechten en bevoegdheden' van de verdachte dienen te worden gezien als aanspraken van de verdachte op naleving van deze procesvoorschriften. De verdachte heeft in het strafproces geen publieke taak en daarom kunnen beginselen van behoorlijke procesorde geen grond zijn aan de proceshouding van de verdachte eisen te stellen. Naar haar mening brengt de positie van de rechter, die de leiding van het onderzoek heeft, met zich dat deze moet waken voor de volledigheid en deugdelijkheid van het onderzoek en dat de rechter dus een zelfstandige verantwoordelijkheid heeft voor de uitkomst van de procedure⁶¹⁷. Met andere woorden: de deugdelijkheid en rechtmatigheid van de procedure mag niet afhankelijk worden gemaakt van de mate waarin de verdachte zich hierbij actief opstelt. De Hullu⁶¹⁸ stelt verder dat een assertieve opstelling ook niet van de gemiddelde verdachte verwacht

615 De Hullu 1993.

616 Over de kwestie in hoeverre het beginsel van equality of arms van toepassing is in ons strafproces in de zin van gelijkwaardigheid tussen OM en verdachte is wel meer gedebatteerd, zie Myjer 1976 en de daarop ontstane polemiek over de betekenis van het beginsel van equality of arms: Th. van Veen 1978; Myjer 1978 II; Beyaert 1978; zie meer recent Groenhuijsen 1994; Groenhuijsen 1996; Meijers 1996; Haak 1996. Men is vrij unaniem van mening dat er van gelijkwaardigheid tussen OM en verdachte als procespartijen geen sprake is, maar ook dat de rechtsbeschermende waarborgen van ons strafproces vooral door de rechter moeten worden gewaarborgd en niet afhankelijk zouden moeten worden gemaakt van de opstelling van de verdachte; zie ook de Roos 1994 II, p. 127; Nijboer 1997, p. 181-182.

617 Cleiren 1990 I.

618 De Hullu 1993.

mag worden en dat bovendien de rechtsbijstand niet altijd optimaal functioneert. Zijns inziens komt door de nadruk op een alerte verdediging ook de materiële waarheidsvinding in het gedrang, doordat de rechter al snel aanneemt dat wat niet betwist wordt, juist is. Hofstee en Van Tongeren formuleren het(zelfde) als volgt:

"Met het tegenover elkaar stellen van OM en verdachte als zouden zij gelijkwaardige procespartijen zijn wordt een fictie gehanteerd die de verdachte au fond benadeelt. Hij bevindt zich immers ten opzichte van de vervolgende overheid doorgaans in een achterstandsituatie. Het equality of arms-beginsel is nu juist vanuit het perspectief van de verdachte en diens belangen in de mensenrechtenverdragen neergelegd. Het bedoelt die achterstand zoveel mogelijk te corrigeren. Nu tekent zich de curieuze tendens af, dat dit beginsel vanuit het overheidsperspectief op grond van opportunistische overwegingen tegen de verdachte wordt gebruikt! Lijdelijkheid kan hem duur komen te staan. De praktische en volstrekt onbevredigende consequentie hiervan is, dat hij zijns ondanks en in weerwil van de eigenlijke ratio van het equality of arms beginsel sterk afhankelijk is (gemaakt) van de alertheid en de deskundigheid van de raadsman. Schiet deze tekort, dan kan procesvoering gebaseerd op de presumptie van de mondige burger in strijd zijn met de beginselen van rechtvaardige rechtspleging"⁶¹⁹.

De voorgaande discussie maakt duidelijk hoezeer accusatoire noties in een inquisitoire setting tot spanningen kunnen leiden. Het eisen van een alerte proceshouding van de verdachte past in een systeem dat uitgaat van partijautonomie, waarbij zoveel mogelijk de gelijkheid van partijen in de rechtsstrijd wordt nagestreefd en de rechter uitsluitend de procedure bewaakt. In een inquisitoir getint systeem, zoals het onze, is er sprake van een fundamentele ongelijkheid van partijen waarin de rechter, ter compensatie van de onvolwaardige positie van de verdachte als procespartij, een tweeledige rechtsbeschermende taak heeft namelijk die van onderzoeker van de waarheid én die van procedurebewaker. Het 'bombarderen' van de verdachte tot mondige procespartij leidt, zonder verdere wezenlijke veranderingen in het strafprocesuele systeem, niet tot een verhoging van de rechtsbescherming, maar tot een verlaging ervan. De rechter schuift een deel van zijn rechtsbeschermende taak op de verdediging af, zonder dat de zelfstandige bevoegdheden van de verdachte, op het proces van waarheidsvinding invloed uit te oefenen, worden verruimd. Evenmin voorziet het systeem in garanties dat de verdachte van rechtsbijstand is voorzien. De verdachte is immers niet verplicht zich door een advocaat te laten bijstaan⁶²⁰. Al met al betekent dit dat het lot van een verdachte vaak afhangt van een kwalitatief goede verdediging.

619 Hofstee en Van Tongeren 1989, p. 188.

620 Voor wat de garantie op rechtsbijstand betreft, is eerder een omgekeerde tendens zichtbaar als het gaat om rechtsbijstand in politierechterzaken. Een verdachte aan wie niet ambtshalve een advocaat is toegevoegd, wordt door de invoering van de eigen bijdrage in strafzaken, gedwongen een afweging te maken tussen zijn belang bij rechtsbijstand en de kosten ervan en zal na invoering van de eigen bijdrage eerder geneigd zijn op financiële gronden af te zien van rechtsbijstand van een advocaat.

1.10.5 *Polarisering*

Hiervoor is beschreven dat de rechter bij de bepaling van de gevolgen van schending van procedurevoorschriften (ex art. 359a Sv) van geval tot geval belangen kan afwegen. De verdachte moet zich in toenemende mate beroepen op zijn rechten, willen deze in de belangenafweging worden meegenomen. Een ander gevolg van de rechterlijke vrijheid schending van procedurevoorschriften al dan niet te sanctioneren, is, dat de omvang en betekenis van de rechten van de verdediging onzekerder zijn geworden. Zij kunnen immers steeds worden afgewogen tegen andere 'zwaarwichtige' belangen, met als gevolg dat niet alleen iedere inbreuk op een rechtsbeschermende waarborg door de verdediging moet worden ingeroepen, maar dat ook over de consequenties ervan in de rechtszaal strijd moet worden gevoerd⁶²¹. Deze strijd heeft in de jaren negentig een sterk antagonistisch karakter gekregen, met name als de ontvankelijkheid van het OM in het geding is. Volgens vaste jurisprudentie sinds de Zwolsman-zaak⁶²², komt de niet-ontvankelijkheid van het OM pas in beeld indien sprake is van ernstige inbreuken op beginselen van behoorlijke procesorde, waardoor doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak is tekortgedaan, of indien de rechter doelbewust door het OM is misleid⁶²³. Daarmee wordt een niet-ontvankelijkverklaring een zwaar verwijt aan het adres van het betrokken lid van het OM, waardoor niet alleen diens persoonlijke integriteit maar ook die van het OM als zodanig onder vuur komt te liggen. Het OM zit daardoor regelmatig zelf als instituut in de beklaagdenbank en voelt dit ook zo⁶²⁴. Een verweer dat de ontvankelijkheid van het OM aan de orde stelt, kan dan ook rekenen op tegengas en leiden tot een verharding van de rechtsstrijd op de zitting. Deze verharding is toegenomen tijdens en na de parlementaire enquête naar opsporingsmethoden⁶²⁵. Daarin is duidelijk geworden dat de controle op de opsporingsmethoden ter terechtzitting, door een verregaande geheimhouding van wat er zich tijdens de opsporingsfase heeft afgespeeld, te wensen overlaat en zich een praktijk heeft ontwikkeld waarin opsporingsmethoden zijn gehanteerd die niet door de beugel konden. Het is sindsdien meer regel dan uitzondering dat de verdediging in zogenaamde 'mega-zaken', die noodzake-

621 In feite is dit het uitgangspunt van de Commissie Moons geweest bij de vernieuwing van het Nederlandse strafproces, zie: Commissie Moons 1993, p. 14-18.

622 HR 19-12-1995, NJ 1996, 249.

623 Zie bijvoorbeeld HR 4-02-1997, NJ 1997, 308 (verzwijging van gebruikmaking van burgerinformanten/infiltranten); Hof Den Bosch 27-02-1998, NJ 1998, 518 (onvoldoende openheid omtrent deal met kroongetuige in de Juliët-zaak).

624 Zie bijvoorbeeld het onderzoek van Wagenaar en Hoes naar de uitwerking van de IRT-affaire en de daaropvolgende parlementaire enquête op de cultuur bij het OM. In het rapport 'Rekkelijk of precies? Boeven vangen in de polder' wordt geconcludeerd dat de IRT-affaire de cultuur van de angst bij het OM heeft versterkt. Van alle kanten wordt de druk op het OM om de bestrijding van de criminaliteit effectief ter hand te nemen vergroot, terwijl deze druk het risico op misstappen door tijdgebrek, scoringsdrift en onvoldoende aandacht voor vormeisen doet toenemen. Iedere officier voelt zich het boegbeeld van het OM, maar tegelijkertijd de kop van Jut, zie voor een samenvatting NJB 1998, p. 1219 e.v.

625 Zie hiervoor § 1.10.3.2.

lijkerwijs volgen op opsporingsonderzoeken die zijn gericht op het ontmantelen van grote (internationale) criminele organisaties⁶²⁶, veel aandacht besteedt aan de rechtmatigheid van de toegepaste opsporingsmethoden. Een bijkomende – en soms katalyserende – factor is dat de media, mede door toedoen van de IRT-affaire, meer aandacht voor het strafrecht hebben en er ook steeds meer onderzoeksjournalistiek plaatsvindt⁶²⁷. Met name de voor het publiek sappige gevechten tussen het OM en de raadslieden worden in de pers breed uitgemeten. De strijd op de zitting spitst zich meestal toe op de noodzaak van het horen van grote aantallen (politie)getuigen die bij de onderzoeken in dergelijke zaken betrokken zijn en het verkrijgen van inzicht in stukken en gegevens die in de loop van deze opsporingsonderzoeken zijn opgemaakt c.q. verzameld. De verzoeken van de verdediging met betrekking tot opsporingsactiviteiten, gaan niet meer voetstoots uit van de juistheid en volledigheid van een proces-verbaal en worden door het OM en de rechterlijke macht gezien en ervaren als een uiting van fundamenteel wantrouwen in de justitiële organen, waarin zij liever niet meegezogen worden. Immers indien in principe niet meer op de juistheid van processen-verbaal van politie kan worden afgegaan en niet meer op het woord van de officier van justitie omtrent gehanteerde opsporingsmethoden kan worden vertrouwd, dan zakt het kaartenhuis van het Nederlandse strafproces, dat gebouwd is op het procesdossier, onherroepelijk in elkaar⁶²⁸. Ook al blijkt een gezond wantrouwen in meer gevallen terecht te zijn geweest⁶²⁹, zowel bij het OM als bij de rechter groeit weerstand tegen de vertraging die in de meeste grote strafzaken ontstaat doordat niet meer de strafbare feiten, maar de gehanteerde opsporingsmethoden ter discussie staan. Baauw merkt op:

“Inmiddels is binnen de rechtspraak een toenemende irritatie merkbaar, ingegeven door het gevoelen dat de verdediging zich te veel richt op – ten opzichte van de rechterlijke oriëntering op de materiële waarheidsvinding – indirecte verweren. Dat zijn met name de schending

626 Een aantal van deze ‘mega-zaken’ en dito onderzoeken wordt beschreven in het rapport van de Enquêtecommissie Opsporingsmethoden, Inzake Opsporing 1996, met name § 4.5, § 5.4 en § 6.4; Zie ook Mols en Spong 1997; de zaken tegen Etienne U.: Hof Amsterdam 29-03-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 79; NJCM-Bulletin 1999, p. 468-476 en HR 24-10-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 236 en Bouterse: Hof Den Haag 9, 10, 15 en 22 december 1999, NJCM-Bulletin 2000, p. 789-793 en Hof Den Haag 30-06-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 192.

627 Hoefer-van Dongen 1997; zie over de rol van de media in het kader van pro-actieve opsporingsmethoden Brants 1998, p. 225-238.

628 Illustratief is de commotie die voor de begrotingsbehandeling van 1999 ontstond toen bekend werd gemaakt dat er een achterstand in afhandeling van circa 580 ernstige strafzaken in de Randstad was ontstaan. De rechterlijke macht zou zwaar zijn overbelast onder andere doordat het horen van getuigen in mega-zaken zoveel tijd zou kosten. Rechters rekenden voor dat in de tijd die gaat zitten in een behandeling van zo’n grote zaak normaliter een paar honderd andere strafzaken zouden kunnen worden afgehandeld. Dit zegt iets over de behandeling van mega-zaken, maar nog meer over de behandeling van die honderden andere zaken, die ter zitting vrijwel uitsluitend op het dossier worden afgedaan. Zie voor berichten in de media o.a. Lebesque 1998; Van de Eerenbeemt en Kruijt 1998; J. ’t Hart 1998.

629 Zie bijvoorbeeld HR 24-10-1995, NJ 1996, 484 (Coral Sea); HR 26-04-1994, NJ 1994, 736; HR 4-02-1997, NJ 1997, 308; en de noot van Schalken bij HR 14-01-1997, NJ 1997, 371.

van beginselen van een goede procesorde c.q. van artikel 6 EVRM, leidend tot niet-ontvankelijkheid van het OM en/of onrechtmatige bewijsgaring, leidend tot ontoelaatbaarheid van het bewijsmiddel en dus tot vrijspraak. Om dit alles aannemelijk te maken wordt dan (al-dus het nauwelijks verholde rechterlijke gevoelen) al te vaak onnodig – zonet chicaneus – aanhouding verzocht voor het alsnog dagvaarden en horen van niet verschenen c.q. nieuw opgegeven getuigen⁶³⁰.

Het beeld van de strijd tussen verdediging en OM bereikt – mede door een ongekende belangstelling van de media – een hoogtepunt in het zogenaamde Octopus-proces tegen Johan V. en Koos R. voor de Amsterdamse rechtbank eind 1996, begin 1997. In dit proces beschuldigde de verdediging het OM van strafbare feiten, zoals de weigering van een officier van justitie als getuige vragen te beantwoorden van de RC, heling, oplichting en het beïnvloeden van getuigen⁶³¹. Van dit proces, ook wel het Hakkelaar-proces genoemd, werd dagelijks via televisie-uitzendingen en in de pers verslag gedaan. Opvallend was dat de officieren van justitie Witteveen en Teeven zelfs een mediatrainer hadden ingeschakeld om zich te laten coachen, een dagboek schreven voor de NRC tijdens het proces en zich uitgebreid lieten interviewen door Vrij Nederland⁶³². De 'mediatisering' van het strafproces was op 6 juni 1997 onderwerp van de NJB-salon, waar overigens de procureur-generaal Docters van Leeuwen weigerde zitting te nemen in het forum omdat daarvoor ook een van de advocaten in het Octopus-proces, Spong, was uitgenodigd, die er volgens Docters van Leeuwen "een gewoonte van heeft gemaakt om publiekelijk leden van het OM zonder enige grond van strafbare feiten te beschuldigen"⁶³³. De reactie van Docters van Leeuwen is tekenend voor de getergdheid waarmee vanuit het OM wordt gereageerd op een verdediging die in de aanval gaat. Leijten verwoordt het als volgt:

"Welk een geheel ander beeld geeft een rechtszitting te zien als van eerste en beslissende betekenis wordt de vraag of het tegen de verdachte door de politie onder verantwoordelijkheid van het OM vergaarde bewijs wel op zodanige wijze is vergaard dat er door de rechter gebruik van kan worden gemaakt. De rollen worden dan omgedraaid: de verdediging gaat in de aanval, de aanvaller, het OM, wordt in de verdediging gedrongen. Het OM moet aantonen dat het oorbare middelen heeft gebruikt om aan het bewijs te komen. Die verdedigende houding is iets wat het openbaar ministerie van nature vreemd is. Bij ons overheerst de mening dat de officier van justitie, als deel uitmakend van de rechterlijke macht, een stuk(je) boven de partijen staat. Maar dat standpunt verdwijnt als sneeuw voor de zon als het materiaal waarmee de officier van justitie moet werken niet naar zijn inhoud maar naar de wijze waarop het

630 Baauw 1996, p. 141; zie voor eenzelfde 'gevoelen' Myjer 1997 I; J. Willems 1997.

631 Mols en Spong 1997, p. 187-193.

632 De koppen in de diverse dag- en weekbladen geven de teneur aan. Een willekeurige greep uit de krantenkoppen: "Advocaat: 'OM voert hetze tegen Hakkelaar'", NRC 15 januari 1997; "OM beticht advocaten van vuile persoorslog", NRC 23 januari 1997; "Gebruik en rol media in proces onder vuur", NRC 7 februari 1997; "Hoofdofficier Vrakking vindt na winnen Octopus-proces dat advocaten grenzen hebben overschreden", Telegraaf 8 februari 1997.

633 Zie voor een verslag van dit symposium Hoefler-van Dongen 1997.

tot stand komt, aan de tand wordt gevoeld. Een overheid die zich moet verdedigen (en het OM maakt deel uit van de overheid) is daarin meestal nog feller dan een burger⁶³⁴.

Ook binnen de gelederen van de balie maakt men zich zorgen over de verslechterde verhoudingen tussen het OM en de advocatuur en de beeldvorming naar het publiek. In een openingscommentaar van het Advocatenblad maant de landelijk deken Huydecoper tot matiging. Hij werpt de vraag op of verdedigers in strafzaken er wel goed aan doen leden van het OM persoonlijk van onfatsoen, leugens of strafbare feiten te beschuldigen, omdat hij meent dat dergelijke beschuldigingen meestal niet gefundeerd zijn en slechts tot het oplopen van de emoties leiden, hetgeen niet ten goede komt aan de belangenbehartiging van de cliënt⁶³⁵. De strafrechtadvocatuur ervaart het 'herderlijke schrijven' van de deken als een dolkstoot in de rug. De beschuldigingen aan het adres van het OM zijn geen loze kreten die worden ingegeven door publiciteitsdrang of ijdelheid van de advocatuur, maar komen voort uit een ontwikkeling in het strafvorderlijk optreden, waarbij de overheid zich gelegitimeerd acht de misdaad te bestrijden door haar eigen regels te overtreden. Handelingen die eenvoudig als strafbare gedragingen kunnen worden gekwalificeerd. Bovendien is in meer strafzaken gebleken dat het OM zeer terughoudend is om van begin af aan de nodige openheid te betrachten ten aanzien van alle relevante informatie met betrekking tot zijn eigen handelen⁶³⁶.

Zowel vanuit de Orde als vanuit het OM worden pogingen ondernomen de verstoorde verhoudingen te herstellen en het werkklimaat te verbeteren. Zo stelt de procureur-generaal Docters van Leeuwen in een overleg-platform met de Orde voor om over en weer stages te organiseren om meer inzicht in- en wederzijds respect voor elkaars positie te kweken. In het Haagse Arrondissement wordt dit plan opgepikt en op 23 juni 1998 wordt een convenant gesloten tussen de deken van de Haagse Orde en de Haagse hoofdofficier van justitie waarin is overeengekomen dat strafrechtadvocaten en officieren van justitie over en weer door middel van een stage in elkaars keuken kunnen kijken. De Adviescommissie Strafrecht van de Orde heeft bezwaren tegen het initiatief. De Adviescommissie is een voorstander van gemeenschappelijke activiteiten zoals cursussen en congressen. Een stage van een fungerend officier van justitie bij een advocatenkantoor stuit echter op principiële problemen. De advocaat heeft immers een geheimhoudingsplicht en de officier van justitie houdt zijn opsporingsbevoegdheid. Onduidelijk is ook hoe het zit met het instemmingsvereiste van de cliënten voor wie de officier toch de tegenpartij blijft⁶³⁷. Uiteindelijk heeft de Orde het College van Procureurs-Generaal medegedeeld dat zij zich wel kan verenigen met een stage-variant

634 Leijten 1997 I, zie ook in dezelfde editie: Schalken 1997.

635 Huydecoper 1997; zie ook "Deken: advocaten bedrijven extremisme", NRC 22 maart 1997.

636 Bakker Schut e.a. 1997.

637 Uitwisseling OM/Advocatuur, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, p. 164-166. Zie voor afloop experiment, dat maar op zeer bescheiden schaal is gestart omdat de meeste strafrechtelijk georiënteerde advocatenkantoren hun medewerking onthielden (één officier van justitie liep stage bij een advocatenkantoor en twee advocaten bij het parket): Haagse officieren neuzen rond in advocatenpraktijk, *Opportuun* 2000, p. 16 en Hesselink en Wolters 2000.

waarbij aankomend officieren van justitie, voordat zij opsporingsbevoegdheid krijgen, gedurende een periode meelopen op een advocatenkantoor en in die periode ook zullen worden beëdigd als advocaat⁶³⁸.

Met de polarisering tussen het OM en de verdediging hebben kennelijk alle betrokken beroepsgroepen problemen: het OM vanwege het feit dat tegen zijn magistraatelijkheid, met name na de IRT-affaire, anders wordt aangekeken⁶³⁹ en zijn eigen integriteit voortdurend ter discussie ziet gesteld, de rechters vanwege de omstandigheid dat de zittingzaal in complexe strafzaken meer en meer een strijdtoneel is gaan vormen voor een procedureel steekspel, waarbij de waarheidsvinding op het tweede plan wordt gedrongen en de advocatuur, vanwege de omstandigheid dat de niet-strafrechtelijk georiënteerde advocaten (het overgrote deel van de Orde) moeite hebben met het prijsboksers-*imago*⁶⁴⁰ van de strafrechtadvocatuur, dat op de hele beroepsgroep afstraalt. Meer dan tevoren moet de advocaat, met name de strafrechtadvocaat, zich verantwoorden voor de legitimiteit van zijn eigen optreden, die onder invloed van de toegenomen publiciteit in strafzaken ook publiekelijk ter discussie wordt gesteld⁶⁴¹.

1.11 Moraliserig: beroepsethiek in het centrum van belangstelling

Het is niet verwonderlijk dat in een tijd van verharding van de sfeer binnen het strafproces, de ethische aspecten van het gedrag van de professionele procesdeelnemers onderwerp van discussie worden. Zo wordt de rechter verweten dat de door de parlementaire enquêtecommissie opsporingsmethoden geconstateerde crisis in de opsporing mede een gevolg is van de weinig kritische manier waarop

638 Brief van Nederlandse Orde van Advocaten aan mr. J. de Wijkerslooth, Voorzitter van het College van Procureurs-Generaal, d.d. 2 november 1999.

639 Hetgeen onder andere een rol heeft gespeeld bij de reorganisatie van het OM, waarin de hiërarchische lijnen zijn aangehaald in de Wet van 19 april 1999 (reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket), Stb. 1999, 194.

640 De term 'prijsbokser' is vooral in zwang gekomen nadat de Maastrichtse strafpleiter Hiddema zich zelf als zodanig typeerde in een interview in de Haagse Post van 16 februari 1996: "Wat mij betreft: het recht heeft mijn hart gestolen, maar die staat kan de pot op. Wij zijn gewoon prijsboksers; we gaan van zaak naar zaak. Krokodillentranchen zijn het, dat gejammer over de rechtsstaat. Mij gaat het allemaal om het avontuur, om de Spielerei, om het drama". Zie ook Huydecoper 1996 I; Haenen 1997; Elberse 1998; Hoekman 1998; Husken 1998; Dorsman 1999.

641 De toegenomen spanningen tussen de professionele procesdeelnemers zijn aanleiding voor een werkconferentie georganiseerd door de Nederlandse Orde van Advocaten, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en het openbaar ministerie, die op 22 januari 1999 heeft plaatsgevonden te Utrecht onder de titel 'Polarisatie in de strafzaal: De verschillende inleidingen zijn gepubliceerd in het maartnummer van Trema 1999: Myjer 1999 I; Sjöcrona 1999 I; J. Willems 1999; Naeyé 1999. Tijdens deze conferentie is ook gediscussieerd over de vraag of ook de verdediging zich heeft te houden aan de beginselen voor een goede procesorde. Zie voor een verslag van de conferentie: Polarisatie in de strafzaal, Advocatenblad 1999, p. 449-450. Naar aanleiding van de conferentie wordt een Werkgroep 'Polarisatie in de strafzaal' ingesteld, die in maart 2000 een rapport heeft uitgebracht: Van der Horst e.a. 2000. Dit rapport zal worden besproken in § 2.7.2.

de rechter grensoverschrijdend politieoptreden heeft getoetst⁶⁴². Ook binnen het openbaar ministerie bezint men zich over vragen van moraal en ethiek in de beroepsuitoefening en concentreert de discussie zich met name op het spanningsveld tussen instrumentaliteit en rechtsbescherming⁶⁴³.

Voor wat de strafrechtadvocatuur betreft, richt de kritiek zich vooral op de mentaliteit van de advocaat die ten behoeve van de verdediging van zijn cliënt alle juridische registers opentrekt, zonder zich te bekommeren om de maatschappelijke gevolgen hiervan⁶⁴⁴. In 1996 betogen Van Doorn⁶⁴⁵ en Couwenberg⁶⁴⁶ dat er een nieuwe orde strafrechtadvocaten is opgestaan: de slimme amorele technocraten, die geen traan laten om de rechtsstaat, maar met alle middelen, vooral gebruikmakend van formele vormfouten, hun (in de ogen van de publieke opinie schuldige) cliënten vrijpleiten⁶⁴⁷. Illustratief is ook hetgeen Van der Werf, vice-president van de Rechtbank 's-Hertogenbosch in een opinie in het Advocatenblad schrijft⁶⁴⁸. Hij is van mening dat in het belang van de formele en materiële kwaliteit van het strafproces een strafpleiter zich best onafhankelijk, partijdig, eenzijdig, opportunistisch en technocratisch mag opstellen, ook als de waarheidsvinding daardoor in het gedrang komt. Maar met twijfel zaaien over de feiten heeft hij moeite:

“Een opvatting die er in wezen op neer zou komen dat advocaten zich erop toeleggen zoveel mogelijk verdachten de dans te laten ontspringen, maakt van cliënten onmondige robots en van hun proces een begrafenis van levenden. Je frustreert dan niet alleen de intentie van het strafrecht. Miskend worden menselijke volwassenheid en waardigheid, namelijk als volwaardig burger verantwoordelijkheid kunnen en behoren te nemen voor eigen gedrag (...). Ik kan althans niet inzien dat tamboereren op verdoezelen – twijfel zaaien – in overeenstemming zou zijn met de heersende moraalopvatting. Die komt erop neer een bijdrage te willen leveren aan vreedzaam en harmonieus samenleven van alle burgers. Het gaat om gevoelens van goedgezindheid en mededogen jegens medemensen. En zou nu juist dat essentiële belang geen rol meer (mogen) spelen bij een (overigens) eenzijdig georiënteerde verdediging? Een bevestigende beantwoording zou mijns inziens de ethische finaliteit van het recht devalueren”.

642 Zie bijvoorbeeld Naeyé en Schalken 1996, die op p. 205 stellen: “De werkelijke oorzaak zou wel eens kunnen liggen in een mentaal verkeerd afgestelde antenne bij de rechterlijke macht. Dat is een moeilijk en gevoelig terrein, omdat de rechter als instituut tegen alle verdrukking in telkens weer behoort te worden verdedigd. Maar de persoonlijk instelling van rechters kan, nu democratische controle op hun functioneren ontbreekt, niet onbesproken blijven”; Spong 1996 en meer in zijn algemeenheid: Rummelink 1995.

643 Meijers 1995; ‘t Hart 1998; Myjer 1998 II en III, die erop wijst dat de bezinning over vragen van ethiek binnen de kringen van justitie, politie en rechtsprekende macht een wereldwijde tendens is. Door het OM wordt een gedragscode vastgesteld op 11 juli 2000, zie Myjer 2000 II.

644 Spronken 1998 III.

645 Van Doorn 1996.

646 Couwenberg 1996.

647 Zij staan hierbij niet alleen, zie bijvoorbeeld ook Kaptein 1995 I en II; P. de Vos 1997, p. 129-132.

648 Van der Werf 1997, p. 13 e.v.

Ook de minister van justitie Sorgdrager uit in een interview in Elsevier van 12 april 1997 haar bezorgdheid over de ethiek van de advocatuur. Naar aanleiding van dit interview werden kamervragen gesteld. In haar antwoord merkt de minister op dat er een grijs gebied dreigt te ontstaan tussen tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen en de traditionele waarden van de advocatuur en de dienovereenkomstige rol in het strafproces:

"Ik signaleer dat een – overigens in omvang beperkt – aantal advocaten steeds meer inspeelt op de toenemende aandacht die de media hebben voor het rechtsbedrijf, waarbij zij soms blijk geeft van een consequent en ver doorgevoerde behartiging van de belangen van de verdachte. Daarbij ontbreekt de benodigde distantie en wordt de confrontatie met de zittende en staande magistratuur niet geschuwd. Een dergelijke opstelling duidt op een beroepshouding die afwijkt van de aloude, vertrouwde normen en waarden van het nobile officium. Wat altijd vanzelfsprekend leek te zijn: de advocaat die – in overleg met zijn cliënt – zijn werkzaamheden in vrijheid uitoefent zonder dat hij iemands lasthebber is, lijkt nu minder voor zich te spreken. De advocaat in wiens optreden de nodige distantie ontbreekt, boet in aan onafhankelijkheid. Wanneer hij zich te zeer op een lijn stelt met de belangen van de verdachte, verliest hij zijn meerwaarde voor de rechter"⁶⁴⁹.

Haar ambtsopvolger op justitie, Korthals, uit zich in een interview in het Advocatenblad als volgt:

"Hij heeft de indruk dat zijn vroegere confrères tegenwoordig vaak zand strooien in de machinerie van het rechtssysteem, waardoor processen onnodig veel vertraging oplopen. 'Ik heb het gevoel dat in strafzaken soms wel erg veel getuigen gehoord moeten worden. Dat vind ik oneigenlijk gebruik maken van de procedure. Ik vind dat een procedure er moet zijn om tot een uiteindelijke beslissing te komen, en niet om alles zo ingewikkeld te maken dat je nergens meer uitkomt. Ik denk dat op een gegeven moment met de Orde van Advocaten besproken moet worden of mijn gevoel klopt en wat we zouden kunnen doen'"⁶⁵⁰.

Uit deze voorbeelden blijkt dat een consequent doorgevoerde belangenbehartiging van de verdachte, met overigens volstrekt legale middelen, op weerstand stuit als hierdoor de waarheidsvinding in het gedrang komt, of zelfs helemaal niet meer aan bod komt, omdat in een strafproces soms alleen de rechtmatigheid van de vervolging onder vuur komt te staan en men aan een inhoudelijke beoordeling van de tenlastelegging niet meer toe komt.

Het centrale thema in de discussie over de vraag hoe een strafadvocaat invulling moet geven aan juridische en ethische beroepsnormen is, hoe de partijdigheid van advocaten voor hun cliënten zich verhoudt tot de eis van loyaliteit jegens het rechtssysteem of – nog algemener gesteld – tot algemene morele opvattingen

⁶⁴⁹ Vragen aan de minister van justitie, Advocatenblad 1997, p. 623-624.

⁶⁵⁰ Habermehl en Nepveu 1999. Zie ook Korthals 2000, de rede van de minister van justitie op de ordevergadering van 6 oktober 2000, waarin hij zegt dat een professionele houding van de advocaat een zekere distantie ten opzichte van zijn cliënt vergt en dat de advocaat behalve het belang van zijn cliënt, tevens het publieke belang van een goede rechtspleging in het oog dient te houden.

binnen de samenleving⁶⁵¹. Ook andere veel bediscussieerde thema's zoals de kwestie van misbruik van (proces)bevoegdheden en de vrees voor betrokkenheid van de advocaat bij criminele activiteiten, hangen in wezen met het uitgangspunt van partijdigheid en eenzijdige belangenbehartiging samen. Kan van advocaten een extra (morele) verantwoordelijkheid worden gevraagd in hun beroepsuitoefening die uitstijgt boven de individuele belangenbehartiging van de cliënt?

1.11.1 *Ethische perikelen van de strafrechtadvocaat: grenzen van partijdigheid*

De hiervoor gegeven voorbeelden van kritiek richten zich voornamelijk op de taakuitoefening van de advocaat in strafzaken, in welk rechtsgebied het spanningsveld tussen partijdigheid en maatschappelijke verantwoordelijkheid zich in vergelijking met andere rechtsgebieden het nadrukkelijkste manifesteert. Het draait daarbij steeds om de vraag, in hoeverre de advocaat als eenzijdige belangenbehartiger, zichzelf moreel neutraal ten aanzien van de doelen en middelen van de cliënt mag of moet opstellen en of de advocaat ook een publieke verantwoordelijkheid heeft⁶⁵². Deze publieke verantwoordelijkheid zou zich moeten uiten in de wijze waarop de advocaat de cliënt adviseert over diens rechten en de te volgen strategie. Bezien vanuit het uitgangspunt dat de rechtspleging ten doel heeft dat diegene gelijk krijgt, die ook gelijk heeft, zou de advocaat bij een schuldige cliënt geen beroep mogen doen op vormfouten of twijfel mogen zaaien omtrent het bewijs⁶⁵³. Uit de advocateneed, waarbij de advocaat zweert of belooft geen zaak te zullen aanraden of verdedigen waarvan deze niet gelooft dat zij rechtvaardig is, wordt afgeleid dat de advocaat alleen tot het uiterste mag gaan, bij het gebruik maken van processuele middelen, wanneer hij persoonlijk overtuigd is van de rechtvaardigheid van de zaak, oftewel de onschuld van zijn cliënt en dat de advocaat geen neutrale of amorele uitvoerder mag zijn van de wil van zijn (schuldige) cliënt⁶⁵⁴.

Deze kritiek die, uitzonderingen daargelaten⁶⁵⁵, voornamelijk afkomstig is uit niet-advocatuurlijk bron, wordt in zijn algemeenheid binnen de advocatuur en strafrechtswetenschap⁶⁵⁶ niet gedeeld. De vrijheid van de advocaat op te komen voor de individuele belangen van de burger en deze te beschermen tegen onge-rechtvaardigde overheidsinmenging, ook al zou hierdoor een schuldige verdachte

651 Zie bijvoorbeeld De Groot-van Leeuwen en Quant 1995 en meer specifiek op de advocatuur gericht: Kemper 1988; De Wijkerslooth 1989; de Bok e.a. (red.), Wat de advocaat betaamt, Tjeenk Willink, Zwolle 1992; Er zijn grenzen, bundel ter gelegenheid van het negende lustrium van de Vereniging De Jonge Balie Utrecht, Tjeenk Willink, Zwolle 1993; Is de cliënt koning?, Bundel ter gelegenheid van het Jonge Balie Congres 1994, Tjeenk Willink, Zwolle 1994; de serie Advocaat en ethiek in het Advocatenblad 1995 met bijdragen van: Quant 1995 I; Witteman 1995; Boekman 1995; De Roos 1995; De Ranitz 1995; Schlösser 1995. Zie verder Kaptein 1995 II; Spong 1996 en Spong 1997, m.n. Hoofdstuk 27, Ethiek en risico's.

652 Zie Jacobs en Kaptein 1998, 109.

653 Kaptein 1995 II, p. 287; Van der Werf 1997, p. 15.

654 Jacobs 1995, m.n. p. 120, Kaptein 1995 II.

655 P. de Vos 1997; Van Driem 1991 en enigszins vager De Wijkerslooth 1989.

656 Zie bijvoorbeeld Corstens 1999, p. 88-89, die schrijft dat de raadsman "principeel partijdig" moet zijn, idem Minkenhof/Reijntjes 1999, p. 75-79.

onbestraft blijven, is óók een publiek belang. De rolverdeling in het strafproces, waaraan de advocaat zijn partijdige positie ontleent, moet worden gezien als een waarborg voor een aan het rechtssysteem inherente waarde, namelijk het respect voor de individuele vrijheid van de burger en de rechtstatelijkheid van het strafproces. 't Hart geeft het als volgt weer:

"Op zichzelf is er niets verkeerd aan een beroepsethiek. Maar die beroepsethiek dient dan wel aan te sluiten op de specifieke verbondenheid van het recht in een democratische rechtsstaat met de waarde van de individuele mens en diens emancipatie en op het stelsel van 'checks and balances' dat het recht in stand moet houden"⁶⁵⁷.

De Roos zegt hierover:

"Rechtsbijstand is per definitie aan het recht georiënteerd, en ontleent haar legitimatie en uiteindelijk ook haar maatschappelijke betekenis en effectiviteit aan het respecteren van de grenzen van het recht. Dat wil weer zeggen dat de advocaat in zijn taakuitoefening – waarin de behartiging van het belang van de cliënt ten alle tijde voorop staat – wel degelijk een op het algemeen belang gebaseerde verantwoordelijkheid heeft"⁶⁵⁸.

De Brauw is ook van mening dat de functie van de raadsman in strafzaken een eigen staatsrechtelijk karakter heeft en dat de raadsman in de uitoefening van zijn functie een onderdeel is van de rechtspleging zelf, in die zin dat hij moet waken voor de rechten van de verdachte:

"Slechts de raadsman kan gedurende de gehele loop van de vervolging waken tegen inbreuken op de rechten van de verdachte. Deze functie, die alle taken van de raadsman omvat, brengt mede, dat het optreden van een raadsman als een zaak van algemeen belang te beschouwen is en het ontbreken van de bijstand van een raadsman vaak als strijdig met het algemeen belang moet worden gezien. Strafrechtspleging zonder het tegenwicht van een onafhankelijke bewaking van de grenzen die de wet stelt is onvolkomen en een gevaar voor adequate bescherming van de rechten van de mens"⁶⁵⁹.

In deze visie ligt besloten dat de taak van de advocaat in de strafrechtspleging de individuele belangenbehartiging overstijgt. Het gaat niet alleen om het individuele belang in een bepaalde zaak, maar om de vrijheid die het rechtssysteem biedt om voor dit individuele belang op te komen.

Daarnaast draagt de advocaat bij aan het rechtstatelijke karakter van het strafrecht door erop toe te zien dat procesregels en algemene beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging worden nageleefd⁶⁶⁰. Het is de taak van de raadsman op de

657 't Hart 1998, p. 9.

658 De Roos 1998, p. 17. Zie ook De Roos 1991, p. 15, waarin hij schrijft dat, dat de verdediging op een behoorlijke manier kan worden gevoerd; een algemeen belang is; zo ook Sutorius, *Vademecum Strafzaken*, suppl. 1, 1.2. e.v.

659 De Brauw 1979, p. A1100-3-A1100-4.

660 Mols 1993, p. 15; zie ook Mols 1996, p. 709, die stelt dat procesrecht ook recht is en de verwezenlijking daarvan een onderdeel is van de rechtszekerheid, een voor de rechtsstaat fundamenteel begrip, en van het officium nobile een van de constituerende elementen.

bres te staan voor de in de wet geformuleerde rechten en bevoegdheden van de verdachte en bij beperkingen van deze rechten en bevoegdheden van de rechter een gemotiveerde beslissing te eisen zodat deze beperkingen in beroep en cassatie toetsbaar zijn⁶⁶¹.

Dat de eenzijdige belangenbehartiging van de cliënt bij de taakuitoefening voorop behoort te staan wordt binnen de advocatuur tegenwoordig als een vanzelfsprekendheid beschouwd. Huydekoper zegt hierover:

"Het uitgangspunt is simpel: een advocaat komt, als partijdige belangenbehartiger, op voor de belangen van zijn cliënt. Een advocaat laat zich (binnen de grenzen van het toelaatbare natuurlijk) alléén door die belangen leiden (...). Het zou toch onverteerbaar zijn wanneer een cliënt ermee rekening moest houden dat zijn advocaat – zijn vertrouwensman bij uitstek en zijn steun en toeverlaat in juridische nood – zich niet slechts op de behoeften en belangen van de cliënt zou oriënteren, maar ook nog andere belangen – al dan niet bij wege van een 'verborgen agenda' – in zijn beleid zou mogen of moeten betrekken. Dat mag dus beslist niet"⁶⁶².

Het uitgangspunt van eenzijdigheid ligt ook ten grondslag aan de Advocatenwet, hetgeen blijkt uit de eerste zin van de Memorie van Toelichting waarmee het ontwerp voor de Advocatenwet werd ingediend: "Het is de taak en de roeping van de advocaat, op te treden ter verdediging van personen en belangen, die worden bedreigd"⁶⁶³. Daarbij heeft zich in de Advocatenwet een ontwikkeling voorgedaan in die zin dat de centrale norm waaraan advocaten in hun beroepsuitoefening moeten voldoen is verschoven van het handelen conform de "eer van de stand" van de Nederlandse Orde van Advocaten⁶⁶⁴ naar het handelen conform "de zorg die zij als advocaten behoren te betrachten ten opzichte van degenen wier belangen zij als zodanig behartigen of behoren te behartigen"⁶⁶⁵. Ook in de gedragsregels voor advocaten is de nadruk verlegd van het handelen conform de eer van de stand van advocaten naar een goede belangenbehartiging voor de cliënt. Illustratief is dat in de Ere-regelen 1939 de bijdrage aan de rechtsbedeling de centrale norm is:

661 Aldus Cleiren 1992 II, p. 938.

662 Huydekoper 1998, p. 1; ook De Brauw 1979, p. A1100-4 schrijft dat de eerste eis die de raadsman gesteld moet worden volstrekte eenzijdigheid is. De raadsman heeft als eerste taak het meest gunstige resultaat voor zijn cliënt te bereiken en mag daarvoor ieder middel aanwenden dat binnen het kader van de wet en zonder overschrijding van de door de wet gestelde beperkingen tot zijn beschikking staat; idem P. Mout 1987 en De Roos, *Vademecum Strafzaken*, suppl. 83, 2.2.

663 Bijl. Hand. TK 1947-1948, 892, nr. 3, p. 1.

664 Zie artikel 46 Advocatenwet, zoals tot stand gekomen bij wet van 23 juni 1952, Stb. 365.

665 Zie artikel 46 Advocatenwet zoals gewijzigd bij wet van 12 september 1984, Stb. 417, in de Memorie van Toelichting bij deze wetwijziging staat dat: "niet de eer van de stad der advocaten maar de waarborg van een behoorlijke beroepsuitoefening met het oog op de belangen van de rechtzoekende" de primaire doelstelling van de tuchtrechtspraak is TK 1979-1980, 16 094, nr. 3, p. 1-2; zie ook Mols en Malherbe 1990, p. 3 e.v., die constateren dat de zorgvuldigheid die de advocaat tegenover zijn cliënt is verschuldigd, geleidelijk meer nadruk heeft gekregen.

"De advocaat mag nimmer uit het oog verliezen dat hij door zijne inschrijving deel uitmaakt van een orde, wier leden als zodanig geroepen zijn tot het geven van leiding aan het rechtsleven, en (...) bevoegd zijn tot medewerking aan de rechtsbedeling naast de rechterlijke macht door het verlenen van de voor de goede rechtspraak onmisbare rechtsbijstand en voorlichting bij de rechtscollégiën. De advocaat behoort bij al zijn gedragingen van dit uitgangspunt uit te gaan. Al zijne bevoegdheden en alle hem bindende gedragsregels berusten op deze betekenis van het beroep en van den stand en moeten dienovereenkomstig worden verstaan en toegepast"⁶⁶⁶.

terwijl in de inleiding op de Gedragsregels 1992 staat vermeld:

"De hoofdtak van de advocaat is het verlenen van advies en bijstand aan individuele cliënten of aan groepen cliënten wier belangen parallel lopen.

Bij de belangenbehartiging vertegenwoordigt hij een partijstandpunt. De principiële partijdigheid van de advocaat verdraagt zich niet met de behartiging van belangen die met die van zijn cliënt strijdig zijn. De advocaat onthoudt zich dus van behartiging van strijdige belangen. De advocaat dient het belang van zijn cliënt alleen dan goed, wanneer hij zich bij de behandeling der zaken slechts door dat belang, en niet door enig eigen belang, laat leiden. Ook door andere belangen moet de advocaat niet worden belemmerd, respectievelijk zich laten leiden bij de vervulling van deze hoofdtak"⁶⁶⁷.

In tegenstelling tot bijvoorbeeld Jacobs⁶⁶⁸ en Kaptein⁶⁶⁹, die in de eed een norm van publieke verantwoordelijkheid zien, interpreteert Quant⁶⁷⁰ de passage in de advocateneed dat de advocaat 'geen zaak zal aanraden of verdedigen die hij in gemoede niet geloofte rechtvaardig te zijn', als een legitimatie van de vrijheid van de advocaat, om in iedere zaak die hij rechtvaardig acht met wettige middelen in het belang van de cliënt te strijden, ondanks de kritiek of weerstand van buiten.

In de discussie die gevoerd wordt over de beroepsethiek van de strafrechtadvocaat valt op, dat aan de betekenis van 'het rechtssysteem', 'de rechtsstaat' of 'de rechtsbedeling' – vaak impliciet – een verschillende inhoud gegeven wordt. Diegenen die aan de advocaat een publieke verantwoordelijkheid toedelen, bedoelen met de term rechtsstaat een effectieve vervolging en bestraffing van misdrijven en zij identificeren het rechtssysteem c.q. gerechtigheid met het vinden van de materiële waarheid c.q. het bereiken van een inhoudelijk rechtvaardig resultaat:

666 Ontwerp herziene ere-regelen voor de advocaten 1939, *Advocatenblad* 1939, p. 117-134.

667 Gedragsregels 1992, *Vademecum Advocatuur*, Wet- & regelgeving 2000, p. 221-256; De Groot-van Leeuwen 1995, p. 116, concludeert dat de meeste advocaten radicaal kiezen voor het belang van hun cliënt, en dat de beroepscode en de *Advocatenwet* in steeds mindere mate tegenwicht bieden tegen deze keuze. Ging in de oude zorg 'om de eer van de stand der advocaten' nog een norm van de bescherming van het algemeen maatschappelijk belang schuil, de verschuiving naar een meer cliëntgerichte benadering heeft deze norm haars inziens verzwakt. Dit artikel is mede gebaseerd op het door haar samen met Schuyt in 1992 gedane onderzoek in het kader waarvan 80 advocaten zijn geïnterviewd, zie Schuyt en De Groot-van Leeuwen 1991.

668 Jacobs 1995.

669 Kaptein 1995 II.

670 Quant 1998.

de schuldige moet gestraft worden en de onschuldige dient vrijuit te gaan⁶⁷¹. In deze benadering wordt de procedurele rechtvaardigheid die, zoals 't Hart stelt, nauw verbonden is met de democratische rechtsstaatgedachte en waarin de advocaat in het systeem van 'checks and balances' een specifieke rol heeft, namelijk die van partijdige belangenbehartiger, als een ondergeschikte – welhaast immorele – waarde beschouwd. Bezien vanuit de positie van de verdediging en vanuit het oogpunt van de democratische rechtsstaatgedachte staat daarentegen juist de norm van procedurele rechtvaardigheid, ook als morele norm, centraal. Brants zegt in dit verband dat het niet voor niets is, dat artikel 6 EVRM met zijn minimumvereisten van een eerlijk proces een van de weinige artikelen van het EVRM is zonder een tweede lid waarin uitzonderingen zijn toegestaan die noodzakelijk zijn in een democratische samenleving, omdat het het eerlijk proces zelf is, dat noodzakelijk is⁶⁷². Een wezenlijk verschil met de benadering van bijvoorbeeld Jacobs en Kaptein is hierbij, dat de rechtsbedeling niet benaderd wordt vanuit het uitgangspunt van een materieel juiste en rechtvaardige beslissing, maar vanuit het uitgangspunt van een rechtvaardige procedure. Het gaat dan om de rechtsbedeling als proces en niet als resultaat. Alhoewel beide benaderingen kunnen worden beschouwd als twee zijden van dezelfde medaille⁶⁷³, idealiter dient een eerlijk proces ook te resulteren in een juiste uitkomst, zorgt het verschil in betekenis die aan de term rechtssysteem of rechtsbedeling wordt toegekend, voor een debat waarin de discussies niet op hetzelfde niveau, dus langs elkaar heen, gevoerd worden. Door diegenen, die een materieel rechtvaardigheidsbegrip hanteren, wordt de betekenis van de procedurele rechtvaardigheid, waaraan nu juist de advocaat zijn functionele rol ontleent, niet serieus in de argumentatie betrokken. Net als in de discussies naar aanleiding van de invoering van het Wetboek van Strafvordering, zie met name § 1.2.1.1 en § 1.2.1.4, wordt de tweespalt in standpunten over de beroepsethiek van de advocaat in strafzaken veroorzaakt door de (de-)juridisering van de schuldvraag. In de rechtsstatelijke benadering gaat de verdachte vrijuit indien niet voldaan is aan procedurele en bewijstechnische voorwaarden voor een veroordeling. In juridische zin is de verdachte dan onschuldig, ook al zou hij feitelijk wel schuldig kunnen zijn. Met name dit aspect wordt door degenen die de advocaat verantwoordelijk houden voor een vrijspraak

671 Zie m.n. Jacobs en Kaptein 1998, maar impliciet hanteren ook Schuyt en De Groot-van Leeuwen 1991, deze materiële rechtvaardigheidsnorm als leidraad bij het analyseren van morele redeneerpatronen van advocaten. Zij kwalificeren de redenering dat de advocaat slechts het belang van de cliënt heeft te behartigen en geen verantwoordelijkheid heeft voor het algemeen belang, als het wegdeneren van het ethische probleem. Dit komt met name tot uiting in De Groot-van Leeuwen 1995, die zich afvraagt of advocaten op enigerlei wijze hun partijdigheid voor de cliënt trachten te combineren met hun maatschappelijke verantwoordelijkheid. Uit haar conclusie blijkt dat zij deze maatschappelijke verantwoordelijkheid op één lijn stelt met de verantwoordelijkheid voor het belang van het collectief oftewel het algemeen maatschappelijke belang. Zie ook Groenhuijsen en Knigge, 2000, Algemeen deel, p. 25. Volgens Groenhuijsen en Knigge vormen de rechten van de verdediging geen autonome grootheid, maar zijn zij gerelateerd aan het doel van het strafproces, in het bijzonder aan het voorkomen van bestraffing van onschuldigen.

672 Brants 1999, p. 32.

673 Vergelijk de relationele visie van 't Hart op recht, onder andere in 't Hart 1994, p. 223 e.v.

van een 'schuldige' buiten beschouwing gelaten. Daarmee wordt de advocaat niet alleen opgezaald met een persoonlijk dilemma. Het uitgangspunt, dat de advocaat medeverantwoordelijk is voor een materieel juiste uitkomst van het strafproces, is ook uit oogpunt van de structuur van het strafproces en de daaraan ten grondslag liggende beginselen uiterst problematisch. Hoe kan de innerlijke overtuiging van de advocaat dat zijn cliënt schuldig is, leidraad zijn voor zijn handelen gedurende het strafproces, indien volgens de rechtstatelijke uitgangspunten pas van schuld mag worden uitgegaan als de rechter tot een veroordeling is gekomen? Wordt het nemo tenetur-beginsel niet illusoir, als het de advocaat niet is toegestaan een beroep te doen op formele beletselen die een veroordeling in de weg staan, indien hij weet dat zijn cliënt schuldig is? De advocaat wordt in een schizofrene positie geplaatst, als door andere procesdeelnemers of de buitenwacht in het algemeen belang een beroep kan worden gedaan op diens loyaliteit ten aanzien van de waarheidsvinding, terwijl de advocaat tegelijkertijd – eveneens in het algemeen belang – de opdracht heeft nadrukkelijk aan de zijde van de individuele cliënt te staan en alleen diens belang te behartigen⁶⁷⁴.

1.11.2 Misbruik van bevoegdheden

Ook indien men de partijdige opstelling van de advocaat, mede in het algemeen belang, gelegitimeerd acht, dan betekent dit nog niet, dat daarmee ook de beroepsethische dilemma's zijn opgelost. Er blijven legio beroepsethische vragen over zoals de kwestie van misbruik van (proces)bevoegdheden en de vrees dat de advocaat betrokken raakt bij criminele activiteiten of deze faciliteert. Ook hierbij speelt de onderliggende vraag: de advocaat mag dan wel partijdig zijn, maar hoe ver mag de advocaat gaan in de behartiging van de belangen van zijn cliënt?

Uit praktijkvoorbeelden blijkt dat vermeend misbruik zich met name afspeelt in de 'vormfoutensfeer' en bij het gebruik maken van processuele rechten om de procesgang te vertragen of helemaal te laten spaak lopen, kortom het gebruik van processuele middelen met het vooropgezette doel zand in de machine te strooien. Een voorbeeld waarin de raadsman verantwoordelijk wordt gehouden voor de gevolgen van vormfouten is de zaak van de 'Rotterdamse disco-schutter', die in 1987 diende bij het Gerechtshof in Den Haag. Het hof had bij de schorsing van het onderzoek ter terechtzitting voor een langere termijn dan een maand, verzuimd ingevolge artikel 277a Sv (oud) de klemmende reden, die tot een langere aanhouding aanleiding gaf, in het proces-verbaal van de terechtzitting te vermelden. De raadsman van de verdachte vroeg na ommekomst van een maand onmiddellijke invrijheidstelling van zijn cliënt, die in eerste aanleg tot 8 jaren gevangenisstraf en TBR was veroordeeld. Het Hof weigerde gelet op de ernst van de zaak de invrijheidstelling, maar de president van de Rechtbank Den Haag stelde de verdachte na een vordering in kort geding op vrije voeten. Naar aanleiding van de ontstane commotie bij het publiek verklaarde de Rotterdamse persofficier:

674 Spronken 1998 III, p. 201-202.

"Je kunt je afvragen of de advocaat dit had mogen doen. Bij een rechtsstaat horen procedures, zeker. Maar er is nu misschien een grens overschreden. Een rechtssysteem dat niet meer wordt geloofd, bestaat eigenlijk niet. Ja, ik zou mij dat afvragen als ik advocaat was geweest. Je kunt allerlei belangen afwegen. Er zijn tenslotte ook nabestaanden van de slachtoffers. Als je gaat bevorderen dat men in vrijheid komt op procedurele gronden en waarbij bovendien al een veroordeling is geweest dan haal je je gelijk om het gelijk en dan verlies je uit het oog waarom er allerlei regels zijn. Als u mij vraagt wat ik als advocaat in zo'n geval zou doen dan ligt het antwoord daarop in mijn reactie besloten. Belangen van de cliënt? Zeker. Die rechten zijn er. Maar er zijn andere zaken. Ik denk dat de advocaat zich dat zou moeten afvragen"⁶⁷⁵.

Een soortgelijk geval doet zicht voor als een advocaat op grond van een fout van het OM tijdige verlenging van de tbs te vragen van een gevaarlijk geachte pedofiel, bewerkstelligt dat deze in vrijheid wordt gesteld. Kaptein vindt dit gedrag van de advocaat onaanvaardbaar⁶⁷⁶. De betrokken Amsterdamse advocaat, Korvinus, stelt in een reactie dat Kaptein een kardinale denkfout maakt. Degene die de consequentie van de toepassing van wettelijke regels maatschappelijk onaanvaardbaar acht, moet pleiten voor wetswijziging in plaats van advocaten onethisch gedrag te verwijten⁶⁷⁷.

Op de vraag of de verdachte en/of zijn advocaat misbruik kunnen maken van de hen toegekende procedurele bevoegdheden wordt uitgebreider ingegaan bij de bespreking van de strafvorderlijke bevoegdheden in hoofdstuk 2, § 2.7 e.v.

1.11.3 Tarzangedrag en publiciteit

Het is vooral de publieke overwinningvreugde van advocaten, bij een succes vanwege juridisch-technische fouten van rechters of officieren, die menigeen in het verkeerde keelgat schiet, vooral als daarbij de indruk ontstaat dat vormfouten als het ware door de advocaat zijn uitgelokt⁶⁷⁸. Een bekend voorval is de vrijpraak van een verdachte van drugsdelicten omdat bij een verhoor van de belangrijkste getuige à charge, die via een rogatoire commissie in Brazilië werd gehoord, de meegereisde raadsman niet werd toegelaten. De betrokken advocaat, Spong, liet aan de pers weten dat hij zich tijdens het verhoor in Brazilië, aan de rand van het zwembad van zijn Braziliaanse hotel had verkneukeld, omdat hij de vrijpraak toen al had zien aankomen.

Een ander voorbeeld is de vrolijkheid die door twee raadslieden van twee verdachten van verkrachting wordt tentoongespreid, als hun cliënten onmiddellijk in vrijheid moeten worden gesteld omdat de dagvaarding nietig is nu deze was betekend, terwijl op een verzoek tot heropening van het GVO van de zijde van de verdediging nog niet was beslist. De raadslieden feliciteerden in aanwezigheid

675 De taak van de raadsman in de ogen van het OM, Rubriek Advocatuur DD 1987, p. 1133-1134.

676 Kaptein 1998.

677 Korvinus 1998. Overigens blijft deze discussie zich herhalen, zie bijvoorbeeld: Kaptein 1999 I; Mols 1999 II; Tomlow 1999; Kaptein 1999 II; Kaptein 2000 I; Van de Beeten 2000.

678 De navolgende voorbeelden zijn ontleend aan: Vormfouten, professionele satisfactie en de gevoelige overheid, Rubriek Advocatuur DD 1991, p. 198-200.

van het slachtoffer ter terechtzitting hun lachende cliënten. De raadsman die het verweer had gevoerd kon een juichkreet niet onderdrukken en de ander sloeg hem op de schouder. De Amsterdamse persofficier reageert bitter:

"Natuurlijk heb ik er niets op tegen (...) dat advocaten maximaal gebruik maken van de rechtsmiddelen. Uiteraard hebben zij de plicht om te wijzen op fouten en foutjes van de rechtbank of het openbaar ministerie. Daarna vervalt je echter in een grens- of overgangsgebied, waarbij advocaten zich niet alleen maar laten leiden door het op zich nobele motief om het maximale voor hun cliënt te doen, maar mede de intentie hebben om maximale druk op het gerechtelijk apparaat uit te oefenen, in de hoop dat er iets mis gaat. Ook daar kun je nog over praten, maar de tweede fase is dat advocaten min of meer met opzet het OM op het verkeerde been zetten. Dan raak je het 'fair play'-beginsel waar raadslieden vaak de mond vol van hebben, maar dat beginsel geldt in principe voor ieder binnen het apparaat, ook voor de advocaten"⁶⁷⁹.

De voorzitter van de strafkamer van de Amsterdamse rechtbank, S. Slagter en de Amsterdamse hoogleraar T.N. Schalken waarschuwen naar aanleiding van (o.a.) dit voorval advocaten, dat het aanwenden van rechtsmiddelen, met als kennelijk doel het vergroten van de kans op vormfouten – en daarbij de successen publiekelijk bejubelen – op de lange termijn zal leiden tot het beperken van rechtsmiddelen, zoals reeds is gebeurd ten aanzien van de bezwaarschriftprocedure tegen de dagvaarding⁶⁸⁰. Publiek overwinningsgedrag, dat volgens Schalken niet getuigt van wezenlijk begrip voor gekwetste gevoelens van anderen, als advocaten "zich gedragen als de jager die triomferend poseert met één been op de neergeschoten buffel", blijkt een van de voedingsbodems te zijn voor de polarisering en verharding van de verhoudingen tussen de professionele procesdeelnemers⁶⁸¹ en versterkt het beeld van de ijdele op publiciteit en geld beluste strafpleiter⁶⁸². Daarnaast wordt hierdoor het publieke vooroordeel versterkt, dat advocaten en gangsters één pot nat zijn⁶⁸³. Het is de vraag of het belang van de cliënt, welk belang voor de advocaat centraal zou moeten staan, zowel op korte als op lange termijn, gebaat is bij de irritatie die de advocaat oproept, als hij zich publiekelijk op de borst klopt bij een gestrande strafvervolgning, met als een voor hem 'plezie-

679 Trouw, 25 oktober 1990.

680 Het Parool, 25 oktober 1990; NRC Handelsblad 29 november 1990. Zie ook Van Hassel 1992 en Myjer 1999 I, die ook waarschuwen voor de effecten op de lange termijn van uitbundig gebruik van rechtsmiddelen.

681 Zie hiervoor § 1.10.5.

682 Deze aspecten worden ook aangehaald door Myjer en Naeyé in hun lezingen bij de werkconferentie Polarisation in de strafzaal, georganiseerd door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, Orde van Advocaten en het Parket-Generaal van het OM op 22 januari 1999, Myjer 1999 I; Naeyé 1999. Zie ook Prakken 1991 en nog recentelijk het interview met de Amsterdamse president van de rechtbank, mr. Gisolf, die van mening is dat advocaten zich in de media terughoudend moeten opstellen en dat zij de functie van 'roepstoeter' beter aan anderen kunnen overlaten, Van den Heuvel 2000; alsmede Kat 2000.

683 Zie Lex Dura, Vrij Nederland 1 december 1990.

rige bijkomstigheid' dat hij zijn concurrentiepositie ten opzichte van collega strafpleiters verbetert⁶⁸⁴.

Binnen de advocatuur is men zich zeer wel bewust van het feit, dat de aan de advocaat toegekende privileges en bevoegdheden onder druk komen te staan indien hiervan niet op een juiste manier gebruik wordt gemaakt⁶⁸⁵. Over hoe deze 'juiste manier' moet worden ingevuld, blijven de gedragsregels echter tamelijk vaag. In de Inleiding op de Gedragsregels 1992⁶⁸⁶ wordt gesteld dat de advocaat van zijn positie op een zodanige wijze gebruik dient te maken dat zij een goede rechtsbedeling bevordert en dat bij die goede rechtsbedeling niet alleen de belangen van de cliënt betrokken zijn, maar ook het algemeen belang. Dat betekent dat de advocaat zich niet onnodig grievend mag uitdrukken, rekening moet houden met gerechtvaardigde belangen van de tegenpartij en derden, zich niet van oneigenlijke middelen mag bedienen en het vertrouwen in de integriteit van de advocatuur niet mag schenden. Bij een conflict van plichten, dat kan voortvloeien uit de primaire taak van partijdige belangenbehartiging en het openbaar belang van een goede rechtsbedeling, zal – aldus de Inleiding op de Gedragsregels 1992 – het belang van de cliënt zelfs een enkele maal moeten wijken. Concretere aanwijzingen dan dat de advocaat in een dergelijk geval aangeraden wordt het advies van de deken in te winnen geven de gedragsregels echter niet.

1.12 Criminalisering van de advocaat

Een andere actuele ontwikkeling, die samenhangt met het thema misbruik van bevoegdheden, is de tendens de advocaat meer en meer te beschouwen als een verlengstuk van zijn (criminele) cliënt, waardoor de grens tussen rechtsbijstand en betrokkenheid bij criminele activiteiten wordt opgerekt⁶⁸⁷. Met name in de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit wordt de advocatuur gezien als een zwakke schakel wier beroepsgeheim en verschoningsrecht een veilige dekmantel vormen voor (door de advocaat bedachte juridische) constructies om uit misdaad afkomstige winsten wit te wassen. Met de verruiming van de strafbaarstelling van

684 Dat publiciteit uit concurrentieoverwegingen aan de strafrechtadvocatuur niet vreemd is, blijkt bijvoorbeeld ook uit de medewerking vanuit de advocatuur aan de sedert 1994 jaarlijks gehouden enquête in opdracht van het programma 'Peter R. de Vries, misdaadverslaggever', naar de 10 beste strafpleiters van het jaar. Deze verkiezing is niet alleen een 'kermis der ijdelheid', maar dient ook zeker de commerciële belangen van de advocaten in kwestie. De gekozenen, meestal bestaande uit strafpleiters die met hun zaken regelmatig de pers halen, worden met een oorkonde gehuldigd in een op een Oscar-uitreiking lijkende directe gala-uitzending, met meer genomineerden in de zaal, die met publiciteit in de pers gepaard gaat en ook zeker aan de potentiële cliëntèle niet ongemerkt voorbij zal gaan; zie bijvoorbeeld: "Topadvocaten zijn de Bergkamps van de advocatuur", Zwolse Courant 11 november 1998; "Spong beste strafpleiter", Telegraaf 20 november 1998; Naeye 1999. Zie in zijn algemeenheid over de advocatuur en de media: de Orde-special Recht en Media, Advocatenblad 8 september 2000.

685 Prakken en Spronken 1999, m.n. p. 505 en zie ook § 1.12.5.2 hierna met betrekking tot de Bruyninckx-richtlijnen.

686 Gedragsregels 1992, Vademecum advocatuur, Wet- & regelgeving 2000, p. 221-256.

687 Mols en Spronken 1996.

deelneming aan criminele organisaties⁶⁸⁸ en de algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen⁶⁸⁹ kunnen advocaten sneller verdacht worden van deelname aan criminele activiteiten waarvan hun cliënten worden verdacht⁶⁹⁰. Maar de advocaat staat ook in verband met de uitoefening van zijn beroep bloot aan het risico van strafvervolgning. De bloei van de commerciële strafrechtadvocatuur die hand in hand lijkt te gaan met de groei van de georganiseerde drugscriminaliteit heeft de discussie doen oplaaien of advocaten, die worden betaald met uit misdadig afkomstige opbrengsten zich schuldig maken aan (schuld)heling.

Ter illustratie zal hierna eerst een tweetal voorvallen worden beschreven, waarbij de beroepsmatige handelingen van de advocaat worden gecriminaliseerd, waarna nader zal worden ingegaan op de vermeende betrokkenheid van advocaten bij georganiseerde criminaliteit, de hiermee verbonden helingsproblematiek en het beleid van de Orde van Advocaten als reactie hierop.

1.12.1 *Gestolen gegevens à décharge*

Tijdens de behandeling van de Zwolsmanzaak⁶⁹¹ bij het Gerechtshof Amsterdam, waarin met name de (on)rechtmatigheid van de gehanteerde opsporingsmethoden centraal staan, krijgt de verdediging de beschikking over diskettes met computerbestanden, die bij inbraken bij het Amsterdamse parket en een officier van justitie thuis zijn onvreemd en die informatie bevatten over het opsporingsonderzoek. Deze gegevens worden door de verdediging gedoseerd ter zitting gebruikt om meer informatie te krijgen over de gehanteerde opsporingsmethoden, waarover het OM c.q. de politie vervolgens steeds meer moet prijsgeven. Doordat er, mede naar aanleiding van de gestolen informatie, steeds weer nieuwe getuigen (opsporingsambtenaren) moeten worden gehoord, neemt de behandeling van de zaak ter terechtzitting onvoorziën twaalf dagen in beslag. Daarop ontstaat een discussie over de vraag of de verdediging gebruik mag maken van uit misdrijf afkomstige gegevens. De PG is verontwaardigd dat advocaten, zonder het OM en het hof daarvan tevoren van op de hoogte te stellen, zich ter zitting met een soort 'over-

688 Art. 140 Sr.

689 Art. 46 Sr.

690 Vaak verschijnen hiervan publicaties in de pers. Zie bijvoorbeeld: Advocaat adviseert xtc-bende, NRC 5 juli 1999, over adviezen van een advocaat m.b.t. het al dan niet legaal gebruik van chemicaliën (de betrokken advocaat is als getuige gehoord, heeft zich op zijn beroepsgeheim beroepen en is uiteindelijk niet vervolgd); Afgeluisterde advocaat eist vergoeding van staat, Rotterdams Dagblad 18 september 1999, over een advocaat die afgeluisterd en geobserveerd werd in verband met het opsporingsonderzoek in het zogenaamde Barbecue-onderzoek (de advocaat zelf werd niet als verdachte aangemerkt); Advocaat van der V. spreekt, Mr. September 1999, p. 13-15, eveneens een advocaat die als medeverdachte is beschouwd van zijn cliënt; De zaak van Soester advocaat-ondernemer Ben de Jong, Knipselkrant Nederlandse Orde van Advocaten 30-juni 1999, p. 13-14. De Jong zat twee maanden in voorlopige hechtenis wegens vermeende betrokkenheid bij handel in drugs door zijn cliënten. Het onderzoek leverde echter niets op. De Jong is niet verder vervolgd; Advocaat wil snel aan het werk na vrijlating, Apeldoornse Courant 24 maart 2000, over een advocaat die betrokken zou zijn bij invoer en uitvoer van cocaïne.

691 HR 19-12-1995, NJ 1996, 249.

valtactiek' bedienen van gestolen materiaal. Nog afgezien van de vraag of de advocaat zich daarbij schuldig maakt aan enige vorm van heling, is hij van mening dat het normbesef van advocaten dienaangaande zou moeten worden aangescherpt. Ook het Hof acht het in een tussenarrest van 4 december 1994 bedenkelijk:

"dat het strafproces onder druk komt te staan van gegevens, die verkregen zijn door gedrag dat niet anders dan als crimineel kan worden beschouwd. In zoverre onderschrijft het Hof het standpunt van de procureur-generaal, als ook diens standpunt dat het mede op de weg van de advocatuur ligt om ondermijning van de rechtsstaat te vermijden en een goede procesorde te bevorderen. Dat neemt echter niet weg dat de feiten zoals die zich thans voordoen onder ogen dienen te worden gezien en dat niet kan worden gehandeld alsof zich niet datgene heeft voorgedaan, waarover de procureur-generaal – op zichzelf terecht – de staf breekt".

Nu er geen aanwijzingen zijn dat de betrokken raadsman deel heeft gehad aan de illegale verkrijging, voegt het hof het gestolen materiaal bij de processtukken en gelast naar aanleiding hiervan het OM een volledig overzicht te geven van de in het opsporingsonderzoek gehanteerde opsporingsmethoden. Ten aanzien van de positie van de advocaat overweegt het hof echter nog vermanend:

"dat de advocatuur zich dient te realiseren dat zij onderdeel van de rechtsstaat uitmaakt, zijnde een onderwerp waarop de Orde van Advocaten zich uitvoerig zal dienen te bezinnen, waarbij het niet denkbeeldig is te achten dat tot de conclusie moet worden gekomen dat een advocaat op een gegeven moment afstand zal dienen te nemen van diens cliënt. Dat laat echter de controlerende taak van de rechter met betrekking tot de (on)rechtmatigheid van het onderzoek onverlet, ook al is het uitoefenen van die taak mede veroorzaakt doordat de advocaat is komen te beschikken over gegevens van dubieuze herkomst"⁶⁹².

Hoewel de PG van mening is dat de betrokken raadsman onoorbaar heeft gehandeld zegt de minister van justitie Sorgdrager in een interview desgevraagd, dat de advocaat weliswaar niet zelf mag bevorderen dat informatie via een misdrijf ter beschikking komt van de verdediging, maar dat er geen regel is die de advocaat verbiedt dergelijk materiaal in een strafzaak te gebruiken⁶⁹³. Ook door anderen wordt opgemerkt dat de selectieve verontwaardiging in de richting van de advocaat, als zou deze de rechtsstatelijke belangen schaden door gestolen informatie te gebruiken nogal dubieus is in een situatie waarin gebleken is, dat informatie over gehanteerde opsporingsmethoden stelselmatig door de politie en het OM aan de rechter en verdediging wordt onthouden waardoor het eveneens rechtstatelijke

692 Zie voor een bespreking van deze problematiek De Roos, *Vademecum strafzaken*, suppl. 83, 2.6.; Wiewel 1995, p. 144 e.v.; Verdediging en gestolen informatie, Rubriek Advocatuur DD 1995, p. 285-287.

693 Lindo 1995, p. 4; idem: De Roos, *Vademecum Strafzaken*, suppl. 83, 2.6.; zie ook Jörg 1996.

vereiste van een eerlijk proces wordt geschonden⁶⁹⁴ en deze justitiële organen zelf rechtsstaat-ondermijnend handelen⁶⁹⁵.

Verder wordt betwijfeld of in het onderhavige geval in juridisch-technische zin gesproken kan worden van heling door de advocaat⁶⁹⁶. Sorgdrager vindt dit bij een advocaat, die te goeder trouw is, theoretisch en gekunsteld⁶⁹⁷. Ook wordt geopperd dat de advocaat in een dergelijke situatie, naar analogie van wettelijk geregelde strafuitsluitingsgronden, een beroep op een conflict van rechtsplichten kan doen of een beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid⁶⁹⁸. Verder is het de vraag of het gebruik van door misdrijf verkregen gegevens wel als heling kan worden beschouwd, nu uit de wetsgeschiedenis van de Wet computercriminaliteit kan worden afgeleid dat de wetgever niet van een algemene strafbaarstelling van heling van gestolen informatie heeft willen weten, door een onderscheid te maken tussen 'gegevens' en het strafrechtelijk begrip 'goed'. Alleen goederen zijn vatbaar voor heling en gegevens derhalve niet⁶⁹⁹.

Ook de Orde van Advocaten heeft zich over een standpuntbepaling bezonnen en de Deken, De Waard, heeft in het televisieprogramma Het Capitool van 11 december 1994 gezegd dat het de advocaat naar zijn mening vrij staat – en hij zelfs de plicht heeft – informatie zoals verkregen in de zaak van Zwolsman ten gunste van zijn cliënt te benutten.

De Roos legt de grens niet bij daadwerkelijke criminele betrokkenheid van de advocaat, maar vindt het ook problematisch als de advocaat weet dat desbetreffende informatie van criminele activiteiten van de cliënt zelf afkomstig is. In extreme gevallen ziet hij in het dienen van het cliëntenbelang een rechtvaardigingsgrond om ook in dergelijke gevallen van dit materiaal gebruik te maken, maar dat zal de advocaat zelf van geval tot geval moeten kunnen verantwoorden. Verder pleit hij voor een behoedzame benadering van de manier waarop de informatie bekend wordt gemaakt en dienen zijns inziens justitiële belangen niet meer dan strikt noodzakelijk worden geschaad. Hij is van mening dat de advocaat in beginsel de officier van justitie en de rechter vooraf op de hoogte dient te stellen, indien hij overweegt de bewuste informatie in het geding te brengen, zodat de officier van justitie de kans krijgt juridische consequenties te trekken en voor te bereiden. Aanleiding om voor dit soort gevallen speciale regels of een code in het leven te roepen ziet hij niet⁷⁰⁰.

694 In de Zwolsmanzaak bleek pas op de zitting dat de politie niet één maar zes keren een inbraak had gepleegd in het kader van een zogenaamde 'inkijkoperatie', overigens buiten medeweten van de officier van justitie; zie ook Hof Amsterdam 09-06-1994, NJ 1994, 709 en 710.

695 De Roos 1994 I; Spronken 1994 I; Van der Zwaag 1994; Verdediging en gestolen informatie, Rubriek Advocatuur DD 1995, p. 285-287.

696 De hierna volgende argumentatie is een mooi voorbeeld van een van de redeneerpatronen die ten doel hebben het ethische probleem te vermijden, die De Groot-van Leeuwen en Schuyt 1992, noemen: het probleem consequent juridisch blijven aanpakken.

697 Lindo 1995, p. 4.

698 Zie bijvoorbeeld Spong 1995.

699 Verdediging en gestolen informatie, Rubriek Advocatuur DD 1995, p. 286.

700 De Roos 1995, p. 162-163 en Vademecum Strafbzaken, suppl. 83, 2.6.

1.12.2 *Cautie aan de advocaat ter terechtzitting*

In een ander incident, dat zich in januari 1998 bij de Rechtbank Amsterdam heeft afgespeeld, wordt de advocaat ter terechtzitting door de officier van justitie de cautie gegeven wegens verdenking van het overleggen van valse stukken ex artikel 225 lid 2 Sr⁷⁰¹. Tijdens een pro forma zitting, vraagt de officier van justitie om schorsing omdat het onderzoek nog niet is afgerond en vraagt de advocaat de voorlopige hechtenis van zijn cliënt op te heffen of te schorsen omdat zijns inziens niet gesproken kan worden van ernstige bezwaren wegens betrokkenheid van zijn cliënt bij onder andere een transport van 160 kg hashish. In het kader van dit verzoek stelt de advocaat namens zijn cliënt dat de in het onderzoek afgetapte telefoongesprekken geen betrekking hebben op verdovende middelen maar op zijn handel in kinderkleding. Ter adstructie legt de raadsman een aantal facturen over waaruit deze handel met ondernemingen in Engeland blijkt en verzoekt hij de rechtbank degenen die de facturen hebben opgesteld te horen als getuigen om de authenticiteit van deze facturen te bevestigen. Na dit pleidooi vraagt de officier van justitie de zitting 10 à 15 minuten te schorsen. Bij heropening van de zitting geeft de officier van justitie de cautie aan zowel de verdachte als de raadsman, door hun te wijzen op hun recht te zwijgen op verdere vragen omtrent de herkomst van de overgelegde stukken. Tijdens de schorsing heeft de officier informatie ingewonnen op grond waarvan hij vermoedt dat aan de rechtbank valse stukken zijn overgelegd. Een van de bedrijven waarvan een factuur is overgelegd zou namelijk helemaal niet hebben bestaan terwijl bovendien het op de factuur vermelde telefoonnummer geen aansluiting heeft en het andere bedrijf waarvan een factuur is overgelegd, blijkt op een ander adres te zijn gevestigd. De officier kondigt aan bij een schorsing van het onderzoek een rogatoire commissie naar Engeland te zenden voor nader onderzoek. De rechtbank schorst het onderzoek ter terechtzitting en stelt de stukken in handen van de rechter-commissaris met de algemene opdracht al datgene te verrichten wat hij in het belang van het onderzoek nodig acht.

De raadsman is verbijsterd en klaagt bij de hoofdofficier van justitie dat het ter zitting geven van de cautie aan een raadsman vanwege een handeling ter verdediging, een onaanvaardbare aantasting van de integriteit van de advocaat is, temeer nu het door de officier van justitie ingestelde vluchtige onderzoek geen goed gefundeerde verdenking kan opleveren. Deze openlijke verdachtmaking komt neer op het criminaliseren van de advocaat als medeplichtige van de verdachte, waardoor tevens de gelegenheid van de verdachte zich naar behoren te verdedigen wordt ondergraven. De raadsman veronderstelt dat aan de cautie vermoedelijk de opvatting ten grondslag ligt dat de raadsman verantwoordelijk is voor de echtheid van de in het geding te brengen stukken en een onderzoeksplicht heeft, ook indien de cliënt de advocaat mededeelt dat de stukken echt zijn. Een dergelijke onderzoeksplicht ondermijnt echter de vertrouwensrelatie tussen advocaat en cliënt

701 Het hierna volgende relaas is ontleend aan de stukken, ter beschikking gesteld door de betrokken advocaat, mr. V. Koppe te Amsterdam, die betrekking hebben op een strafzaak waarin de Rechtbank Amsterdam op 18 mei 1998 (parketnr. 13/129345-97) uitspraak heeft gedaan (niet gepubliceerd). De betrokken officier van justitie was mr. Teeven.

waarbij ook in het onderlinge contact de presumptie van onschuld een rol speelt. Hoe moet een cliënt vertrouwen stellen in zijn advocaat als die hem evenals de justitiële organen aan een onderzoek onderwerpt? Bovendien komt door een dergelijke (externe) onderzoeksplicht de geheimhoudingsplicht onder druk te staan. De hoofdofficier van justitie stelt in zijn reactie voorop dat de verbodsbepaling van artikel 225 lid 2 Sr ook voor de advocaat geldt en dat ieder die stukken overlegt zich tot op zekere hoogte ervan moet vergewissen dat de stukken echt en onvervalst zijn. Zijns inziens staat de vertrouwensrelatie er niet aan in de weg dat de raadsman een kritische houding inneemt ten aanzien van over te leggen geschriften, in het bijzonder ten aanzien van namens de verdachte over te leggen geschriften.

Bij de behandeling van de zaak speelt het incident van 8 januari 1998 en de daarop met het OM gevoerde correspondentie een belangrijke rol. De verdediging bepleit de niet-ontvankelijkheid van het OM omdat er sprake is geweest van ernstige inbreuken op beginselen van een behoorlijke procesorde, waardoor doelbewust met grove veronachtzaming van de belangen van de verdediging tekort is gedaan aan het recht van de verdachte op een eerlijk proces. In de eerste plaats heeft de officier van justitie, na een summier en ontoereikend onderzoek, met miskenning van de professionele taak van de advocaat het standpunt van zijn cliënt te verkondigen, doelbewust de advocaat in een kwaad daglicht gesteld, kennelijk om te bewerkstelligen dat de gewraakte stukken niet in het geding zouden worden gebracht. De lichtvaardigheid van de beschuldiging aan het adres van de raadsman blijkt uit de resultaten van het in Engeland na de pro forma zitting gedane onderzoek. De feiten, die de officier ten grondslag heeft gelegd aan zijn verdenking, blijken niet te kloppen. Het volgens de officier niet bestaande bedrijf blijkt slechts naar Engels recht niet tot registratie te zijn verplicht en op de factuur stond nog een oud telefoonnummer vermeld. Het vestigingsadres van het andere bedrijf was wel juist. Verder is de advocaat verbolgen over het feit dat de door de verdediging verzochte getuigen door het OM, buiten de rechter-commissaris naar wie de rechtbank de zaak had verwezen om, in Engeland zijn gehoord, zonder dat de verdediging in de gelegenheid is gesteld deze verhoren bij te wonen⁷⁰² en is een van deze getuigen toen hij een voor de verdachte gunstige verklaring aflegde door de verhorende verbalisanten onder druk gezet door de getuige mede te delen, dat indien deze zijn verklaring ter terechtzitting zou herhalen, hij mogelijk zou worden aangehouden.

De rechtbank verwerpt het ontvankelijkheidsverweer. Ten aanzien van een eventuele onderzoeksplicht aan de zijde van de verdediging met betrekking tot de overgelegde stukken houdt de rechtbank zich op de vlakte door te overwegen dat de wijze waarop de verdediging wordt gevoerd in beginsel een zaak is tussen een verdachte en zijn advocaat. Wat de handelwijze van de officier betreft overweegt de rechtbank:

702 Verwezen wordt naar HR 5-12-1989, NJ 1990, 719, waarin de HR heeft uitgemaakt dat beginselen van behoorlijke procesorde met zich meebrengen dat het OM in een geval dat vergeleekbaar is met het onderhavige, de verdediging in de gelegenheid stelt aanwezig te zijn bij verhoren van getuigen.

"Uit de enkele omstandigheid dat de officier van justitie voormeld vermoeden – wat daar verder ook van zij – heeft geuit, volgt nog niet dat de officier van justitie doelbewust en met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte heeft gehandeld, dan wel gepoogd zou hebben te bewerkstelligen dat door of namens verdachte geen beroep zou kunnen worden gedaan op de namens deze aan de rechtbank overgelegde documenten (...). Anders dan de verdediging voorts stelt, is de rechtbank van oordeel dat de tijdsduur van een onderzoek niet de kwaliteit daarvan bepaalt. De nadien opgekomen onderzoeksresultaten doen daaraan niet af".

Verder is de rechtbank van oordeel dat het de officier van justitie vrij stond zelfstandig onderzoek in Engeland te verrichten. Doordat de rechtbank het bij de terugverwijzing naar de rechter-commissaris heeft gehouden bij een algemene opdracht en de officier van justitie ter zitting van 8 januari 1998 had aangekondigd zelf een onderzoek in Engeland in te zullen stellen, had het volgens de rechtbank op de weg van de verdediging gelegen om zelf in overleg te treden met de rechter-commissaris over de wijze waarop aan het rechtshulpverzoek uitvoering zou worden gegeven.

1.12.3 Negatieve beeldvorming

De hiervoor beschreven voorbeelden staan niet op zichzelf. In dit verband kan nog verwezen worden naar twee andere zaken, die vrij uitvoerig in de publiciteit zijn geweest. Een zaak betreft de beschuldigingen van de officieren van justitie aan het adres van de advocaat van de kroongetuige in de Octopuszaak, welke advocaat zich volgens deze officieren als consigliere van de criminele organisatie waartoe de kroongetuige behoorde, zou hebben gedragen, door niet de belangen van zijn cliënt te behartigen, maar van de criminele organisatie die er belang bij had dat deze kroongetuige zou zwijgen. De Rechtbank Den Haag oordeelt op 17 september 1997 in een procedure die de advocaat tegen de officieren heeft aangespannen wegens onrechtmatige daad, dat de ter openbare zitting van de Octopuszaak gedane beschuldigingen, waarvan de gegrondheid door het OM overigens niet was onderzocht, ongefundeerd en irrelevant waren, zodat de officieren van justitie onrechtmatig hebben gehandeld en desbetreffende raadsman in ernstige mate in diskrediet hebben gebracht⁷⁰³. Een andere kwestie betreft de vervolging van O. Hammerstein wegens medeplichtigheid aan de opstelling van valse aktes ten behoeve van een cliënt. Hammerstein wordt zowel in eerste aanleg als in appel vrijgesproken. Het Hof Amsterdam overweegt echter ten overvloede dat Hammerstein gelet op de omstandigheden van het geval lichtvaardig zijn diensten heeft aangeboden en onzorgvuldig tewerk is gegaan bij het verlenen van medewerking aan de opstelling van aktes die – achteraf bezien – in strijd met de waar-

703 Rb Den Haag, 17-12-1997, Nieuwsbrief Strafrecht 1997, 7; Uittalingen OM in proces tegen Johan V. onrechtmatig jegens advocaat mr. J. Rammelt, Rubriek Advocatuur DD 1997, p. 1066-1067.

heid waren. Een verzoek tot schadevergoeding van Hammerstein voor de ondergane voorlopige hechtenis wordt eveneens op deze gronden afgewezen⁷⁰⁴. Het lijkt erop dat de gevallen die hiervoor zijn beschreven niet slechts incidenten zijn maar voortkomen uit een negatieve beeldvorming van de strafrechtadvocatuur waaraan de staande en zittende magistratuur, al dan niet gewild, bijdraagt⁷⁰⁵. Een tekenende uitspraak in dit kader is ook die van dr. P.C. van Duyne, toen nog senior-onderzoeker bij het WODC van het ministerie van justitie in het maandblad *Account* van 8 oktober 1989, waarin hij over de advocatuur zegt:

"Als er een beroepsgroep is waar de georganiseerde en bedrijfsmatige misdaad niet zonder kan – en dan niet alleen om zich Justitie van het lijf te houden, maar überhaupt om duurzaam te kunnen ondernemen – dan zijn het wel de juridische adviseurs die helpen bij het uitdenken van constructies. Hoe vaak heeft men niet geconstateerd tijdens observaties en telefoontap dat het contact tussen juridisch adviseur en pleger van de feiten – dus nog voor Justitie zichtbaar optrad – zeer intensief was! Als de contacten evenwijdig lopen aan het plegen van de feiten, in die zin dat er eerst contact was geweest met de advocaat, daarna de wagen werd volgeladen en bijvoorbeeld de BTW-fraude werd gepleegd, dan krijg je toch wel een niet geheel ongegrond vermoeden dat de advocaat als raadgever schuldig betrokken is. En met 'schuldig' bedoel ik voorlopig niet schuldig in strafrechtelijke zin, maar maatschappelijk schuldig"⁷⁰⁶.

Het blijft echter niet alleen bij beeldvorming. De advocatuur is bij de bestrijding van georganiseerde criminaliteit als beroepsgroep verdacht.

1.12.4 *Betrokkenheid advocaten bij georganiseerde criminaliteit*

Tijdens een congres op 7 mei 1993, georganiseerd door de Jonge Balie te Amsterdam, komt de vraag aan de orde of de advocatuur banden heeft met de onderwereld. Het voor dit congres uitgenodigde panellid Prof. Dr. J.J.M. van Dijk, directeur Criminaliteitsbestrijding ministerie van justitie meldt daarop dat uit analyses van de Centrale Recherche Informatiedienst (CRI) is gebleken dat er ver-

704 Geen schadevergoeding ex. art. 89 Sv voor Mr. O. Hammerstein wegens 'verwijtbare betrokkenheid' bij strafbaar feit, Rubriek Advocatuur DD 1996, p. 274-275. Een klacht van Hammerstein dat deze beslissing in strijd is met de presumptie van onschuld, is door de ECRM niet ontvankelijk verklaard, ECRM 1 juli 1998, nr. 934973/97, NJCM-Bulletin 1999, p. 113-115. Zie over het verhaal van Hammerstein o.a. ook Van der Klugt 1994; Van der Linden en Meeus 1995; Spong 1997, p. 227-233.

705 Wiewel 1994 p. 193 e.v.; zie ook de aangehaalde uitspraken van de president van de Amsterdamse rechtbank B.J. Asscher en de oud-raadsheer van de Hoge Raad en oud-vicevoorzitter van het Hof van Discipline S. Boekman in: Raadsman als 'consigliere'?, Rubriek Advocatuur DD 1992, p. 364-366; exemplarisch zijn ook de uitlatingen van de Amsterdamse rechter mr. Slagter in een interview in *De Limburger* van 8 december 1994, nl: "Vroeger hadden we te doen met nette misdadigers en nette advocaten" en de Arnhemse officier van justitie mr. Wiarda in het *Utrechts Nieuwsblad* van 3 mei 1996, waarin een deel van zijn requisitoir in een strafzaak is gepubliceerd en waarin Wiarda onomwonden stelt dat het advocatenduo Doedens en Boone ongekend doortrapt is en er alles aan doet om de procesgang te frustreren; zie ook de bespiegelingen van Hammerstein 1998.

706 Fraudebeleid en advocatuur, Rubriek Advocatuur DD 1989, p. 988-989; zie voor voorbeelden van vermeende betrokkenheid van advocaten ook Van Duyne 1990, p. 85, 99 en 112.

- alle zaken van het Hof van Discipline in de periode januari 1990 – mei 1995. Het ging hierbij om totaal 692 zaken. Deze uitspraken hebben 2 gevallen van verwijtbare betrokkenheid opgeleverd;
- het Finpol-bestand. Dit bestand bevatte 29 verdachte financiële transacties, waarbij 27 advocaten waren betrokken. In 24 gevallen achtte Van de Bunt de betrokkenheid niet verwijtbaar, maar van 5 gevallen achtte hij verwijtbare betrokkenheid aannemelijk;
- de landelijke CRI-inventarisatie van 1995 bevatte 40 bevestigde criminele contacten met advocaten. Van 5 politieregio's die 26 bevestigde contacten aanmeldde achtte Van de Bunt 16 gevallen ten onrechte geregistreerd, 4 gevallen twijfelachtig en 6 gevallen terecht, waarvan 5 gevallen al bekend waren uit andere bron;
- het LCID-bestand bevatte honderden meldingen uit de periode 1989 tot eind maart 1995 inzake advocaten. Een selectie resulteerde in 14 gevallen waarvan, na verwijdering van de twijfelgevallen, 3 meldingen overbleven;
- uit opsporingsonderzoeken door regionale corpsen naar criminele groepen werden 19 voorvallen gemeld, die echter voor het merendeel gebaseerd waren op dubieuze gegevens of juiste gegevens, waarbij echter twijfel kon bestaan over de verwijtbaarheid. Verder is gebruik gemaakt van een inventarisatie van Wilzing (politie Amsterdam) uit 1993 die 11 gevallen opleverde, waarvan er 4 in de inventarisatie van Van de Bunt voorkomen.

In totaal heeft Van de Bunt 29 advocaten gevonden die verwijtbaar betrokken zouden zijn bij criminele activiteiten, waarvan 9 in het kader van rechtsbijstand in strafzaken. Kort samengevat gaat het hierbij om de volgende gevallen:

1. advocaat, die familie is van een lid van een criminele organisatie geeft het strafdossier aan een familielid ter inzage. Dit leidt tot intimidatie van een getuige;
2. strafpleiter dringt zich op bij de verdachte en dringt aan op verandering van diens verklaring over een van zijn Colombiaanse cliënten;
3. advocaat dringt zich op bij verdachte en na het gesprek met deze advocaat, beroept verdachte zich op zijn zwijgrecht;
4. bij een hashtransport worden verdachten in buitenland aangehouden. Advocaat geeft aan een van de verdachten via brief aan Franse advocaat instructies in de trant van: hou je rustig, we weten je te vinden;
5. advocaat maakt contact met derde en zijn cliënt die in beperkingen zit (tuchtrechtelijk vervolgd);
- 6 t/m 9 advocaat ontbiedt getuige die een belastende verklaring heeft afgelegd op zijn kantoor en zet deze onder druk om de verklaring in te trekken of te wijzigen. Van de Bunt noemt dit het "orkestreren van verklaringen". Geval 9 is tuchtrechtelijk vervolgd.

De gevallen 10 tot en met 19 hebben betrekking op de betrokkenheid van civiele advocaten bij witwasoperaties, voornamelijk door het bedenken van juridische constructies om geld wit te wassen.

Geval 20 gaat om het geven van subtiele, telefonische aanwijzingen door de advocaat over de mogelijkheden tot onttrekking van goederen aan een beslag. In de gevallen 21 tot en met 26 gaat het om afscherming van criminele activiteiten waarbij de advocaat zijn imago van betrouwbaarheid en onkreukbaarheid gebruikt bij het verzilveren van cheques en het overmaken van gelden en/of zijn geheimhoudingsplicht misbruikt om dergelijke transacties af te schermen. Geval 27 heeft betrekking op een veroordeling van een advocaat wegens valsheid in geschrifte en deelneming aan criminele organisatie en de gevallen 28 en 29 hebben betrekking op advocaten die zowel functionele, commerciële als privé-contacten met criminelen hebben.

Op basis van zijn onderzoek komt Van de Bunt tot de conclusie dat verwijtbare betrokkenheid van advocaten bij strafbare handelingen van criminele groepen meer dan incidenteel voorkomt⁷¹⁵.

Op de bevindingen van Van de Bunt is kritiek geleverd⁷¹⁶. In de eerste plaats is de kwalificatie van 'verwijtbare betrokkenheid' vaag en voor subjectieve interpretatie vatbaar, nu deze term kennelijk meer omvat dan strafrechtelijk of tuchtrechtelijk laakbaar handelen. Met name in geval 3, waarbij de verdachte na het bezoek van zijn advocaat zich op zijn zwijgrecht beroept, is het onduidelijk waaruit de verwijtbare betrokkenheid van de advocaat heeft bestaan, nu het tot zijn taak behoort de verdachte te adviseren over diens rechtspositie en derhalve ook over diens zwijgrecht.

In de tweede plaats bevatten de door Van de Bunt gehanteerde bronnen voornamelijk 'zachte' informatie afkomstig uit politiekringen, waarvan het onduidelijk is of deze is gebaseerd op (subjectieve) vermoedens en/of conclusies of op feiten. Van de Bunt heeft weliswaar getracht twijfelgevallen zoveel mogelijk uit te sluiten, maar hij heeft bijvoorbeeld de door hem gevonden informatie niet bij de betrokken advocaten of andere direct betrokkenen (verdachten, getuigen) geverifieerd⁷¹⁷. Slechts drie gevallen zijn gebaseerd op een tuchtrechtelijke veroordeling, waarvan het in één geval (27) tevens tot een strafrechtelijke veroordeling is gekomen.

715 Van de Bunt 1996, § 2.6.

716 Advocaten 'consiglieri' van georganiseerde criminaliteit?, Rubriek Advocatuur DD 1995, p. 1118-1119; Eindrapport van de Commissie Van Traa en de verwijtbare betrokkenheid van advocaten bij georganiseerde criminaliteit, Rubriek Advocatuur DD 1996, p. 268-274; Quant 1996; De Roos en Mols 1996.

717 In één van de door Van de Bunt genoemde gevallen heeft dit overigens geleid tot een veroordeling door de Rechtbank Arnhem, welke rechtbank begin april 1999 in een tussenvonnis Van de Bunt heeft veroordeeld tot een schadevergoeding van f. 150.000,- aan de Amsterdamse advocaat mr. F. Salomonson, die president-commissaris was van het bedrijf Text Lite dat door Van de Bunt in verband werd gebracht met witwaspraktijken. Volgens de Arnhemse rechtbank is de betrokkenheid van Text Lite bij witwaspraktijken of andere strafrechtelijke malversaties nooit uit enig onderzoek gebleken, Topambtenaar moet zelf schadevergoeding betalen, Trouw 9 april 1999 en in diezelfde krant J. Bouma, Geen witwaspraktijken. Beschuldiging in rapport enquêtecommissie-Van Traa onjuist.

De Commissie van Traa neemt de conclusie van Van de Bunt niet onverkort over in die zin dat verwijtbare betrokkenheid meer dan incidenteel zou voorkomen, en meldt in haar conclusies en aanbevelingen in het eindrapport, dat advocaten niet structureel betrokken zijn bij georganiseerde criminaliteit en dat verwijtbare betrokkenheid incidenteel voorkomt, welke incidenten serieus zijn te nemen⁷¹⁸. Naar aanleiding van alle geruchten met betrekking tot advocaten die banden zouden hebben met de georganiseerde criminaliteit en het onderzoek van Van de Bunt heeft de Orde van Advocaten verzocht om nadere gegevens met betrekking tot de bij de Orde niet bekende advocaten die verwijtbaar zouden zijn betrokken bij criminele handelingen. Namen zijn echter nooit genoemd en evenmin zijn er klachten ingediend tegen de advocaten die niet tuchtrechtelijk zijn vervolgd⁷¹⁹. In overleg met het College van PG's is eind 1996 een werkgroep ingesteld met de naam 'Onbehoorlijk handelen raadslieden', die tot de conclusie is gekomen dat het beeld van raadslieden die op aanzienlijke schaal bedenkelijk zouden handelen, niet onderbouwd of bevestigd kan worden. Met het OM is vervolgens de werkafpraak gemaakt dat tuchtrechtelijk laakbare feiten aan een vertrouwens/contactpersoon van de orde zullen worden voorgelegd⁷²⁰. Desalniettemin blijft de suggestie dat de advocatuur een bondgenoot is van de georganiseerde criminaliteit, ook in wetenschappelijke kring, hardnekkig. Een onderzoeksgroep van het WODC meldt in 1998 in het rapport *Georganiseerde criminaliteit in Nederland*, dat zij in verschillende dossiers die zij heeft onderzocht advocaten aantreft, die verwijtbaar betrokken zijn bij criminele handelingen. Deze advocaten zouden adviezen verstrekken of handelingen verrichten die criminele samenwerkingsverbanden faciliteren of zorgen voor afscherming van de criminele activiteiten⁷²¹. Ook in dit rapport worden weliswaar voorbeelden geschetst, maar de daarmee verbonden namen of dossiers "in verband met de gevoeligheid van de betrokken zaken"⁷²² niet genoemd, hetgeen de landelijk deken tot de kribbige uitspraak verleidt dat het niet noemen van rugnummers of het melden aan de vertrouwenspersoon van de Orde volgens hem maar één ding kan betekenen:

"Van serieuze bedenkingen tegen raadslieden is tot nu toe geen sprake geweest. Van de Bunt en de zijnen blijken last te hebben van een idee-fixe en het zou hen sieren als zij openlijk ongelijk zouden bekennen. Daarmee zouden zij hun verwijtbare betrokkenheid bij karaktermoord op de balie enigszins wegnemen"⁷²³.

718 Inzake Opsporing 1996, p. 424.

719 Betrokkenheid advocaten bij criminaliteit, NJB 1996, p. 370-371.

720 Geen 'verwijtbare' betrokkenheid van 200 advocaten, *Advocatenblad* 1997, p. 49. De landelijk deken Von Schmidt auf Altenstadt 1999 schrijft dat er in de periode 1996-1999 maar weinig gevallen aan de vertrouwenspersoon van de orde zijn voorgelegd. Hij geeft niet aan of voorgelegde gevallen ook daadwerkelijk hebben geleid tot een tucht- of strafrechtelijke vervolging.

721 Kleemans e.a. 1998.

722 Kleemans e.a. 1998, noot 61.

723 Von Schmidt auf Altenstadt 1999. Het gebeurt wel vaker dat beschuldigingen ongefundeerd blijken. Zie bijvoorbeeld: Kolthoff en Speijers 1997, waarin op p. 23 staat vermeld: "In de praktijk blijken criminelen misbruik te maken van diensten van geheimhouders, waardoor gegevens die in het kader van financieel rechercheren van belang zijn, kunnen worden afge-

1.12.5 *Zelfregulering*

Ondanks de troebele bronnen waarop de vermeende betrokkenheid van advocaten bij criminele activiteiten van hun cliënten wordt gebaseerd en het relatief geringe aantal advocaten die in een tucht- of strafzaak worden veroordeeld, is de Orde van Advocaten al vanaf het moment dat de geruchten over onoorbare betrokkenheid van advocaten op grotere schaal bij georganiseerde criminaliteit in het begin van de jaren negentig de kop opsteken, doende maatregelen te nemen om de vertrouwenspositie en het imago van de advocaat veilig te stellen⁷²⁴. De aandacht voor de betrokkenheid van advocaten bij illegale praktijken hangt samen met de intensivering van de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit in de jaren tachtig en negentig, die de legale economie zou corrumperen door de enorme hoeveelheden crimineel geld die in de 'bovenwereld' zouden worden geïnvesteerd en dus witgewassen⁷²⁵. De internationale initiatieven die sinds de jaren tachtig zijn genomen om wederrechtelijk verkregen voordeel te ontnemen en witwassen van criminele gelden tegen te gaan⁷²⁶, hebben in Nederland onder andere geleid tot de invoering van de Wet identificatie financiële dienstverlening 1993⁷²⁷ en de Wet melding ongebruikelijke transacties⁷²⁸. Hierdoor zijn de financiële instellingen, die een belangrijke poort vormen voor de overgang van het illegale naar het legale geldcircuit, minder aantrekkelijk geworden voor witwasactiviteiten. Verondersteld wordt dat ten gevolge hiervan de tussenkomst van ju-

schermde. Het verdient aanbeveling de positie van deze geheimhouders in dit kader te heroverwegen". Uit nader onderzoek blijkt echter dat deze passage niet gebaseerd is op feiten maar op veronderstelling, zie Peeters 2001. Zij komt tot de conclusie dat er wel een spanningsveld is tussen opsporing en verschoning, maar dat het spanningsveld niet bij de veronderstelling ligt dat het verschoningsrecht wordt misbruikt. Uit haar onderzoek blijkt dat de spanning ontstaat op het moment dat opsporingsambtenaren tijdens hun onderzoek in aanraking komen met verschoningsgerechtigden. In dergelijke gevallen dient men zich aan striktere regels te houden. Zodra er een beroep wordt gedaan op het verschoningsrecht dan moet het bewijs op andere manieren worden vergaard.

724 Van Hassel is de eerste deken die in zijn jaarrede voor dit onderwerp aandacht vraagt, Van Hassel 1992.

725 Zie hiervoor § 1.10.3. en o.a. Van Duyne 1993; Groenhuijsen en Van der Landen 1995.

726 De belangrijkste internationale regelingen zijn:

- het VN-verdrag tegen sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen van 20 december 1988 (Trb. 1989, 97, Verdrag van Wenen);

- Verdrag van de Raad van Europa inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagname en confiscatie van opbrengsten van misdrijven van 8 november 1990 (European Treaty Series, No. 141, Verdrag van Straatsburg);

- Richtlijn van de Raad van Europese Gemeenschappen van 10 juni 1991 (91/308/EEG), PB EG 1991, nr. L 166/77 en de Aanbeveling Raad van Europa van 27 juni 1980, Recommendation nr. R (80) 10 inzake "measures against the transfer and the safekeeping of funds of criminal origin". Deze internationale regelingen hebben geleid tot de Wet identificatie financiële dienstverlening 1993, Stb. 1993, 704; de Wet melding ongebruikelijke transacties, Stb. 1993, 705; de Plukze-wetgeving, Stb. 1993, 11 en de strafbaarstelling van witwassen door een wijziging van de helingsbepaling Stb. 1991, 520. Zie voor een meer gedetailleerde beschrijving en nadere bronnen: Mul en Schaap 1995 I; Akse e.a. 1994 en Doorenbos 1993; Schaap 1999, m.n. p. 151-206.

727 Stb. 1993, 704.

728 Stb. 1993, 705.

ridische dienstverleners zoals notarissen en advocaten, wier beroepsgeheim een buffer vormt tegen strafrechtelijk en fiscaal onderzoek, voor de georganiseerde criminaliteit interessant is geworden. Bovendien zijn witwas-constructies vaak juridisch complex, waardoor de onderwereld aangewezen is op de hulp van juridische deskundigen. Door de ruime financiële middelen waarover de georganiseerde criminaliteit beschikt, kunnen aanlokkelijke honoraria worden voldaan. In verband hiermee rijst vervolgens de vraag of ook dergelijke betalingen onder de witwas-bepalingen vallen en in hoeverre het aannemen van honoraria uit dubieuze bron onder de helingsbepalingen vallen. Bij de advocatuur bestaat de vrees, dat indien de balie zelf geen regulerende maatregelen neemt, de overheid maatregelen zal gaan opleggen die het verschoningsrecht en de geheimhoudingsplicht zullen aantasten. Deze vrees bestaat niet ten onrechte. In de Memorie van Toelichting bij de Plukze-wetgeving, merkt de minister van justitie op dat het goed mogelijk is dat verschoningsgerechtigden vermogens die wederrechtelijk zijn verkregen aan het zicht van de overheid onttrekken en dat indien vertegenwoordigers van deze beroepsgroepen zich dikwijls als dekmantel zouden lenen en het beroepsgeheim de overheid in de uitoefening van haar taak zou belemmeren, zou moeten worden gezien of de bestaande verschoningsrechten niet zouden moeten worden herzien⁷²⁹. Ook de Commissie van Traa merkt in haar rapport op dat gevallen van verwijtbare betrokkenheid van vrije beroepsuitoefenaren bij georganiseerde criminaliteit incidenten lijken te zijn, maar dat het aantal incidenten en de aard van de verwijtbare handelingen van de betrokken advocaten en notarissen verontrustend zijn, waardoor het risico bestaat dat een politieke discussie ontstaat over de noodzaak van afschaffing van het verschoningsrecht of de geheimhoudingsplicht voor deze vrije beroepsuitoefenaren. De Commissie van Traa ziet geen aanleiding om een dergelijke discussie te beginnen, maar wijst er wel op dat de beroepsgroepen het nodige moeten ondernemen om in de toekomst criminele organisaties buiten de deur te houden⁷³⁰. Vooralsnog vallen advocaten niet onder de meldingsplicht van de Wet MOT, omdat er voorlopig de voorkeur aan wordt gegeven dat de beroepsgroepen op het terrein van de financiële, economische en juridische dienstverlening (notarissen, advocaten, accountants) eerst zelf met regulerende maatregelen komen⁷³¹.

729 TK 1989-1990, 21 504, nr. 3, p. 33-34, zie ook Quant 1995 II, m.n. p. 63; De Roos en Serrarens 1993 III, m.n. p. 145; C. Mout 1994; zie ook Van Royen 1993, waarin de officier van justitie M.A.A. van Capelle aangeeft dat het openbreken van het beroepsgeheim van advocaten, notarissen en accountants zijn grootste wens is.

730 Inzake opsporing 1996, p. 56.

731 Zie Handelingen Eerste Kamer bij de behandeling van de wet MOT en Wet FIN op 14 december 1993, EK 13-583. Volgens Mul en Schaap 1995 II, m.n. p. 317 p. 299-280, m.n. p. 279, kan Nederland echter niet volstaan met zelfregulering en is Nederland in het kader van de implementatie van artikel 12 van de EG-Richtlijn van 10 juni 1991 (91/308/EG) gehouden om de verplichtingen van deze richtlijn uit te breiden naar beroepen buiten het financiële stelsel. Zie ook Mul en Schaap 1995 II, m.n. p. 317. In Frankrijk vallen ook advocaten expliciet onder de meldingsplicht van verdachte transacties. In Duitsland en het Verenigd Koninkrijk impliciet, omdat daar de nationale anti-witwasbepalingen geen onderscheid maken tussen fi-

Evenals de andere betrokken beroepsgroepen, maakt de Orde deel uit van de Stuurgroep Beroepsmoraal en Misdaadpreventie van een door de regering ingesteld Nationaal Platform Criminaliteitsbestrijding, dat ten doel heeft de weerbaarheid van het bedrijfsleven, de overheid en de vrije beroepen tegen georganiseerde criminaliteit te vergroten door middel van een bewustwordingsproces⁷³². Het doel van dit bewustwordingsproces is dat de (juridische) constructies die worden gehanteerd om illegale winsten wit te wassen eerst moeten worden gekend om te kunnen worden onderkend⁷³³. De Orde stelt in 1994 een Commissie in onder voorzitterschap van de Rotterdamse deken G.N.C.C. Bruyninckx om een gedragscode te ontwikkelen die moet voorkomen dat advocaten bijstand verlenen bij de voorbereiding, ondersteuning of afscherming van onwettige activiteiten. In de Commissie Bruyninckx zitten ook vertegenwoordigers van het OM en van de Centrale Recherche Informatiedienst⁷³⁴. De gedragscode van de Commissie Bruyninckx worden hierna besproken, maar eerst zal worden ingegaan op de, met

nanciële instellingen en andere relevante beroepen of instellingen. Zie ook Tweede rapport van de Europese Commissie met betrekking tot de implementatie van de richtlijn inzake witwassen waarin wordt aanbevolen om de richtlijn uit 1991 te amenderen zodat ook de risicoberoepen zoals advocaten accountants een meldingsplicht krijgen inzake verdachte transacties. In antwoord daarop heeft de Committee on Legal Affairs & Citizens Rights een concept rapport opgesteld en is in het Europese Parlement heftig gediscussieerd over het potentiële conflict tussen een effectief anti-witwasbeleid en de professionele geheimhoudingsplicht, Knipselkrant NOvA 3 maart 1999, p. 19. De voorgestelde wijziging van de witwasrichtlijn (EG-richtlijn 91/308/EEG) houdt in dat ook advocaten en notarissen onder de personen of instellingen worden gebracht die verdachte transacties zouden moeten melden voorzover zij voor hun cliënten betrokken zijn bij de aan- en verkoop van onroerend goed en handelszaken en andere financiële transacties. Advocaten worden van de meldingsplicht vrijgesteld ten aanzien van informatie die zij ontvangen van de cliënt en die dient om de cliënt in rechte te vertegenwoordigen (art. 6 lid 3 voorstel wijziging richtlijn), zie in dit verband ook Meldingsplicht ongebruikelijke transacties ook voor advocaten? Rubriek Advocatuur DD 2000, p. 295-298. Het voorstel is op 5 juli 2000 in het Europese Parlement geamendeerd in die zin dat de in de witwasrichtlijn vastgestelde verplichtingen ook niet gelden voor onafhankelijke advocaten ten aanzien van informatie die zij van een cliënt krijgen indien zij slechts in de arm zijn genomen om onafhankelijk juridisch advies te verstrekken. De Ecofin-Raad heeft tegen dit amendement echter weer bezwaren gemaakt, zie: Von Schmidt auf Altenstadt 2000. Tijdens de Ecofin Raad d.d. 29 september 2000 is een politiek akkoord bereikt, in die zin dat advieswerkzaamheden met betrekking tot het aangaan of vermijden van procedures van de meldingsplicht zijn uitgezonderd, TK 2000-2001, 21 501-07, nrs. 294, 296, 302 en 303. Dit politieke compromis zal echter nog moeten worden bekrachtigd door het Europees Parlement. Ten tijde van de afsluiting van dit onderzoek is nog niet definitief bekend hoe de richtlijn zal worden aangepast.

732 In de nota "Georganiseerde criminaliteit in Nederland. Dreigingsbeeld en plan van aanpak", TK 1992-1993, 22 838, nr. 2, stellen de ministers van binnenlandse zaken en justitie: "Criminele organisaties behoeven (...) de steun van juridische, fiscale en financiële deskundigen. Het behoort tot de beroepsethiek van deze beroepsgroepen hieraan zo min mogelijk mee te werken. Over de uitwerking van dit principe in de actuele situatie zullen wij op basis van recente ervaringen, een discussie op gang brengen met den binnen de betreffende beroepsgroepen".

733 Zie voor een overzicht van de verschillende witwasmethoden en -constructies het rapport van FINPOL, "What's the colour of money" 1994; Mul 1995 III.

734 De Waard 1994 I; Richtlijnen advocaat en money laundering, Rubriek Advocatuur DD 1995, p. 284-285.

de opdracht aan de Commissie Bruyninckx, samenhangende problematiek of advocaten die besmet geld als honorarium accepteren, zich schuldig maken aan (schuld)heling.

1.12.5.1 Helende advocaten

De kwestie of advocaten, die zich laten betalen met uit misdrijf verkregen gelden, zich schuldig maken aan heling is op zichzelf niet nieuw. Naar aanleiding van de opleving van de discussie hierover, halverwege de jaren tachtig, merkt Jörg op dat men gevoeglijk kan aannemen, dat de verdediging van vermogensdelinquenten door een gekozen advocaat van oudsher gefinancierd zal zijn met uit die delicten genoten inkomsten, hetgeen overigens nog niet hoeft te betekenen dat de advocaat zich dus schuldig maakt aan heling⁷³⁵. De kwestie is actueel geworden omdat de cliëntèle van de strafrechtadvocaat in die zin gewijzigd is, dat deze niet meer voor 99% bestaat uit minvermogenenden, maar ook uit 'vermogenende drugs-handelaren, giflozers en grote fraudeurs'⁷³⁶, waardoor als vanzelf de vraag komt bovendien naar de herkomst van de gelden waarmee de gekozen advocaat voor zijn diensten wordt betaald. Als een Amsterdamse officier van justitie in 1985 in de pers opmerkt dat er advocaten zijn, die zich laten betalen door besmet geld en zich dus schuldig maken aan heling⁷³⁷, vraagt de Orde onmiddellijk opheldering. Vervolgens verklaart de Amsterdamse hoofdofficier van justitie dat er geen concrete verdenkingen bestaan tegen advocaten, noch concrete onderzoeken lopen⁷³⁸. Daarin komt in 1988 verandering als in Breda een strafzaak loopt tegen een advocaat die ook van heling wordt beschuldigd wegens het aannemen van honorarium dat uit misdaad zou zijn verkregen⁷³⁹. Deze strafzaak doet de discussie weer opblazen en de Orde vraagt de voorzitter van de vergadering van procureurs-generaal G.J. van Dinter een standpunt in te nemen over de helingsproblematiek. Het uitgangspunt van de Orde is dat op grond van de (op dat moment geldende) helingsbepalingen, de advocaat die betaald wordt met 'zwart geld' (geld dat niet aan de fiscus is opgegeven) of geld dat afkomstig is van een misdrijf, zich niet schuldig maakt aan enige variant van heling omdat de betaling met uit misdrijf verkregen geld niet valt onder de in artikel 416 lid 1 limitatief opgesomde helingshandelingen⁷⁴⁰ en een (redelijke) betaling van op zichzelf reguliere diensten niet als een vorm van voordeel trekken uit- of begunstiging van een misdrijf kan

735 Jörg 1985.

736 Jörg 1985, p. 295.

737 Knipselkrant MvJ 3888, 13 februari 1985, p. 138; Glasz 1985.

738 NRC-Handelsblad 6 april 1985.

739 Aan een beoordeling van deze tenlastelegging komt de rechtbank uiteindelijk niet toe omdat de advocaat schuldig wordt bevonden aan een ander, primair tenlastegelegd, strafbaar feit.

740 Artikel 416 Sr luidde toen:

"1. Hij, die opzettelijk enig door misdrijf verkregen voorwerp koopt, huurt, inruilt, in pand neemt, als geschenk aanneemt of uit winstbejag verkoopt, verhuurt, verruult, in pand geeft, vervoert, bewaart of verbergt, wordt als schuldig aan heling gestraft met enz.

2. Dezelfde straf wordt opgelegd aan hem die opzettelijk uit de opbrengst van enig door misdrijf verkregen voorwerp voordeel trekt".

worden beschouwd. Ook wijst de Orde erop dat een andere opvatting over het bereik van de helingsbepaling of een tuchtrechtelijke sanctionering van de betrokken advocaat een adequate verdediging in omvangrijke fraudezaken niet of nauwelijks mogelijk zou maken, gelet op de vergoeding die daartegenover zou staan indien de advocaat op basis van een toevoeging rechtsbijstand zou verlenen. Bovendien zou bij een toevoegingsaanvraag voor een verdachte die niet in voorlopige hechtenis zit⁷⁴¹ een valse voorstelling van zaken omtrent diens inkomen of vermogen moeten worden gegeven. Ook de vertrouwensrelatie tussen de raadsman en zijn cliënt zou onder druk komen te staan indien de raadsman bij het innemen van de zaak onderzoek zou moeten doen naar de herkomst van de door zijn cliënt aangereikte betaalmiddelen. Verder vraagt de Orde van de procureurs-generaal een uitspraak over de vraag of een normale betaling, zo er juridisch-technisch al sprake zou zijn van (schuld)heling, in zijn algemeenheid wel zou moeten worden vervolgd, of dat er uit opportunititeitsoverwegingen daarvan zou moeten worden afgezien⁷⁴².

De procureur-generaal Van Dinter stelt een werkgroep in onder leiding van H.A. Holthuis, om het OM te adviseren over het in te nemen standpunt. Deze commissie is op grond van de wetsgeschiedenis en jurisprudentie van mening dat advocaten bij het aannemen van honorarium pas onder het bereik van de helingsbepalingen komen, indien hun handelingen onder een van de wél in de helingsbepalingen genoemde gedragingen kunnen worden gebracht, hetgeen het geval kan zijn als zij een excessief honorarium bedingen. Daarbij wordt verwezen naar HR 26 november 1985, NJ 1986, 423, waarin het bedingen van een exorbitant hoge betaling door een taxichauffeur voor een rit van drie bankovervallers die net een bank hadden beroofd, als heling in de vorm van ruiling werd aangemerkt. Het was zonneklaar dat de taxichauffeur op de hoogte was van de penibele situatie van de bankovervallers en zich ruimschoots uit de buit liet betalen.

De vergadering van procureurs-generaal neemt het standpunt van de commissie Holthuis over. Omdat er toch nog onduidelijkheid kan blijven bestaan over de vraag of het in betaling nemen van advocatenhonorarium al dan niet onder een van de helingsbepalingen valt, bijvoorbeeld omdat het niet altijd duidelijk is wat onder een 'normaal' honorarium moet worden verstaan, schrijft de procureur-generaal namens het OM, dat de bijzondere positie in het strafrecht van de balie enerzijds en de vertrouwensrelatie tussen de advocaat als geheimhouder en diens cliënt anderzijds, gronden opleveren voor een, in beginsel, terughoudend (vervolgings)beleid⁷⁴³. Het OM volgt hierbij de lijn die door de minister van justitie tijdens de algemene beschouwingen over de begroting 1988 is uitgezet. De minister stelde zich op het standpunt dat:

741 Ingeval van voorlopige hechtenis wordt op grond van art. 41 Sv aan de verdachte, die geen raadsman heeft, ambtshalve een raadsman toegevoegd ongeacht of hij al dan niet vermogend is.

742 Algemene Raad Orde van Advocaten, Advocaten en heling, Advocatenblad 1988, p. 595-596. In de brief verwijst de Orde naar een intern preadvies dat door de Adviescommissie Strafrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten is uitgebracht, dat gepubliceerd is in Delikt en Delinkwent, Helende advocaten? Rubriek Advocatuur DD 1987, p. 1136-1139.

743 Van Dinter 1989. Zie in dit verband ook Jörg 1985; Meijer 1988; Corstens 1987 II.

"het ook bij het karakter van de rechtsstaat past dat in de relatie die bestaat tussen de verdachte en zijn/haar advocaat niet dan in hoogst uitzonderlijke gevallen wordt geïntervenieerd. Men moet eigenlijk de relatie tussen de advocaat en de verdachte zien als één geheel waar de overheid, zelfs het openbaar ministerie, buiten blijve, tenzij er een zeer gegronde verdenking is dat in de vorm van een gezamenlijk opzet, echt bewust gemaakte afspraken, sprake is van een gezamenlijk profijt trekken van een misdrijf. Dan is er echt sprake van een begunstiging, zoals in het Wetboek van Strafrecht omschreven, en niet van een beloning wegens verleende diensten. Terughoudendheid zij hier de boodschap"⁷⁴⁴.

Dus het in betaling nemen van honorarium levert in beginsel geen strafbare helingshandeling op, ook al is het geld van misdrijf afkomstig en voorzover het wel onder een helingsbepaling zou vallen wordt er alleen ingeval van duidelijke criminele betrokkenheid van de advocaat vervolgd.

Inmiddels is er op 27 oktober 1989 echter een wetsvoorstel ingediend waarbij de helingsbepalingen worden gewijzigd, met name om de opsporing en vervolging het witwassen van criminele vermogens te vereenvoudigen⁷⁴⁵. De kern van de voorgestelde wijziging is dat de limitatieve opsomming van helingshandelingen komt te vervallen en het verwerven, voorhanden hebben en overdragen van een door misdrijf verkregen goed, ongeacht de titel van herkomst en ongeacht of dit uit winstbejag gebeurt, strafbaar wordt indien de betrokkene weet dat het goed van misdrijf afkomstig is (art. 416 Sr, opzetheling) of dit redelijkerwijs had moeten vermoeden (art. 417bis Sr, schuldheiling). De verruiming van de strafbaarstelling heeft tot gevolg dat de advocaat eerder dan voorheen het risico loopt zich schuldig te maken aan heling als hij betaling ontvangt voor zijn diensten. Met name de advocaat die optreedt in een strafzaak zal uit hoofde van zijn rechtsbijstand en de vertrouwelijke informatie die hij van zijn cliënt krijgt al snel kunnen vermoeden dat de gelden waarmee hij wordt betaald uit misdrijf afkomstig zijn. De Orde van Advocaten neemt het standpunt in dat de advocaat die zich voor reguliere rechtsbijstand op een normale wijze laat honoreren hetzij niet strafbaar behoort te zijn, hetzij niet vervolgd behoort te worden en maakt zich sterk voor een beroepsexceptie. In een advies aan de Tweede Kamer wordt als formulering voorgesteld: "Niet strafbaar is de advocaat die wegens verleende rechtshulp een honorering ontvangt zoals een behoorlijk advocaat betaamt". Het betamelijkheidscriterium is ontleend aan artikel 46 Advocatenwet, waardoor aansluiting wordt gezocht bij het advocatentuchtrecht en zeker wordt gesteld dat het moet gaan om een behoorlijke wijze van verlenen van rechtsbijstand en een behoorlijke wijze van declareren, inclusief de hoogte van de declaratie⁷⁴⁶. De zorgen van de Orde vinden weerklank in de Tweede Kamer bij de behandeling van het wetsvoorstel⁷⁴⁷. Centraal staat hierbij de vraag of door de verruimde helingsbepaling het recht op rechtsbijstand en de daarmee samenhangende vertrouwelijke com-

744 Handelingen TK 1987-1988, p. 898.

745 Wetsvoorstel 21 565 inzake voorzieningen ten behoeve van de bestrijding van heling.

746 Preadvies Adviescommissie Strafrecht Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 15 november 1990; zie ook: De advocatuur als heler, Rubriek Advocatuur DD 1991, p. 511-512.

747 TK 1990-1991, 21 565, nrs. 7 en 8 en Handelingen TK 12 maart 1991, TK 60, p. 3398-3419.

municatie tussen advocaat en cliënt op de tocht komen te staan. Als de advocaat in het kader van de rechtsbijstand informatie krijgt van zijn cliënt waaruit hij kan afleiden dat hij vermoedelijk met besmet geld wordt betaald, dan zal de advocaat zich immers moeten terugtrekken. Bovendien kan er een tegenstrijdigheid ontstaan tussen het belang van adequate rechtsbijstand, in het kader waarvan de advocaat door zijn cliënt optimaal dient te worden geïnformeerd en het belang van de advocaat die, indien hij teveel weet, het risico loopt zich schuldig te maken aan heling. Ook is het de vraag of een verdachte, die kennelijk wel over voldoende vermogen beschikt om een advocaat te betalen, in aanmerking komt voor een toevoeging, indien de advocaat zich niet laat betalen omdat hij zich dan aan heling zou schuldig maken. Door I. Brouwer (Groen Links) wordt een amendement ingediend waarin wordt voorgesteld om de door de Orde geformuleerde beroeps-exceptie over te nemen⁷⁴⁸. De minister van justitie, Hirsch Ballin, stelt zich echter op het standpunt dat er door de wijziging van de helingsbepaling voor de advocaten in feite niets zal veranderen, omdat ook onder de oude helingsbepaling advocaten zich schuldig maken aan (schuld)heling als zij beseffen of redelijkerwijs behoren te beseffen dat de cliënt zijn declaratie heeft voldaan met geld dat van misdrijf afkomstig is. Hirsch Ballin leidt dit af uit de jurisprudentie, met name het hiervoor genoemde taxichauffeur-arrest, HR 26 november 1985, NJ 1986, 423⁷⁴⁹. Hiermee interpreteert hij dit arrest kennelijk anders dan de Orde van Advocaten en de vergadering van procureurs-generaal in navolging van de commissie Holthuis⁷⁵⁰, namelijk dat uit dit arrest *niet* kan worden afgeleid, dat een advocaat die een normaal honorarium ontvangt voor reguliere rechtsbijstand zich schuldig maakt aan enige helingshandeling. Volgens de minister zijn de voorwaarden voor gefinancierde rechtshulp vervuld, als een verdachte geen legale financieringsbron heeft voor zijn advocaat en komt het recht op rechtsbijstand dus niet in gevaar⁷⁵¹. De minister wil niet weten van enige schulditsluitingsgrond of beroepsexceptie voor advocaten⁷⁵². Hij is wel van mening dat grote terughoudendheid geboden is met het onderzoeken of een advocaat zich in dit opzicht schuldig heeft gemaakt en dus ook met het wegens heling vervolgen van advocaten. Hij bevestigt dat de richtlijn van het OM, dat een advocaat alleen vervolgd zal worden bij duidelijke criminele betrokkenheid zal worden gehandhaafd⁷⁵³. Het amendement van Brouwer wordt verworpen en de helingsbepalingen worden overeenkomstig het wetsvoorstel gewijzigd⁷⁵⁴. Aldus is de situatie ontstaan dat de advocaat, die een op

748 TK 1990-1991, 21 565, nr. 10.

749 Handelingen TK 12 maart 1991, TK 60, p. 3408-3409. Dit standpunt verwoordt hij ook in de Eerste Kamer, Handelingen EK, 8 oktober 1991, EK 2, p. 23.

750 Van Dinter 1989.

751 Handelingen TK 12 maart 1991, TK 60, p. 3418.

752 Zie in dit verband ook Schaap 1999, p. 363 e.v. die op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad tot de conclusie komt dat er ook geen plaats is voor een beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid; anders: Spong 1997, p. 179-184 en p. 193-196.

753 Handelingen TK 12 maart 1991, TK 60, p. 3409.

754 Wet van 9 oktober 1991, Stb. 520. Thans (januari 2001), ligt er een nieuw wetsvoorstel, TK 27 159, waarin witwassen zelfstandig strafbaar wordt gesteld door middel van een nieuwe bepaling 420bis Sr waar in wordt strafbaar gesteld: "hij die van een voorwerp dat kennelijk – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf, verbergt of verhuult wat de her-

zichzelf normaal honorarium krijgt voor verleende rechtsbijstand, zich juridisch-technisch schuldig maakt aan (schuld)heling, indien hij weet of kan vermoeden dat het geld waarmee hij wordt betaald uit misdrijf afkomstig is. Hij is dan afhankelijk van de toezegging van het OM dat er een terughoudend vervolgingsbeleid zal worden gevoerd: een rechtszekerheid van de tweede garnituur⁷⁵⁵.

Na de wijziging van de helingsbepaling spitst de discussie zich met name toe op de vraag wanneer de advocaat redelijkerwijs kan vermoeden dat hij wordt betaald met crimineel geld. Heeft de advocaat een onderzoeksplicht naar de herkomst van het geld waarmee hij wordt betaald? En zo ja, hoe verhoudt een dergelijke onderzoeksplicht zich met de vertrouwensrelatie tussen advocaat en cliënt en met de ook door de advocaat in acht te nemen presumptie van onschuld, indien de cliënt stelt dat het geld uit legale bron afkomstig is. Mag de advocaat op dergelijke beweringen afgaan? De Roos en Serrarens⁷⁵⁶ schetsen een aantal casusposities waar deze vragen een rol spelen. Zij zijn van mening dat als de advocaat geen duidelijke indicaties heeft dat geld uit criminaliteit afkomstig is, hij zich niet schuldig maakt aan schuldhealing. Het is vervolgens wel de vraag welke omstandigheden een indicatie voor de advocaat kunnen zijn: de omstandigheid dat hij een cliënt verdedigt die ervan verdacht wordt deel uit te maken van een internationaal drugsimperium? En als deze cliënt zegt dat zijn familie het benodigde geld voor zijn verdediging bij elkaar heeft geschraapt, mag de advocaat op een dergelijke mededeling afgaan? Een ander probleem ontstaat als de advocaat pas achteraf ontdekt dat hij betaald is met uit misdadigheid afkomstig geld. Moet hij dit dan terugstorten? Als hij dat niet doet, maakt hij zich dan schuldig aan het uit winstbejag aanwezig hebben van dit geld (art. 416 lid 2 Sr)? Maakt het nog verschil of de advocaat zich actief bemoeit met het innen van zijn honorarium, als de cliënt, doordat deze bijvoorbeeld gedetineerd is, niet in staat is zelf de betaling te regelen en de advocaat vraagt een aantal zakelijke transacties voor hem te verzorgen om geld voor zijn verdediging vrij te maken? Deze laatste casus is ontleend aan een strafzaak tegen de Haagse advocaat M. Wladimiroff, die in 1984 als raadsman optrad in een grote fraudezaak en ervan verdacht werd een declaratie te hebben geïncasseerd, terwijl hij zou hebben geweten dat tegen zijn cliënt een faillissement liep, waardoor hij zich schuldig zou hebben gemaakt aan bedrieglijke bankbreuk (art. 344 Sr). Vervolgens had hij zich ook actief bemoeid met de betaling van een andere declaratie via een Zwitserse bankrekening, waarvan de te-

komst of de vindplaats is dan wel wie de rechthebbende is of het voorhanden heeft en hij die van een voorwerp dat kennelijk – onmiddellijk of middellijk afkomstig is uit enig misdrijf, gebruik maakt of zodanig voorwerp omzet”. Zie ook Schalken 1999. De kritiek van de adviescommissie strafrecht van de NOvA (preadvies d.d. 16 maart 1999) op deze wiasbepaling is dat in het geheel niets is opgenomen over de positie van de advocaat als geheimhoudingsplichtige en de honorering van de advocaat.

755 Zoals uitgedrukt door Koster in zijn noot bij de brief van Van Dinter 1989, p. 83; zie ook De Roos 1994 II, p. 182, die stelt dat de balie in dergelijke zaken moet opereren in forse onzekerheid en dat de toegezegde terughoudendheid van het OM met betrekking tot het vervolgen van advocaten wegens heling geen enkele zekerheid biedt dat dit beleid in de toekomst niet zal worden aangescherpt.

756 De Roos en Serrarens 1993 I.

naamstelling onduidelijk was, maar waarover de cliënt kon beschikken. Hierbij zou hij zich schuldig hebben gemaakt aan heling. Cruciaal in deze zaak is of Wladimiroff had moeten weten dat er een faillissement liep en of hij had kunnen of moeten vermoeden dat de financiering van zijn honorarium uit criminele bron kwam. Wladimiroff heeft steeds gesteld dat hij dit niet had kunnen of moeten weten. Tot een vervolging is het niet gekomen omdat Wladimiroff een schikking heeft getroffen en justitie een bedrag van f. 65.000,- heeft betaald om berechting en de daarmee gepaard gaande publicitaire schade, te voorkomen⁷⁵⁷. Al met al komen de Roos en Serrarens tot de conclusie dat een scherpe grens tussen oorbaar en onoorbaar gedrag voor de advocaat niet vast te stellen is en dat dat een onzekerheid is waarmee men zal moeten leren leven⁷⁵⁸.

1.12.5.2 *Richtlijnen ter voorkoming van betrokkenheid van advocaten bij criminele handelingen*

De helingskwestie komt weer aan de orde bij door de Commissie Bruyninckx opgestelde Richtlijnen ter voorkoming van betrokkenheid van de advocaat bij criminele handelingen, soms ook wel aangeduid als de Bruyninckx-richtlijnen. Deze richtlijnen zijn door het College van Afgevaardigden op 30 juni 1995 goedgekeurd en op 15 september 1995 in werking getreden⁷⁵⁹.

Zoals hiervoor al gezegd⁷⁶⁰, speelt de helingsdiscussie een belangrijk rol bij de beschuldigingen aan het adres van advocaten dat zij betrokken zijn bij de criminele activiteiten van hun cliënten. De Orde is er veel aan gelegen duidelijk te maken dat zij alles in het werk wil stellen om haar leden ervan te doordringen dat er in contacten met cliënten een waakzame en weerbare houding dient te worden aangenomen⁷⁶¹.

De Bruyninckx-richtlijnen dienen als een uitwerking van artikel 46 Advocatenwet en Regel 1 van de Gedragsregels 1992 te worden gelezen, met name van de hierin vervatte normen dat de advocaat verantwoordelijk is voor zijn eigen handelen en voor het handelen voor zijn cliënt en zich zodanig dient te gedragen dat

757 De Roos en Serrarens 1993 II.

758 Zie ook De Roos 1991, p. 41-44 en Schaap 1999, p. 355-367.

759 De Richtlijnen zijn met toelichting gepubliceerd in het Advocatenblad 1995, p. 809-814 en het Vademecum Advocatuur, Wet- & regelgeving 2000, p. 289-304. Zie voor een bespreking van deze richtlijnen ook Schaap 1999, p. 355 e.v.

760 § 1.12.5.1.

761 Aldus een persbericht van de Orde van 7 september 1995, waarin de Orde naar aanleiding van het openbare verhoor van H. van der Bunt door de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden. De Orde geeft hierin aan dat een wettelijke beperking van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht ongewenst is en dat betrokkenheid van advocaten bij criminaliteit primair via de tuchtrechtspraak zou moeten worden aangepakt. Om de leden alert te maken op het gevaar van betrokkenheid bij criminaliteit kondigt de Orde aan dat in het kader van de verplichte permanente opleiding van advocaten een cursus wordt gestart waarin aandacht wordt besteed aan het fenomeen witwassen en waarin wordt behandeld hoe de uitwerking van de Bruyninckx-richtlijnen in de dagelijkse praktijk zijn beslag moet krijgen.

het vertrouwen in de advocatuur en zijn eigen beroepsuitoefening niet wordt geschaad⁷⁶².

In de richtlijnen worden twee kwesties geregeld:

1. in de eerste plaats de Rechercheplicht van de advocaat met het doel om te voorkomen dat de advocaat wegens zijn beroepsgeheim wordt gebruikt voor het afschermen of ondersteunen van financiële transacties in het kader van witwassen van crimineel geld (art. 1-5);
2. en in de tweede plaats het doen en ontvangen van betalingen, waaronder het honorarium (art. 6).

De precaire relatie tussen een onderzoeksplicht en de vertrouwensrelatie tussen advocaat en cliënt is geregeld in artikel 1 van de richtlijnen waarin staat dat de advocaat mag afgaan op de juistheid van de door de cliënt verstrekte gegevens zolang redelijke aanwijzingen van het tegendeel ontbreken. Bij de aanvaarding van de opdracht moet de advocaat zich wel vergewissen van de identiteit van de cliënt en nagaan of er aanwijzingen bestaan dat de opdracht strekt tot voorbereiding ondersteuning of afscherming van onwettige activiteiten (artikel 2). In de toelichting op dit artikel wordt een aantal indicaties gegeven die de advocaat lout moeten doen ruiken, zoals:

- ongebruikelijke opdrachten die niet tot het normale dienstverleningspatroon behoren, zoals het in bewaring nemen van documenten of goederen;
- een ongebruikelijke wijze van betaling, bijvoorbeeld contante betaling van financiële transacties of betaling door middel van derden;
- ongebruikelijk betalingsverkeer zoals het opdracht geven aan de advocaat tot in depot houden van grote bedragen, of het via de advocaat betalen van derden, of door de advocaat cheques laten verzilveren;
- cliënten die zich laten vertegenwoordigen door tussenpersonen en hun identiteit niet willen prijsgeven of cliënten die worden geïntroduceerd door een bank, gevestigd in een land dat bekend staat om de striktheid van het bankgeheim of het milde belastingklimaat.

Indien op grond van dergelijke indicatoren twijfel rijst bij de advocaat, dient de advocaat een nader onderzoek in te stellen naar de achtergrond van de cliënt en het doel van de opdracht (art. 3).

Indien de advocaat twijfelt aan de juistheid van de door de cliënt verstrekte gegevens dan dient hij ook een onderzoek naar deze gegevens in te stellen (art. 4):

- als er zich omstandigheden voordoen die gereede twijfel aan de juistheid van de gegevens rechtvaardigen;

762 Zie toelichting, Advocatenblad 1995, p. 810 of Vademecum Advocatuur Wet- & regelgeving 2000, p. 291-293.

- indien gegevens in aanmerking komen voor verwerking in een financiële administratie;
- en als de opdracht strekt tot het beheren van een bankrekening, postbus of besturen van een rechtspersoon of het uitvoeren van financiële transacties.

De advocaat die van zijn cliënt niet de gevraagde informatie krijgt of aanwijzingen krijgt dat zijn diensten strekken tot de voorbereiding, ondersteuning of afscherming van onwettige praktijken, dient zich te onthouden van dienstverlening. En de advocaat mag slechts goederen van zijn cliënt in ontvangst nemen of bewaren indien dit in een door hem behandelde zaak een redelijk doel dient (art. 5).

Ten aanzien van het betalingsverkeer is in artikel 6 in zijn algemeenheid bepaald dat de advocaat in het kader van zijn praktijkuitoefening geen betalingen per kas verricht of aanvaardt van hoger dan f. 25.000,-. Ten aanzien van het honorarium is in het tweede lid bepaald dat het de advocaat steeds vrij staat een honorarium of een voorschot daarop te ontvangen indien het noodzakelijke bijstand betreft, de aan die honorering ten grondslag liggende declaratie redelijk is en de betaling geheel giraal geschiedt. Uit de samenhang van de twee leden van artikel 6 kan worden opgemaakt dat een contante betaling van maximaal f. 25.000,-⁷⁶³ als honorarium mag worden geaccepteerd. Opvallend is dat ten aanzien van het ontvangen van contante of girale betalingen geen rechercheplicht naar de herkomst van de betaalmiddelen geldt. De achtergrond hiervan is dat de Orde het college van procureurs-generaal heeft verzocht een vrijwaringsregeling tot stand te brengen voor de advocaten die zich houden aan artikel 6 van de richtlijnen, namelijk een redelijke honorering voor noodzakelijke rechtsbijstand en girale betaling, maar ten aanzien waarvan toch mogelijke betrokkenheid bij bijvoorbeeld heling blijkt⁷⁶⁴.

Op de bepaling in artikel 6 van de richtlijnen dat betaling van honorarium giraal dient te geschieden is kritiek geleverd. Het gevolg hiervan is immers dat door een cliënt te 'dwingen' een honorarium van meer dan f. 25.000,- giraal te betalen, deze cliënt wordt blootgesteld aan een melding in het kader van de Wet MOT. Ook het feit dat een cliënt zich tot een advocaat wendt valt onder de geheimhoudingsplicht van de advocaat, hetgeen tot gevolg heeft dat de betaling van het advocatenhonorarium hier ook onder valt⁷⁶⁵. Kennelijk is de Orde bereid om in ruil voor het (relatief) veilig accepteren van besmet geld als honorarium, via een omweg van girale betaling de geheimhoudingsplicht op te heffen, met als gevolg dat de cliënt gedwongen kan worden zichzelf te belasten⁷⁶⁶.

763 Waarvan in de toelichting wordt gezegd dat dit geldt voor de honorering per zaak en niet per betaling, het is dus niet toegestaan in een zaak meer contante betalingen te accepteren die gezamenlijk een bedrag van f. 25.000,- overstijgen.

764 Richtlijnen advocaat en money laundering, Rubriek Advocatuur DD 1995, p. 284-285.

765 Zoals later wordt bevestigd in een uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven d.d. 23 april 1996, nr. 95/0940/075/200, Advocatenblad 1996, p. 570-573, waarin het college overweegt dat gelden die betrekking hebben op betaling van de door de advocaat verrichte of nog te verrichten juridische dienstverlening of informatie daarover onder de geheimhoudingsplicht van de advocaat vallen.

766 Mols en Spronken 1996, p. 511.

Zowel de Commissie Bruyninckx als de Orde van Advocaten vinden dit bezwaar overkomelijk. In de toelichting op artikel 6 van de richtlijnen wordt hierover het volgende vermeld:

"Het lijkt tegenstrijdig te bepalen dat de advocaat gelden waarvan hij kan vermoeden dat deze besmet zijn mag aannemen ter honorering van zijn werkzaamheden en vervolgens via deze regel de cliënt te verplichten het honorarium giraal te betalen, zodat deze zich kan blootstellen aan een melding in het kader van de wet MOT (ingeval van een 'ongebruikelijke transactie' van meer dan f. 25.000,-) en aldus zichzelf kan belasten. Ondanks het principiële bezwaar meende de Algemene Raad tot deze keuze te moeten komen"⁷⁶⁷.

Het OM is echter niet op de door de Orde voorgestelde 'deal' ingegaan. Naar aanleiding van het voorstel heeft het college van procureurs-generaal de Orde bericht dat er geen ruimte is voor een algemene strafrechtelijke vrijwaring van advocaten die zich aan de richtlijn houden. Wel zegt het college (nogmaals) toe dat ten aanzien van de advocatuur een terughoudend vervolgingsbeleid zal worden gevoerd en dat het college als interne richtlijn heeft aangenomen, dat een vervolgingsbeslissing tegen een advocaat dient te worden genomen op het niveau van de hoofdofficier van justitie en dat die beslissing steeds dient te worden getoetst aan de visie van het college, voordat aan die beslissing een begin van uitvoering wordt gegeven⁷⁶⁸.

Inmiddels is gebleken dat een advocaat die in strijd met de richtlijnen een honorarium in contanten accepteert van meer dan f. 25.000,-, volgens de Haagse en Maastrichtse Raad van Toezicht niet persé in strijd handelt met de norm van artikel 46 Advocatenwet. De advocaten Spong en Mols hadden zich tot de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten gewend met het verzoek artikel 6 van de Bruyninckx-richtlijnen aan te passen wegens strijd met de geheimhoudingsplicht en de presumptie van onschuld en met de mededeling dat zij in een strafzaak een contant voorschot hadden geaccepteerd van f. 125.000,-. De Algemene Raad verwees de kwestie naar de Raden van Toezicht in de respectievelijke arrondissementen waar deze advocaten stonden ingeschreven. De Haagse Deken besloot geen ambtshalve klacht in te dienen omdat aan artikel 6 van de Bruyninckx-richtlijnen ten grondslag ligt, dat een advocaat die zich aan deze regel houdt, in beginsel is gevrijwaard van een vervolging wegens schuldheiling. Overtreding van artikel 6 levert op zichzelf nog geen tuchtrechtelijk verwijt in de zin van artikel 46 Advocatenwet op⁷⁶⁹. De Maastrichtse Deken volgde het standpunt van zijn Haagse collega. Tengevolge van het terughoudende vervolgingsbeleid is, voorzover ik dat heb kunnen nagaan, tot op heden nog nooit een advocaat veroordeeld voor schuldheiling wegens het aanvaarden van een op zichzelf correct

767 Richtlijnen ter voorkoming van betrokkenheid van de advocaat bij criminele handelingen, Vademecum Advocatuur, Wet- & regelgeving 2000, p. 289 e.v.

768 Zie Strafvervolgning van advocaten, Rubriek OM en rechter, DD 1996, p. 76.

769 Overtreding Bruyninckx-richtlijnen niet in strijd met art. 46 Advocatenwet, Rubriek Advocatuur DD 1997, p. 1064-1066.

honorarium, waarvan hij kon vermoeden dat dit afkomstig was uit criminele bron⁷⁷⁰.

Ten tijde van de afsluiting van dit onderzoek is de helingsdiscussie weer actueel in verband met het Wetsontwerp strafbaarstelling van het witwassen van opbrengsten van misdrijven⁷⁷¹. In verband met deze strafbaarstelling loopt ook de advocaat het risico zich schuldig te maken aan de culpose vorm van witwassen als hij zijn honorarium krijgt van een cliënt die geen enkele legale bron van inkomsten heeft⁷⁷².

1.13 Samenvatting en conclusies

In dit hoofdstuk is het eerste deel van de probleemstelling onderzocht, namelijk op welke wijze in de recente historie is gedacht over de rol en professionele verantwoordelijkheid van de advocaat in strafzaken. In de ontwikkeling van deze denkbeelden zijn sinds het einde van de 19e eeuw vier periodes te onderscheiden. De periode voorafgaande aan de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926, de periode na 1926 tot aan de jaren zestig, de jaren zestig en zeventig en de jaren tachtig tot op heden.

1.13.1 *Naar een nieuw Wetboek van Strafvordering*

Bij de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 is een einde gemaakt aan de volstrekt rechteloze positie van de verdachte in het vooronderzoek en zijn elementaire bepalingen die van belang zijn voor de rechtsbijstand zoals het recht op vrij verkeer en kennisneming van processtukken gedurende het vooronderzoek ingevoerd. Aan de herziening van het Wetboek van Strafvordering is een uitgebreide discussie voorafgegaan over het belang en de betekenis van de verdediging in strafzaken. In deze discussie speelt de inquisitoire traditie van de Nederlandse strafrechtspleging die primair gericht is op waarheidsvinding een dominante rol. Hoewel de pijnbank al een tijd is afgeschaft blijft de justitiële

770 Zie in dit verband de Kamervragen die door Marijnissen gesteld zijn naar aanleiding van het advocatenhonorarium dat Johan V. aan zijn advocaat zou hebben betaald en of de minister van justitie bereid is hiernaar een strafrechtelijk onderzoek in te stellen. De regering volstaat bij de beantwoording van deze vraag met een verwijzing naar de Bruyninckx-regeling en het terughoudende opsporings- en vervolgingsbeleid dienaangaande, Aanhangsel Handelingen TK 1996-1997, 847; Kamervragen over advocatenhonorarium Johan V., Nieuwsbrief Strafrecht 1999, p. 83-85. Zie ook de kamervragen van De Wit, ingezonden op 28 juni 2000, Aanhangsel Handelingen TK 1999-2000, 1735 over het terughoudende vervolgingsbeleid van het OM. De minister antwoordt op 28 augustus 2000 desgevraagd dat er tot dan toe in geen enkel geval is besloten tot vervolging van een advocaat wegens (schuld)heling. In hetzelfde antwoord kondigt de minister een evaluatie aan van de Bruyninckx-richtlijnen waarbij tevens de fiscale rechtmatigheid van de inkomsten waarmee honoraria worden betaald zal worden betrokken.

771 TK 27 159.

772 TK 1999-2000, 27 159, nr. 4, Verslag, p. 6 e.v. en Aanhangsel Handelingen TK 1999-2000, 1735. Zie ook Honoraria van advocaten en witwassen, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, p. 330-332.

benadering gericht op een bevestiging van de verdenking, liefst door middel van een bekentenis. Velen zien de noodzaak van rechtsbijstand niet in, omdat de waarheidsvinding in handen is van een onafhankelijke en objectieve magistratuur, waarvan de integriteit buiten discussie staat en die ook tot taak heeft rekening te houden met de belangen van de verdachte. Men wil nog wel toegeven dat rechtsbijstand voor de waarheidsvinding nuttig kan zijn, maar dit aspect weegt nauwelijks op tegen de dreiging dat de advocaat de waarheidsvinding kan bemlemmen. Dat de verdachte in het Wetboek van Strafvordering van 1926 meer waarborgen en rechten krijgt zich te verdedigen, is het gevolg van de in die periode, ook in parlementaire kringen, aan gezag winnende opvatting, dat voor een evenwichtige waarheidsvinding tegenspraak mogelijk moet zijn, waarbij veelvuldig verwezen wordt naar de Angelsaksische op fairness gebaseerde openbare, mondelinge en onmiddellijke procedure. In deze visie is rechtsbijstand ter voorkoming van onterechte veroordelingen noodzakelijk. De bescherming van de belangen van de verdachte wordt als een blijk van beschaving en dus ook als een publiek belang gezien. De meer op inquisitoire leest geschoeide opvattingen blijven echter een belangrijke rol spelen en de structuur van het Wetboek van Strafvordering kan als een compromis worden gezien tussen deze beide richtingen, waarbij echter de waarheidsvinding het primaat blijft houden en de uitoefening van veel rechten van de verdediging kunnen worden beperkt in het belang van het onderzoek.

Het verschil in benadering van de wijze waarop de waarheidsvinding in het strafproces tot stand zou moeten komen – door een onderzoek van overheidswege of in een contradictoire procedure waarop ook de verdachte invloed kan uitoefenen – werkt ook door in de opvattingen over de taak die de advocaat in het strafproces heeft. De partijdigheid van de advocaat is hierbij een heikel punt.

De voorstanders van een contradictoire procedure zien in de partijdigheid een waarborg voor een tegensprekelijk debat, waardoor de rechter zich een evenwichtiger oordeel kan vormen⁷⁷³. Het is niet relevant of de advocaat van een eventuele schuld van de cliënt aan het tenlastegelegde feit weet. De door de advocaat te zaaien twijfel over het bewijs, ook al is de verdachte schuldig, dient als prikkel voor de rechter om niet lichtvaardig tot een overtuiging van schuld te komen. Het is immers de rechter en niet de advocaat die moet oordelen.

De aanhangers van de inquisitoire traditie leggen bij hun opvattingen over de taak van de advocaat de nadruk op de onafhankelijkheid en objectiviteit van de raadsman ten opzichte van zijn cliënt en zien alleen hierin een legitimatie voor het optreden van de advocaat⁷⁷⁴. De partijdigheid van de advocaat is beperkt tot het in het belang van de verdachte erop toezien dat wettelijke bepalingen worden nageleefd en tot het voorzien van de rechter van informatie die ten gunste van de verdachte kan werken. Zo kan ook de advocaat de waarheidsvinding bevorderen. In deze opvatting mag de advocaat op geen enkele wijze meewerken aan de vrijpraak van een schuldige verdachte. Kenmerkend in deze visie is, dat niet onderkend wordt dat het objectief vaststellen van feiten en het toekennen van juridi-

773 § 1.2.1.4.

774 § 1.2.1.3.

sche kwalificaties geen eenduidige en eenvoudige opgaven zijn⁷⁷⁵. Dat een mogelijkheid tot tegenspraak de kwaliteit van de rechterlijke beslissing kan bevorderen, wordt, gelet op het vertrouwen dat men in de rechterlijke autoriteiten stelt, bijna als een belediging voor de magistratuur opgevat.

Naast het recht op rechtsbijstand en vrij verkeer zijn kennisneming van processtukken in het vooronderzoek en de wettelijke erkenning van het zwijgrecht belangrijke elementen van de hervorming van het Wetboek van Strafvordering in 1926. Uit de parlementaire discussie blijkt hoeveel moeite men heeft met het feit dat de advocaat door het vrij verkeer de waarheidsvinding in het vooronderzoek kan bemoeilijken, niet alleen doordat de advocaat de waarheidsvinding 'chicaner' kan belemmeren, maar ook omdat de advocaat de verdachte kan wijzen op zijn zwijgrecht of (nog erger) kan adviseren van zijn zwijgrecht gebruik te maken⁷⁷⁶.

1.13.2 *Van de jaren dertig tot de jaren zestig*

Op het moment van invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 is het hoogtepunt van de contradictoire en liberale, op de individuele rechten van de verdachte gerichte, stroming, die gezorgd heeft voor de opwaardering van de positie van de verdediging, al voorbij. De traditionele inquisitoire praktijk blijft ondanks het gewijzigde Wetboek van Strafvordering de boventoon voeren⁷⁷⁷. Daar komt nog bij, dat onder invloed van het totalitaire politieke klimaat in de jaren dertig, de rechten van de verdachte onder druk komen te staan en de weerstand tegen een partijdige verdediging sterker wordt⁷⁷⁸. In deze tijd ontstaan ook de ideeën over een van overheidswege aangestelde ambtelijke verdediger die een publieke functie heeft en bij de uitoefening van zijn taak ook het algemeen belang nastreeft: de verdediger als magistraat en staatsorgaan. Deze ambtelijke verdediger zou tegenover de verdachte een objectieve houding moeten aannemen⁷⁷⁹. Alhoewel een dergelijke verregaande verambtelijking van de verdediging weinig weerklank vindt⁷⁸⁰, blijft de opvatting dat ook de advocaat in strafzaken het algemeen belang moet nastreven en daarin een eigen publieke verantwoordelijkheid heeft, opgeld doen. Zo wordt van de balie verwacht dat ook voor de advocaat het belang dat schuldigen worden bestraft voorop dient te staan en dat de rechten van de verdediging moeten worden aangewend om de waarheid aan het licht te brengen en niet om de betrokken cliënt vrij te krijgen⁷⁸¹. Ook zou de advocaat geen verweren mogen voeren waarvan hij weet dat deze feitelijk niet juist zijn en waardoor het recht zijn loop niet kan hebben of waardoor aan derden of

775 Zie Van den Bergh § 1.2.1.4.

776 Zie § 1.3.1.

777 Zie ook Nijboer 1992, p. 19, die erop wijst dat deze inquisitoire traditie ook de oorzaak is van het falen van het contradictoire karakter van het eindonderzoek, door de vrijwel ongebreidelde toelating van het testimonium de auditu na de invoering van het wetboek.

778 § 1.5.

779 § 1.5.1.

780 Zie bijvoorbeeld Van Oppen en Muller Massis § 1.5.2.

781 Zie De Vrieze 1940 en Bloemers 1940, § 1.5.2.

de rechtsorde nadeel wordt toegebracht. Als de advocaat twijfelt aan de juistheid van feitelijke mededelingen van zijn cliënt, is hij verplicht de feiten te controleren⁷⁸². Al zijn er binnen de balie ook advocaten die vasthouden aan de liberale uitgangspunten van een partijdige verdediging⁷⁸³, een actieve verdediging in strafzaken lijkt niet van de grond te komen. De leden van de balie lopen niet zo warm voor het optreden als raadsman in strafzaken. Zo blijkt dat van de rechten die sinds de invoering van het nieuwe wetboek aan de verdediging zijn toegekend nauwelijks gebruik wordt gemaakt. Wat dat betreft is ten opzichte van de situatie van vóór 1926 niet zoveel veranderd⁷⁸⁴. Er wordt openlijk getwijfeld aan het niveau van de advocatuur in strafzaken ten gevolge van een gebrek aan belangstelling voor het strafrecht⁷⁸⁵. Oorzaken voor dit gebrek aan belangstelling worden gezocht in de geringe invloed van de raadsman op het verloop van de strafzaak, de afwezigheid van een adequate vergoeding van de toegevoegde raadsman en de psychologische weerzin tegen het doen van strafzaken, waardoor de advocaat zichzelf geassocieerd ziet met criminaliteit. Mede naar aanleiding van de omstandigheid dat de advocatuur in strafzaken op grote schaal verstek laat gaan, wordt het idee van de ambtelijke verdediging in het vooronderzoek tegen het eind van de vijftiger jaren weer gelanceerd⁷⁸⁶. De voordelen hiervan zijn dat eenieder in het vooronderzoek in ieder geval de rechtsbijstand krijgt waar hij recht op heeft. Bovendien kan de ambtelijke verdediger onafhankelijker staan tegenover zijn cliënt en zal hij dus minder snel beticht worden van het maken van misbruik van verdedigingsrechten. Dit geldt temeer indien de ambtelijk verdediger ook nog een geheimhoudingsplicht opgelegd kan krijgen ten opzichte van zijn cliënt. De bezwaren tegen het instituut van een ambtelijk verdediger, die niet bevoegd zou zijn zijn cliënt over alle aspecten van de zaak in te lichten, zijn dat deze moeilijk een vertrouwensrelatie met de verdachte kan opbouwen. Ingeval van een ontkennende verdachte zal de ambtelijk verdediger, die zich niet geheel partijdig mag opstellen, toch aanzienlijk worden belemmerd in de verdedigingsmogelijkheden⁷⁸⁷. Het instituut van ambtelijke verdediging vindt geen echte voedingsbodem, ook omdat hiermee de onafhankelijkheid van de advocatuur in het gedrang zou komen.

Duidelijk is in ieder geval dat de advocatuur in het strafproces ook na de procedurele verworvenheden van het Wetboek van Strafvordering van 1926 een marginale rol blijft spelen. Gelet op de van oudsher patriarchale en milde strafrechtspleging en het grote vertrouwen in de rechterlijke macht is er kennelijk ook weinig behoefte aan een actieve verdediging⁷⁸⁸.

782 Zie Langemeijer 1950 in § 1.6.

783 Zie bijvoorbeeld Van Oppen en Muller Massis 1939 § 1.5.2 en Beekhuis 1950 § 1.6.

784 Zie met name Simons 1929 § 1.4; Wijnveld 1939 § 1.5.2.

785 Zie bijvoorbeeld de preadviezen van De Vrieze en Bloemers voor de NJV 1940 § 1.5.2. en Th. van Veen en Van Buuren 1969 en Remmelink 1966.

786 Zie Drabbe 1958, § 1.6.2.

787 Zie met name Beekhuis 1959 § 1.6.2.

788 § 1.6.3.

1.13.3 De jaren zestig en zeventig

Tegen het einde van de jaren zestig hebben de veranderingen binnen het politieke klimaat en de brede maatschappijkritiek op de overheid ook hun weerslag op het strafrecht en de positie van de verdediging daarin. Binnen het strafrechtelijk denken ontstaan twee stromingen die min of meer elkaars tegenpolen vormen: het functionalisme of instrumentalisme waarin het strafrecht wordt gezien als een van de maatschappelijke sturingsinstrumenten en een stroming die de nadruk legt op het belang van rechtsbescherming en als zodanig een tegenwicht vormt van het functionele denken. De persoon van de verdachte/dader komt meer centraal te staan: in de functionele richting met het oog op resocialisering en in de richting die de nadruk legt op rechtsbescherming met het oog op de emancipatie van de burger en het respect voor diens individuele vrijheid⁷⁸⁹. In beide stromingen wordt van de advocaat in strafzaken een actievare inbreng verwacht, dan tot dan toe het geval is geweest. Het op verzoek van de Nederlandse Orde uitgebrachte rapport 'Verdediging in de aanval' ademt de geest van de functionele stroming. De advocaat moet zich meer als hulpverlener van zijn cliënt opstellen en zowel in de voorfase van het strafproces als op de terechtzitting het maatschappelijke nut van strafrechtelijk ingrijpen kritisch aan de orde stellen. Uitgaande van de ultimatum remedium-functie van het strafrecht moet de advocaat zich meer richten op doelmatigheidsaspecten en straftoemingsvragen en zonodig het aan het recht ten grondslag liggende normen- en waardenstelsel, als dit te ver verwijderd is van de maatschappelijke realiteit, ter discussie stellen. Voor deze taak is een onafhankelijke houding ten opzichte van de overheid en de andere procesdeelnemers noodzakelijk. Ook de organisatie van het werkverband, de opleiding en de honorering van de advocaat zouden moeten worden aangepast. Specialisering wordt onontbeerlijk geacht. Naast deze functionele benadering – en min of meer ook daartegenover – wint de opvatting terrein, dat de grondslag van de taak van de advocaat vooral gezocht moet worden in de bescherming van de individuele vrijheid van de verdachte, die de kans moet krijgen in het strafproces zijn eigen waardepatroon en beleavingswereld aan de orde te stellen en zoveel mogelijk de vrijheid moet krijgen om zijn eigen procespositie te bepalen. Daarom moet de advocaat zich richten op de bewaking van de procedurele normen in het strafproces, die de individuele vrijheid van de verdachte beschermen. Deze taakopvatting heeft ook implicaties voor de verhouding tussen advocaat en cliënt. Niet de advocaat bepaalt wat goed is voor de cliënt en welke strategie het beste gevoerd kan worden, maar de cliënt is dominus litis en beslist, nadat hij door zijn advocaat is voorgelicht over alle (procedurele) aspecten en mogelijkheden in zijn zaak, over de te voeren verdediging. Voor de advocaten die optreden in politieke strafzaken, die het gevolg zijn van verschillende vormen van actie die in deze tijd door burgers tegen maatschappelijke misstanden worden gevoerd, blijft het niet bij het bewaken van de procespositie van hun cliënten. Zij vinden dat de politieke motieven van hun cliënten moeten worden gerespecteerd en dat zij bij de verdediging ook de visie van hun cliënten moeten uitdragen. Dit leidt tot discussies over

de vraag of de onafhankelijkheid van de advocaat niet in gevaar komt als hij zich in verregaande mate identificeert of solidair verklaart met zijn cliënt⁷⁹⁰. Dát de advocaat eenzijdig partij kiest voor zijn cliënt is in deze tijd eigenlijk geen punt van discussie (meer). Het gaat er vooral om hoe dit gedaan wordt. De tegenstanders van een politiek geëngageerde verdediging vrezen dat een publieke identificatie met de cliënt, die vaak ook nog gepaard gaat met een openlijke persoonlijke politieke keuze van de advocaat, averechts kan werken. In de eerste plaats zou door het ontbreken van een professionele afstandelijkheid de advocaat minder serieus kunnen worden genomen. Het recht op verdediging behoort immers los te staan van de persoonlijke overtuiging van de advocaat. Men vreest dat aan het rechtstatelijke beginsel, dat eenieder ongeacht welk strafbaar feit hij heeft begaan of ongeacht zijn overtuiging recht heeft op verdediging, afbreuk wordt gedaan als de advocaat zich nadrukkelijk politiek manifesteert voor bepaalde cliënten of in bepaalde zaken. Velen zijn dan ook van mening dat wat de advocaat persoonlijk vindt van het strafbare feit of de doelen en belangen van de verdachte niet relevant mag zijn, omdat het de functie van de advocaat is de visie van de verdachte zo goed mogelijk in rechte te vertalen. Dat is uiteindelijk ook de opvatting van de voorstanders van een politieke verdediging. Ook zij hechten aan hun professionele onafhankelijkheid en willen niet worden beoordeeld naar de daden van hun cliënten. Zij claimen echter de vrijheid om in het kader van de verdediging de politieke keuzen van hun cliënten aan de orde te stellen, hetgeen onmogelijk is als zij daar tevens openlijk afstand van zouden moeten nemen.

De aandacht voor individuele rechtsbescherming heeft ook zijn weerslag op de procespositie van de verdachte in het vooronderzoek, die in deze periode wordt versterkt door de herziening van de regeling van voorlopige hechtenis en het invoeren van de piketdienst, waardoor aan iedere verdachte die in verzekering wordt gesteld een advocaat wordt toegevoegd⁷⁹¹. Intensief is er gediscussieerd over de vraag of de verdachte ook recht heeft op rechtsbijstand tijdens het politieverhoor⁷⁹². Ondanks de erkenning dat het zwaartepunt van het strafproces, met name door de toelating van de auditu-bewijs, in toenemende mate is verschoven naar het vooronderzoek en het politieverhoor van de verdachte een essentiële fase is in de verdere vervolging, is rechtsbijstand bij het politieverhoor een brug te ver. Het verhoor van de verdachte in het voorbereidend onderzoek is het meest inquisitoire moment van het strafproces en rechtsbijstand van een advocaat zou het psychologische overwicht van de politie op de verdachte tijdens het verhoor verstoren en bekentenissen van verdachten verhinderen. Hiermee zou de verdachte een gelijkwaardige procespartij worden en zouden de systematiek en de uitgangspunten van het Wetboek van Strafvordering op zijn kop worden gezet⁷⁹³. Het argument dat het zwijgrecht en het nemo tenetur beginsel zonder effectieve rechtsbijstand bij het politieverhoor voor de verdachte in de praktijk nauwelijks

790 § 1.8.5.

791 § 1.9.

792 § 1.9.1-§ 1.9.2.5.

793 § 1.9.2.3.

waarborgen vormen voor het bepalen van zijn eigen procespositie, moet het afleggen tegen het onderzoeksbelang.

1.13.4 Van idealisme naar pragmatisme, het einde van het millennium

Halverwege de jaren tachtig komt een einde aan de 'due process' lente van de jaren zeventig, waarin de rechtsbescherming van de verdachte in het middelpunt van de belangstelling staat. Er komt een omslag in de criminele politiek en de criminaliteitsbestrijding gaat de boventoon voeren, waardoor de rechtsbescherming onder druk komt te staan. De zelfstandige betekenis van strafprocessuele waarborgen als normering van overheidsingrijpen, oftewel de rechtstatelijkheid van het strafproces, is echter een factor, die de positie van de verdediging blijvend heeft versterkt. Ook binnen de advocatuur gebeurt het een en ander. De brede kritiek in de jaren zestig en zeventig op de kwaliteit van de rechtsbijstand in zijn algemeenheid, waaronder ook de rechtsbijstand in strafzaken, is door de balie opgepikt. Er komt een beroepsopleiding, waarin ook het strafprocesrecht aandacht krijgt en de vergoedingen voor de gefinancierde rechtsbijstand zijn aanzienlijk verbeterd ten opzichte van de daaraanvoorafgaande jaren. Langzaamaan ontstaat een gespecialiseerde strafrechtadvocatuur, waarin kennis en vaardigheden worden ontwikkeld die nodig zijn om een volwaardiger tegenspel te bieden aan het OM. De strafrechtadvocatuur wordt professioneler en maakt volop gebruik van processuele verweren, die vanaf de jaren zeventig mede door een actieve en kritische opstelling van advocaten en de invloed van het EVRM in de Nederlandse strafpraktijk, zijn uitgebreid. Deze accusatoire tendensen stuiten op weerstand in de nog steeds inquisitoir georiënteerde strafrechtspleging. De rechter betoont zich steeds minder een ambtshalve hoeder van de belangen van de verdachte, die de relatief zwakke processuele positie van de verdediging moet compenseren. De verdachte, en vooral diens advocaat, moeten een actieve proceshouding aannemen, willen rechten die aan processuele waarborgen verbonden zijn, niet worden verspeeld. De assertiviteit van de zijde van de raadslieden en de gelijktijdige opleving van de criminaliteitsbestrijding zorgen voor een zekere polarisering en verharding. Het strafproces wordt meer een partijenstrijd, met name als het OM door de IRT-affaire en de hieraan verbonden nasleep onder vuur komt te liggen. In de grote strafzaken wordt het strafproces een procedureel steekspel tussen verdediging en OM, waarbij het belang van de waarheidsvinding naar de achtergrond dreigt te worden gedrongen. Daarbij speelt de toegenomen aandacht voor het strafrecht in de media in een tijdperk waarin beeldvorming bij het publiek een onmiddellijke politieke impact en commercieel belang heeft, een belangrijke rol. Er worden vraagtekens gezet bij de ethiek van de partijdigheid van de advocaat, die openlijk belijdt geen boodschap te hebben aan de materiële waarheidsvinding, voorzover deze niet in het voordeel is van zijn cliënt. Ethische vraagstukken worden zowel binnen als buiten de advocatuur een hot issue. Centraal staat hierbij de vraag of de advocaat ook rekening heeft te houden met het publieke belang van een effectieve rechtspleging. Van de aan de verdachte toegekende rechten en bevoegdheden kan immers ook een strategisch gebruik gemaakt worden, bijvoorbeeld om de voortgang van een procedure te vertragen. Het aan-

wenden van bevoegdheden of rechtsmiddelen voor een doel waarvoor deze niet primair zijn toegekend, wordt al snel als misbruik van bevoegdheden bestempeld of in strijd geacht met beginselen van behoorlijke procesorde, waarop de advocaat wordt aangekeken omdat deze verondersteld wordt zijn kennis van het strafproces voor oneigenlijke doelen aan te wenden. Hoewel enerzijds erkend wordt dat de raadsman een verantwoordelijkheid heeft voor de bescherming van de vrijheidsrechten van zijn cliënt⁷⁹⁴ wordt anderzijds door de staande en zittende magistratuur van de advocaat verwacht dat hij rekening houdt met het publieke belang van een effectieve voortgang van het strafproces. Doet hij dat niet, dan wordt hij al snel gezien als een verlengstuk van zijn criminele cliënt. Daar komt nog bij dat er in het kielzog van de algemene maatschappelijke ontwikkeling ook binnen de (strafrecht)advocatuur sprake is van een verzakelijking en commercialisering. Door de toegenomen omvang van met name de drugscriminaliteit ontstaat er een cliëntengroep die zeer wel in staat is gespecialiseerde rechtsbijstand in te huren tegen goede betaling. Rondom de strafrechtadvocatuur ontstaat een negatieve beeldvorming, die leidt tot een zekere criminalisering. Door de uitbreiding van de strafbaarstelling van deelneming aan een criminele organisatie en de zelfstandige strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen, kan de advocaat al gauw als verdachte worden aangemerkt in de sfeer van criminele betrokkenheid bij de strafbare feiten waarvan zijn cliënt wordt verdacht⁷⁹⁵. In deze periode wordt ook de vraag actueel, of de advocaat die kan vermoeden dat hij betaald wordt met crimineel geld zich schuldig maakt aan heling. Uit het onderzoek dat in het kader van de Enquêtecommissie Opsporingsmethoden is gedaan blijkt dat de advocatuur in ieder geval potentieel als een beroepsgroep wordt beschouwd, die gevaar loopt betrokken te raken bij georganiseerde criminaliteit. Daarbij wordt de grens niet gelegd bij daadwerkelijk strafbare betrokkenheid van advocaten, maar wordt een ruimer zorgvuldigheidscriterium gehanteerd, namelijk dat de advocaat dient te voorkomen dat zijn beroepsuitoefening wordt misbruikt voor criminele doelen. Voor de civiele praktijk betekent dit dat de advocaat zijn geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht niet mag laten misbruiken voor de afscherming van criminele activiteiten, zoals het witwassen van crimineel geld. In de strafpraktijk wordt het spreken met een belastende getuige en het wijzen van de verdachte op zijn zwijgrecht al snel uitgelegd als een ontoelaatbare beïnvloeding van de waarheidsvinding. Tot op heden zijn maatregelen ter voorkoming van betrokkenheid van advocaten bij criminele activiteiten vooral gezocht in de sfeer van zelfregulering en tuchtrechtspraak. Het gevaar dreigt echter dat het ver-

794 Een voorbeeld waar dit (impliciet) uit blijkt is HR 29-05-1990, NJ 1990, 754.

795 In dit verband kan nog gewezen worden naar een vrij recente uitspraak van de Nijmeegse hoogleraar strafrecht Y. Buruma in een interview in *Intermediair*, Bos 2000, waarin Buruma in eerste instantie stelt dat de strafadvocatuur "de oren te veel naar de verdachte laat hangen" en in zijn algemeenheid poneert dat wetenschappers (waaronder ook advocaten), verantwoordelijk zijn voor de gevolgen van hun bevindingen en zouden kunnen worden vervolgd wegens medeplichtigheid als er voorzienbaar misbruik in het spel is: "Ik ga uit van de juridische definitie van medeplichtigheid: willens en wetens de kans aanvaarden dat (...). In dit geval dus dat er misbruik wordt gemaakt van je bevindingen of je advies. Dan is er in strafrechtelijke zin sprake van medeplichtigheid aan dat misbruik".

schoningsrecht en de geheimhoudingsplicht van de advocaat worden aangetast als ook advocaten verplicht zouden worden in het kader van Europese regelgeving ter bestrijding van witwassen, ongebruikelijke transacties te melden.

1.13.5 *De betekenis van partijdigheid en onafhankelijkheid*

In de discussies over de professionele rolopvatting van advocaat in strafzaken, die in dit hoofdstuk zijn beschreven, vormen partijdigheid en onafhankelijkheid de centrale thema's. Partijdigheid heeft voor het functioneren van de raadsman drie verschillende betekenissen:

1. In de discussie die voorafgaat aan de invoering van het Wetboek van Strafvordering wordt partijdigheid gezien als een noodzakelijk element van een contradictoire procedure en is partijdigheid van belang voor een evenwichtige waarheidsvinding.
2. In de jaren zestig en zeventig heeft vervuld de partijdigheid een rol in de emancipatoire functie van het recht. De rechtsbijstand van de advocaat moet in het teken staan van de individuele vrijheid van de verdachte, die dominus litis is. Hierbij wordt de nadruk gelegd op het dienstverlenende aspect van rechtsbijstand.
3. Last but not least is partijdigheid, in de zin van een zekere mate van solidariteit met de cliënt, een voorwaarde voor het kunnen opbouwen van een vertrouwensrelatie met de cliënt.

Anderzijds is de advocaat ook geen willoze spreekbuis van zijn cliënt, geen 'hired gun', zoals de Amerikanen dat plastisch uitdrukken. Ook de onafhankelijkheid heeft drie verschillende aspecten:

1. De onafhankelijkheid ten opzichte van de cliënt dient als waarborg tegen misbruik van de privileges die de advocaat in het kader van zijn functie heeft, zoals het recht op vrij verkeer. Deze privileges zijn de advocaat toegekend in een zeker vertrouwen dat hij de waarheidsvinding niet met ongeoorloofde middelen belemmert. De advocaat moet bijvoorbeeld kunnen weigeren informatie aan derden te verschaffen als zijn cliënt in volledige beperkingen zit.
2. Onafhankelijkheid heeft ook een functie in de advisering van de cliënt, omdat de advocaat op grond van zijn professionele kennis van het strafproces als een deskundig klankbord moet kunnen fungeren en de cliënt moet kunnen behoeven voor onverstandige beslissingen. De cliënt heeft pas baat bij de deskundigheid van de advocaat indien de advocaat met wat meer afstand, dan dat de cliënt zelf van zijn zaak zal kunnen nemen, een inschatting maakt van diens procespositie en verdedigingsmogelijkheden.
3. De advocaat moet zich ook onafhankelijk kunnen opstellen tegenover de overheid, het publiek en andere betrokken procespartijen. Dit aspect van onafhankelijkheid dient vooral als waarborg voor de partijdigheid: de advocaat moet zich laten leiden door de belangen van zijn cliënt, ook al komt dit de

overheid, andere procespartijen of derden niet goed uit en ook al staat hij hierbij onder druk van de publieke opinie.

Problematisch is het beroep van de overheid of de andere procesdeelnemers op de onafhankelijkheid van de advocaat, om deze te bewegen ook het publieke belang in zijn rechtsbijstand te betrekken. Een beroep op onafhankelijkheid wordt dan gebruikt om afstand te creëren van de cliënt, niet in diens belang, maar in het belang van de samenleving. Een dergelijk appel verdraagt zich niet met een partij-dige belangenbehartiging.

Strafprocessuele normen voor het optreden van de advocaat

2.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is naar voren gekomen dat partijdigheid en onafhankelijkheid centrale thema's zijn in de professionele rol van de advocaat en de belangrijkste algemene uitgangspunten die de inhoud van de taak en de rol van de advocaat bepalen. Tevens is gebleken dat er een spanningsveld ontstaat, zodra een partijdige opstelling van de advocaat niet bijdraagt aan de waarheidsvinding of indruist tegen een efficiënte strafrechtspleging. In dit spanningsveld vervult de onafhankelijkheid van de advocaat een dubbelrol, omdat deze zowel geldt ten opzichte van het publiek en de overheid (inclusief de rechter en het OM), als ten opzichte van de cliënt. De onafhankelijkheid ten opzichte van de overheid en het publiek is een voorwaarde om een partijdige belangenbehartiging mogelijk te maken. De onafhankelijkheid ten opzichte van de cliënt moet voorkomen dat de regels die met de geprivilegieerde positie¹ van de advocaat zijn verbonden, niet worden overtreden. De onafhankelijke opstelling van de raadsman ten opzichte van de cliënt dient daardoor ook het algemeen belang van een effectieve misdaadbestrijding, omdat misbruik van de geprivilegieerde positie de waarheidsvinding en de voortgang van de strafvervolgning kan frustreren.

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre aan strafprocessuele bepalingen nadere normen kunnen worden ontleend voor het optreden van de advocaat in strafzaken en zo dit het geval is, of deze normen de partijdige belangenbehartiging ondersteunen of – in het algemeen belang – beperken. Ook zal worden gezien of de dubbele functie die de onafhankelijkheid van de advocaat heeft, in de strafprocessuele bepalingen kan worden teruggevonden, of daarin nader is uitgewerkt. Daartoe zal een inventarisatie worden gemaakt van de relevante strafvorderlijke bepalingen en worden bekeken of uit deze bepalingen en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie en literatuur normen kunnen worden afgeleid voor de wijze waarop de advocaat rechtsbijstand dient te verlenen. Dit betekent dat niet in detail zal worden ingegaan op de strafprocessuele betekenis en strekking van de strafvorderlijke bepalingen en de hierop betrekking hebbende jurisprudentie, maar dat vooral zal worden gekeken of deze bepalingen normen inhouden voor het optreden van de advocaat of voor de relatie tussen de advocaat en zijn verdachte cliënt.

In het vorige hoofdstuk² is al aan de orde gesteld dat de plaats die het EVRM en de daarop gebaseerde Straatsburgse jurisprudentie vanaf 1975 in neemt in Nederlandse strafrechtspleging, niet meer weg te denken is. Alhoewel de rechtsbescherming van verdachte ook in andere mensenrechtenverdragen zoals het IVB-PR gegarandeerd is, is de invloed van de Straatsburgse jurisprudentie ongetwij-

¹ Recht op vrij verkeer en het verschoningsrecht.

² § 1.10.1.

feld het grootste en wordt zij in alle handboeken geïntegreerd behandeld met de Nederlandse jurisprudentie. Toch wordt in de navolgende analyse gekozen voor een gesplitste behandeling, althans voorzover dat mogelijk is. In sommige gevallen heeft immers de Straatsburgse jurisprudentie tot gevolg gehad dat de Nederlandse strafprocessuele bepalingen zijn aangepast. Dit betekent dat in eerste instantie de Nederlandse strafprocessuele bepalingen onderzocht zullen worden en vervolgens de toepasselijke bepalingen en jurisprudentie van het EVRM. Hierdoor wordt het mogelijk te bezien of de bepalingen in het EVRM, die betrekking hebben op de verdediging en op de positie van de raadsman, zich onderscheiden van de nationale strafvorderlijke bepalingen. Ook bij de analyse van het EVRM staat de normering van het optreden van de advocaat en de relatie tussen de advocaat en zijn cliënt centraal.

2.2 Relevante strafprocessuele bepalingen in het Wetboek van Strafvordering

De algemene bepalingen in het Wetboek van Strafvordering over rechtsbijstand aan de verdachte zijn te vinden in Boek I, Titel II (De verdachte) en Titel III (De raadsman). De bepalingen van deze titels hebben betrekking op het gehele strafproces, voorzover er sprake is van een verdachte in de zin van artikel 27 Sv. Dit betekent dat deze niet meer van toepassing zijn zodra de vervolging is geëindigd, doordat de rechterlijke uitspraak onherroepelijk is geworden, of nadat de verdachte buiten vervolging is gesteld, of nadat de rechter overeenkomstig artikel 36 Sv de heeft verklaard dat de zaak is geëindigd³.

Verder zijn met betrekking tot de rechtsbijstand in de verschillende fasen van het strafproces en in verschillende bijzondere procedures, verspreid over het gehele wetboek meer specifieke bepalingen opgenomen. In de navolgende inventarisatie zal niet de chronologie van het Wetboek van Strafvordering worden gevolgd, maar zullen de voor de rechtsbijstand relevante bepalingen thematisch worden besproken. De bepalingen die betrekking hebben op de rechtsbijstand kunnen worden onderverdeeld in:

- a) *Organisatorische bepalingen*, waarmee wordt bedoeld op de bepalingen waarin wordt geregeld wie als raadsman kan optreden, hoe de verdachte een raadsman kan inschakelen en op welke wijze van overheidswege aan hem een raadsman wordt toegevoegd; kortom hoe de rechtsbijstand in het strafproces is georganiseerd⁴.
- b) Bepalingen waarin het *recht op bijstand* is uitgewerkt en de bevoegdheden van de verdachte en zijn raadsman zijn vastgelegd⁵.

3 Zie voor uitzonderingen Lensing, Melai, suppl. 108, aant. 4 bij art. 27 Sv.

4 Zie § 2.3-§ 2.3.5.9.

5 Zie § 2.4-§ 2.7.5.

- c) Bepalingen die betrekking hebben op de raadsman in de *uitoefening van zijn rol als verdediger*, zoals het recht op vrij verkeer met de verdachte en het verschoningsrecht⁶.

2.3 Organisatorische bepalingen

De organisatorische bepalingen met betrekking tot de positie van de raadsman in het strafproces zijn opgenomen in Boek I, Titel III Sv. Hierin staat:

- wie als raadsman kan optreden (art. 37 Sv);
- de bevoegdheid van de verdachte een of meer raadslieden te kiezen (art. 38 Sv);
- de wijze waarop de gekozen raadsman kennis dient te geven van zijn optreden aan de bevoegde autoriteiten (art. 39 Sv);
- de wijze waarop aan een verdachte een raadsman wordt toegevoegd, indien hij zelf niet over een gekozen raadsman beschikt (art. 40-44 Sv);
- de mogelijkheid van waarneming en wijziging van de toegevoegde raadsman (art. 45-47 Sv);
- de beloning van de toegevoegde raadsman (art. 48 en 49 Sv);

Deze bepalingen bevatten geen inhoudelijke normen voor het optreden van de raadsman, maar zijn van groot belang bij de realisering van het recht op rechtsbijstand. De toevoegingsregeling vormt een uitwerking van het voorschrift in artikel 18 lid 2 Grondwet, waarin staat vermeld dat er een regeling moet worden getroffen voor het verlenen van rechtsbijstand aan minder draagkrachtigen.

2.3.1 *Wie kan als raadsman optreden*

In artikel 37 Sv is bepaald dat als raadslieden alleen in Nederland ingeschreven advocaten en personen bedoeld in artikel 16b Advocatenwet⁷ (advocaten uit de EG) worden toegelaten. Advocaten uit de EG moeten samenwerken met een in Nederland ingeschreven advocaat. Van belang is, dat in deze bepaling het procesmonopolie van de advocaat op het verlenen van rechtsbijstand in strafzaken is vastgelegd. Alleen advocaten kunnen als raadslieden optreden. Verder kan uit artikel 37 Sv worden afgeleid dat een advocaat die in enig arrondissement als zo-

⁶ § 2.10-§ 2.11.14.7.

⁷ Artikel 16b Advocatenwet luidt: "Voor de uitoefening in Nederland van werkzaamheden bij wijze van dienstverrichting, worden mede als advocaat aangemerkt, personen die niet als zodanig in Nederland zijn ingeschreven, maar die wel in een andere tot de Europese Economische Ruimte, hierna te noemen staat van herkomst, gerechtigd zijn hun beroepswerkzaamheden uit te oefenen onder de benaming advocaat of een daarmee overeenkomstige benaming in de taal of in een der talen van de staat van herkomst". Dit artikel vormt een uitwerking van de Benelux-overeenkomst van 12 december 1968, Trb. 1969, 13, Schuurman en Jordens, Advocatenwet, p. 307 e.v. en de Richtlijn van de Raad van Europese Gemeenschappen van 22 maart 1977 (77/249/EEG). Zie voor een uitgebreidere toelichting Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 5 bij art. 37 Sv.

danig is ingeschreven bij alle Nederlandse gerechten als raadsman in strafzaken kan optreden⁸.

2.3.2 *Functionele betekenis van de term 'raadsman' versus de term 'advocaat'*

In artikel 37 Sv wordt een onderscheid gemaakt tussen de term 'raadsman' en 'advocaat', terwijl de literatuur deze termen, als er gesproken wordt over verdediging in strafzaken, door elkaar worden gebruikt⁹. Bij de analyse van de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering die betrekking hebben op rechtsbijstand is het echter noodzakelijk een onderscheid te maken tussen beide termen, omdat deze in het Wetboek van Strafvordering een functionele betekenis hebben. In het Wetboek van Strafvordering wordt de term 'raadsman' gebruikt voor de door de verdachte gekozen of aan hem toegevoegde advocaat. Zodra er sprake is van bijstand aan een persoon in het strafproces die niet de status van verdachte heeft, maar bijvoorbeeld van benadeelde partij¹⁰ of anderszins belanghebbende¹¹, of gewezen verdachte¹² wordt de term 'advocaat' gebruikt¹³.

Ook in de gevallen dat er sprake is van vertegenwoordiging van de verdachte wordt de term 'advocaat' gebruikt in plaats van raadsman¹⁴. Ingevolge artikel 398 lid 2 Sv kan de verdachte zich bij de berechting van overtredingen door de kantonrechter laten vertegenwoordigen door een advocaat¹⁵. Bij vertegenwoordiging treedt de advocaat geheel in de plaats van de verdachte en worden zijn uitspraken ter terechtzitting aangemerkt als verklaringen van de verdachte, die ook voor het bewijs kunnen worden gebruikt¹⁶. Van een vertegenwoordigingsconstructie is ook sprake in artikel 450 Sv waarin is bepaald dat de in artikel 449 Sv bedoelde rechtsmiddelen eveneens kunnen worden aangewend door een advocaat die verklaart daartoe door degene die het rechtsmiddel aanwendt – dat is meestal de ver-

8 Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 3 bij artikel 37 Sv.

9 Zie ook Inleiding, § 4.

10 Art. 51e Sv.

11 Zie bijvoorbeeld art. 23 Sv waarin is bepaald dat naast de verdachte ook andere procesdeelnemers zich bij de behandeling in raadkamer kunnen doen bijstaan door een advocaat.

12 Zie bijvoorbeeld art. 91 lid 2 Sv

13 Zie ook nog art. 12f lid 1 Sv (bijstand aan een klager die wenst dat een persoon vervolgd wordt); art. 225 Sv (de bijstand aan een gegijzelde getuige) en Valkenburg, Melai, suppl. 113, aant. 6 bij art. 23 Sv.

14 Blok/Besier 1925/1926 I, p. 145 maken het onderscheid tussen de advocaat-raadsman en de advocaat-vertegenwoordiger: "De advocaat kan den verdachte ter zijde staan: dan treedt hij op als raadsman; doch hij kan ook den verdachte vertegenwoordigen d.i. optreden in de plaats van de verdachte, doch dan alleen in die gevallen waarin de wet die vertegenwoordiging uitdrukkelijk toelaat".

15 Tot aan de herziening van het onderzoek ter terechtzitting. Wet van 15 januari 1998, Stb. 1998, 33, kon de verdachte zich ingevolge art. 270 Sv (oud) ook door een advocaat ter zitting laten vertegenwoordigen, als er sprake was van een strafbaar feit waarop geen gevangenisstraf was gesteld. Dit artikel is bij voornoemde wet, die in werking is getreden op 1 februari 1998, vervallen. Daarvoor in de plaats is art. 279 Sv gekomen, zie verder § 2.6.3.

16 Op het verschil tussen vertegenwoordigen en bijstaan wordt nader ingegaan in § 2.6.1.

dachte, maar kan ook bijvoorbeeld de belanghebbende zijn bij inbeslagneming¹⁷ – bepaaldelijk te zijn gevolmachtigd¹⁸.

Het onderscheid tussen raadsman en advocaat wordt in het Wetboek van Strafvordering niet overal consequent doorgevoerd. In artikel 279 Sv, dat betrekking heeft op de verdediging van de verdachte die niet ter zitting is verschenen, is bepaald dat de verdachte zich kan laten verdedigen door een "advocaat" die verklaart daartoe uitdrukkelijk te zijn gemachtigd. Verder wordt in de bepalingen, die betrekking hebben op het onderzoek van de terechtzitting, gesproken van de "raadsman die ingevolge artikel 279 eerste lid, tot de verdediging is toegelaten"¹⁹. Het gebruik van de term 'advocaat' in artikel 279 Sv is niet echt logisch, omdat hier geen sprake is van vertegenwoordiging²⁰. Ook in de herzieningsprocedure, die pas gevoerd kan worden als er sprake is van een veroordeelde en dus gewezen verdachte, wordt gesproken van 'raadsman'²¹. Hetzelfde geldt voor de bepalingen met betrekking tot de – eveneens reeds veroordeelde – terbeschikkinggestelde²², bij de procedure waarin tenuitvoerlegging van een voorwaardelijke veroordeling wordt gevorderd²³ en bij de procedure tot opschorting van de invrijheidsstelling bij de Penitentiaire Kamer²⁴. Ook in andere aan het strafproces verwante wetten, zoals de Uitleveringswet en de Wet overdracht tenuitvoerlegging van strafvonnis- sen (WOTS), waarbij evenmin sprake is van verdachten in de zin van artikel 27 Sv, wordt in het kader van de rechtsbijstand aan de opgeëiste persoon respectievelijk veroordeelde de term 'raadsman' gebruikt²⁵. Het omgekeerde komt ook voor: in artikel 552ab Sv, dat betrekking heeft op het beklag dat kan worden gedaan over een transactie of schikking, wordt in het vierde lid bepaald dat o.a. de verdachte wordt gehoord, die zich door een 'advocaat' kan laten bijstaan.

Het onderscheid in terminologie is – hoewel niet steeds consequent doorgevoerd – relevant in verband met de aan de raadsman of advocaat toegekende bevoegdheden. De bevoegdheden die aan de raadsman, zijnde de advocaat die de verdachte bijstaat, zijn toegekend, komen niet zonder meer aan de advocaat toe die iemand bijstaat die niet (meer) de status van verdachte heeft. Hetzelfde geldt voor de advocaat die de verdachte vertegenwoordigt²⁶. Indien de wet spreekt over bij-

17 Art. 552a en 552d Sv.

18 Zie voor het aanwenden van rechtsmiddelen verder § 2.4.9-§ 2.4.9.2.

19 Art. 314, 329 en 331 Sv.

20 Wellicht dat in art. 279 Sv de term 'advocaat' is blijven staan, omdat het aanvankelijk de bedoeling was de vertegenwoordigingsregeling in kantongerechtszaken (art. 398 lid 2 Sv) van toepassing te laten zijn voor de overige strafzaken, zie MvT, TK 1995-1996, 24 692, nr. 3, p. 12.

21 Art. 458 en 464 Sv. Volgens De Hullu 1989, p. 267 zou in art. 258 Sv strikt genomen over 'advocaat' moeten worden gesproken. De Hullu merkt in T&C Sv 1999, aantekening 2d bij art. 458 op, dat de uitdrukking raadsman erop wijst dat er een band moet bestaan tussen veroordeelde en advocaat in de herzieningsprocedure. Zie ook Strijards 1989, p. 222-223.

22 Zie art. 38b Sr en de art. 509g, 509k, 509l, 509r, 509t, 509w Sv.

23 Art. 14h Sr.

24 Art. 15b Sr.

25 Zie de art. 16, 21, 23-26, 30, 37 en 41 Uitleveringswet en de art. 11, 25, 27, 28, 29, 52 en 64 WOTS.

26 Zie verder § 2.4.9.

stand door een advocaat, moet bijvoorbeeld het recht om kennis te nemen van stukken en het recht op vrij verkeer afzonderlijk zijn geregeld, omdat de artikelen 50 en 51 Sv in dat geval niet van toepassing zijn²⁷. In sommige gevallen worden de op de rechtsbijstand betrekking hebbende bepalingen uit het wetboek van strafvordering van overeenkomstige toepassing verklaard²⁸.

2.3.3 *Vrije advocatenkeuze*

Artikel 38 Sv bepaalt dat de verdachte bevoegd is een of meer raadslieden te kiezen. Hierbij gaat het om raadslieden die door de verdachte zelf, of door een derde, worden betaald. Uit de term 'bevoegd' wordt afgeleid, dat de verdachte niet verplicht is een of meer raadslieden te kiezen²⁹. Hij mag zich ook zelf verdedigen³⁰. Het aantal raadslieden waardoor de verdachte zich kan laten bijstaan is niet beperkt. Verder bepaalt artikel 38 Sv wie, naast de verdachte, een raadsman kunnen kiezen, namelijk de wettige vertegenwoordiger (lid 2)³¹ en, indien de verdachte fysiek of psychisch niet in staat is zijn keuze zelf kenbaar te maken, zijn echtgenoot of geregistreerd partner of een familielid tot en met de vierde graad (lid 3). Op het moment dat de verdachte zelf een andere raadsman kiest, moet de door de wettige vertegenwoordiger of familie gekozen raadsman aftreden (lid 4). In principe kunnen vrienden, kennissen of andere derden geen raadsman voor de verdachte kiezen. Een door hen aangezochte raadsman moet wel bij de verdachte worden toegelaten, zodat deze hem zelf kan kiezen³².

27 Zie bijvoorbeeld art. 12f lid 2 Sv met betrekking tot het recht op kennisneming van de stukken door o.a. de klager en diens advocaat en art. 225 Sv, waarin het vrij verkeer tussen een gegijzelde getuige en diens advocaat en de kennisneming van de stukken door de advocaat is geregeld. Ook in de raadkamerprocedure speelt dit verschil in positie: de raadsman van de verdachte kan op grond van art. 51 Sv aanvulling van de processtukken verzoeken en zonodig een bezwaarschrift tegen de onthouding van de processtukken indienen. De advocaat van een andere procesdeelnemer kan dat niet omdat de art. 51 jo 30 e.v. Sv niet van toepassing zijn op andere procesdeelnemers, zie Van Dorst, *Vademecum Strafbzaken*, suppl. 115, 51.1.5.

28 Art. 509k Sv lid 3 Sv verklaart in het kader van de rechtspleging in TBS-zaken de art. 38, 39, 41, tweede lid, 45-49 en 50 eerste lid Sv van overeenkomstige toepassing; ditzelfde gebeurt in art. 552o lid 1, sub d Sv (internationale rechtshulp), alhoewel daaruit niet duidelijk blijkt welke bepalingen van toepassing zijn verklaard, zie Sjöcrona, Melai, suppl. 72, aant. 6 bij art. 552o Sv; zie ook art. 562 lid 2 Sv, art. 580 lid 4 Sv, de art. 28 en 63-64 WOTS, de art. 29 en 54-55 Uitleveringswet, de art. 14h-14i Sr m.b.t. de procedure van tenuitvoerlegging van een voorwaardelijke veroordeling en art. 15b Sr met betrekking tot de procedure van opschorting van de invrijheidstelling bij de Penitentiaire Kamer.

29 Dit komt overeen met het uitgangspunt van art. 28 Sv, waarin staat dat de verdachte bevoegd is zich door een of meer gekozen raadslieden te laten bijstaan, zie § 2.4.1.

30 Een uitzondering hierop wordt gemaakt in de cassatie-procedure en gedeeltelijk ook in de revisieprocedure, zie § 2.4.10.

31 Dit kunnen zijn de ouders, voogd, bewindvoerder of curator en ook diegene die de verdachte krachtens een algemene of bijzondere volmacht vertegenwoordigt, zie Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 4 bij art. 38 Sv.

32 Hof Den Haag 18-05-1995, NJ 1996, 226, zie verder § 2.9.1.2.

2.3.4 Stelbrief

Aan de raadsman komen de bevoegdheden toe zoals deze onder andere in de derde Titel van Boek I zijn geregeld, waaronder met name het recht op vrij verkeer ex artikel 50 Sv en het recht op kennisneming en toezending van de stukken ex artikel 51 Sv. Wil de raadsman ook als zodanig worden behandeld, dan moeten de autoriteiten op de hoogte zijn van diens optreden als gekozen raadsman en daartoe dient de regeling in artikel 39 Sv. Het eerste lid hiervan bepaalt, dat de gekozen raadsman, als er reeds een OvJ bij de zaak betrokken is, van zijn optreden schriftelijk kennis geeft aan de griffier. Is er nog geen OvJ bij de zaak betrokken, dan moet de schriftelijke kennisgeving, in de praktijk 'stelbrief' genoemd, gericht worden aan de bij de zaak betrokken hulpofficier, dus aan de politie. De stelbrief is geen noodzakelijke voorwaarde om als raadsman te kunnen optreden, maar moet worden beschouwd als ordemaatregel³³. Ook als uit enig ander in het dossier aanwezige stuk blijkt, dat de verdachte is voorzien van rechtsbijstand van een raadsman, moet deze volgens vaste jurisprudentie als zodanig worden aangemerkt en moeten hem bijvoorbeeld alle oproepingen, kennisgevingen en dagvaardingen worden toegestuurd³⁴. In iedere aanleg dient opnieuw een stelbrief te worden gezonden aan de griffier van het desbetreffende gerecht, omdat de raadsman die de verdachte in eerste aanleg, appel of cassatie heeft bijgestaan, niet zonder meer in een volgende aanleg als raadsman optreedt³⁵. Ook de raadsman die de behandeling van de zaak overneemt van een gekozen of toegevoegde raadsman moet daarvan schriftelijk kennisgeven (lid 2) aan de griffier, die het OM de RC en de vervangen raadsman schriftelijk op de hoogte dient te stellen (lid 3). Pas na deze kennisgeving van de griffier eindigen de bevoegdheden van de vervangen of toegevoegde advocaat. Hoewel de regeling is geschreven voor de gekozen raadsman, is deze in de praktijk ook van toepassing op de toegevoegde raadsman, zie § 2.3.5.5.

2.3.5 Toevoegingsregeling

Een belangrijk deel van de bepalingen van de derde titel van Boek I Sv heeft betrekking op de toevoegingsregeling. In artikel 40 Sv is de piketdienst geregeld. De artikelen 41 en 42 Sv gaan over de ambtshalve toevoegingen en de toevoegingen op verzoek. In artikel 43 Sv is bepaald dat een toevoeging, uitgezonderd de pikettoevoeging, geldt voor de gehele aanleg. Artikel 44 Sv regelt de wijze

33 In de MvT op ORO art. 29, TK 1913-1914, 286, nr. 3, p. 72 staat vermeld dat bij verzuim van de voorgeschreven kennisgeving de raadsman aanvankelijk het gevaar loopt niet als de raadsman van de verdachte te worden erkend en behandeld: "Eene verder reikende sanctie op zoodanig verzuim te stellen, schijnt minder noodig; met name komt het ongewenscht voor, bedoelde kennisgeving noodzakelijke voorwaarde voor het optreden als gekozen raadsman te doen zijn". Zie ook HR 29-06-1936, NJ 1936, 1070.

34 HR 27-6-1978, NJ 1979, 306; HR 18-12-1979, NJ 1980, 206; HR 17-6-1980, NJ 1980, 575; HR 18-2-1997, NJ 1997, 517; HR 04-04-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 89.

35 HR 25-04-1989, NJ 1989, 690; HR 09-06-1998, NJ 1998, 784; HR 04-04-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 89.

waarop de verdachte in kennis wordt gesteld van zijn recht op een toevoeging³⁶. Artikel 45 Sv gaat over de vervanging van de toegevoegde raadsman door een andere en artikel 46 Sv over de mogelijkheid van de toegevoegde raadsman zich door een andere advocaat te laten waarnemen. Artikel 47 Sv regelt de wijze waarop de autoriteiten in kennis worden gesteld van de toevoeging, artikel 48 Sv gaat over de toevoegingsvergoeding en artikel 49 Sv over de mogelijkheid de vergoeding te verhalen op de verdachte. Deze bepalingen zijn van grote betekenis voor het recht van de verdachte op bijstand van een raadsman, als hij zelf niet in staat is een raadsman te betalen en dat laatste is bij het merendeel van de verdachten het geval. De toevoegingsregeling wordt hierna in hoofdlijnen beschreven en er zal alleen dieper worden ingegaan op die aspecten, die voor de taakuitoefening van de raadsman van belang zijn³⁷.

2.3.5.1 *Ambtshalve toevoeging*

In de toevoegingsregeling wordt een onderscheid gemaakt tussen de ambtshalve toevoeging en de toevoeging op verzoek van de verdachte.

De ambtshalve toevoeging houdt in dat aan de verdachte van overheidswege een advocaat wordt toegewezen zonder dat hij daarom moet verzoeken. Sinds de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 is het moment waarop aan de verdachte ambtshalve een raadsman wordt toegevoegd stapsgewijs vervroegd. Na 1926 is de toevoeging van een raadsman gekoppeld aan het tijdstip waarop de kennisgeving van verdere vervolging of dagvaarding aan de verdachte wordt betekend en vindt er door de voorzitter van het gerecht waarbij de verdachte moet terechtstaan een ambtshalve toevoeging plaats, indien de verdachte zich op dat moment in voorlopige hechtenis bevindt³⁸. Vanaf 1955 vindt toevoeging plaats vanaf het moment dat de verdachte in voorlopige hechtenis gesteld wordt, dus vanaf de bewaring³⁹. De wijziging van 1955 leidt tot verwarring. Volgens de letterlijke tekst zou een voorzitter van het hof in een appelzaak nooit kunnen toevoegen, omdat de verdachte die appel instelt meestal niet in voorlopige hechtenis gesteld wordt, maar zich in voorlopige hechtenis bevindt. In 1958 wordt deze onvolkomenheid in de tekst aangepast en wordt daarnaast ook voorzien in een ambtshalve toevoeging indien de verdachte, uit anderen hoofde, rechtens van zijn vrijheid is beroofd⁴⁰. Bij Wet van 1973⁴¹ is geregeld dat vanaf het moment van

36 Dat deze bepaling van groot belang wordt geacht blijkt wel uit HR 02-02-1999, NJ 1999, 296, waarin de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat als de mededeling op de inleidende dagvaarding, dat de verdachte recht heeft op een toegevoegde raadsman, niet door de verdachte is begrepen omdat deze niet is vertaald of vertolkt en de verdachte daardoor in eerste aanleg geen rechtsbijstand had, de zaak moet worden terugverwezen naar de rechtbank.

37 Voor een uitvoerigere bespreking van de toevoegingsregeling wordt verwezen naar Prakken, Melai, suppl. 177, de aant. bij de art. 40-49 Sv; Vos, Vademecum Strafbzaken, suppl. 107, 3.1.-3.10; Spronken, T&C Strafvordering 1999, p. 108-123.

38 Toentertijd art. 40 Sv, zie ook Blok/Besier 1925/1926 I, p. 152-155.

39 Wet van 20 mei 1955, Stb. 208.

40 Wet van 18 april 1958, Stb. 204.

41 Stb. 1994, 31.

inverzekeringstelling een advocaat wordt toegevoegd: de piketregeling. Afgezien van de regeling tot ambtshalve toevoeging van een raadsman in artikel 41 e.v. Sv, wordt in het Wetboek van Strafvordering eveneens in een ambtshalve toevoeging voorzien in:

- art. 187a Sv (indien raadsman bevoegd is verhoren bij te wonen in het kader van art. 186a lid 1 Sv of art. 187 Sv);
- art. 470 lid 2 Sv (bij een bevel gevangenhouding na een geslaagd herzieningsverzoek);
- art. 489 Sv (minderjarigen);
- art. 509c Sv (berechting geestelijk gestoorde);
- art. 509k Sv (omzetting naar TBS met dwangverpleging);
- art. 509r Sv (ter beschikking gestelde die van overheidswege wordt verpleegd);
- art. 562 lid 2 Sv (opschorting tenuitvoerlegging wegens geestelijke stoornis);
- art. 580 Sv (procedure tot herkenning van veroordeelde)⁴².

Verder is in de jurisprudentie uitgemaakt dat artikel 41 Sv van overeenkomstige toepassing is in de ontnemingsprocedure indien ten aanzien van de veroordeelde in de strafzaak de voorlopige hechtenis is bevolen. De grond hiervoor is dat een ontnemingszaak wordt gezien als een voortzetting van de in de strafzaak begonnen vervolging⁴³.

Het systeem van ambtshalve toevoegingen is gekoppeld aan de situaties dat de verdachte of veroordeelde van zijn vrijheid is beroofd. De toevoeging is verplicht en vindt kosteloos plaats ongeacht het inkomen of vermogen van de verdachte en zonder dat deze om een toevoeging hoeft te verzoeken. Dit voorschrift wordt van een zo grote betekenis geacht dat de niet nakoming daarvan een geldige behandeling van het onderzoek op de terechtzitting in de weg staat⁴⁴. Verder is in artikel 43 Sv bepaald dat de toevoeging geschiedt voor de hele aanleg. Dat de toevoeging ambtshalve plaatsvindt is gebaseerd op het uitgangspunt dat een verdachte, die gedetineerd is, minder mogelijkheden heeft zich van rechtsbijstand te voorzien dan een verdachte die zich op vrije voeten bevindt. Toch dient ook ambtshalve te worden toegevoegd indien de voorlopige hechtenis van de verdachte op het moment dat deze wordt bevolen, meteen wordt geschorst⁴⁵. De grond hiervoor is dat het bij toepassing van voorlopige hechtenis om ernstige zaken gaat, zodat het noodzakelijk wordt geacht om rechtsbijstand te waarborgen⁴⁶. Opmer-

42 Ook bij aan het strafproces verwante procedures, waarbij eveneens sprake kan zijn van vrijheidsbeneming, is voorzien in een ambtshalve toevoeging, zoals in art. 24 Uitleveringswet en art. 52 lid 3 en 64 WOTS. Zie verder ook art. 15b Sr, indien de OvJ uitstel of achterwege blijven van de vervroegde invrijheidstelling heeft gevorderd.

43 Hof Den Haag 25-04-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 205.

44 Dit is vaste jurisprudentie, zie bijvoorbeeld recentelijk HR 04-04-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 89.

45 HR 01-06-1993, NJ 1994, 67.

46 Zie MvT, TK 1913-1914, 286, nr. 3, toelichting op art. 37 ORO; Blok/Besier 1925/1926 I, p. 154; Commissie Feber Bijl. Hand. TK 1968-1969, 9994, Bijlage A bij de MvT, p. 20. Ook

kelijk is dat in de cassatieprocedure niet is voorzien in een ambtshalve toevoegingsregeling ten behoeve van verdachten die gedetineerd zijn. Ook bij het aanvragen van herziening is dit niet het geval. Dat betekent dat het Bureau Rechtsbijstandvoorziening tot toevoeging bevoegd is⁴⁷. Het is echter beleid dat in deze zaken geen inhoudelijke of financiële toetsing plaatsvindt als de aanvrager gedetineerd is, zodat ook in deze gevallen de toevoeging kosteloos is⁴⁸.

2.3.5.2 De piketregeling

De aanwijzing van de piketadvocaat om bijstand te verlenen aan in verzekering gestelde verdachten (art. 40 Sv) is een variant op de ambtshalve toevoeging. De rechtsbijstand in het kader van de piketregeling wordt sinds de invoering van de Wet op de rechtsbijstand⁴⁹ (WRB) per 1 januari 1994 georganiseerd door het Bureau Rechtsbijstandvoorziening van de Raad voor Rechtsbijstand. Dit bureau stelt een piketrooster op waarop de advocaten staan vermeld die op de op het rooster vermeld periode bijstand verlenen aan in verzekering gestelde verdachten, die geen gekozen raadsman hebben. De piketadvocaat treedt als raadsman van de verdachte op voor de duur van de in verzekering stelling⁵⁰ en, indien de officier van justitie hoger beroep instelt tegen de onmiddellijke invrijheidstelling van de verdachte door de RC⁵¹, tijdens de behandeling door de rechtbank van het hoger beroep⁵².

2.3.5.3 Toevoeging op verzoek

Is de verdachte rechtens van zijn vrijheid beroofd – anders dan krachtens een bevel in verzekering stelling – en wordt tegen hem een strafvervolg ingesteld, dan wordt op zijn verzoek aan hem een raadsman toegevoegd (art. 42 lid 1 en 2 Sv). Het gaat hierbij bijvoorbeeld om verdachten die niet in de zaak waarin zij worden vervolgd in voorlopige hechtenis zitten, maar in een andere zaak, of om verdachten die een vrijheidsstraf uitzitten of op andere gronden van hun vrijheid zijn beroofd. Indien verdachten reeds van hun vrijheid zijn beroofd is er meestal geen

Commissie Moons 1993, p. 91 overweegt dat de belangen van de verdachte tegen wie voorlopige hechtenis is bevolen, zo groot zijn dat een ambtshalve toevoeging is aangewezen.

47 In art. 458 Sv staat vermeld dat toevoeging op verzoek door het Bureau Rechtsbijstandvoorziening kan worden verstrekt. Zie voor de organisatie van de gefinancierde rechtsbijstand § 2.3.5.4.

48 Zie Handboek Toevoegen 1 september 1999, § 6.43.3.2 en § 6.44, uitgave van de Raden voor Rechtsbijstand, ook te raadplegen via het internetadres van de Raden voor Rechtsbijstand: <www.rvr.org>.

49 Wet van 23 december 1993, Stb. 1993, 775. De rechtsbijstand aan on- en minvermogenenden in strafzaken is geregeld in de art. 43 en 44 van deze wet en in het Besluit rechtsbijstand- en toevoegingscriteria (Stb. 1994, 32) en het Besluit draagkrachtcriteria rechtsbijstand (Stb. 1994, 31).

50 Art. 40 lid 2 Sv.

51 Art. 59c Sv.

52 Art. 40 lid 6 Sv.

grond een bevel voorlopige hechtenis te geven⁵³. De reden dat er in deze gevallen niet is voorzien in een ambtshalve toevoeging is gelegen in de omstandigheid dat de betrokken instanties die ambtshalve toevoegen er niet van op de hoogte hoeven te zijn dat de verdachte gedetineerd is⁵⁴. Ook hierbij geldt dat, als er een verzoek gedaan wordt, toevoeging verplicht is en de rechtsbijstand kosteloos is, ongeacht het inkomen of vermogen van de verdachte.

De verdachte waarop geen voorlopige hechtenis is toegepast en die zich in vrijheid bevindt, moet om toevoeging van een raadsman verzoeken indien hij strafrechtelijk wordt vervolgd (art. 42 lid 3 Sv). In dit geval vindt er echter wel een inkomenstoets plaats en kan aan de verdachte ook een eigen bijdrage overeenkomstig artikel 43 lid 1 jo Artikel 35 lid 2 WRB worden opgelegd⁵⁵. In dergelijke gevallen kan alleen aan de verdachte, die op grond van de criteria genoemd in de WRB in aanmerking komt, een advocaat worden toegevoegd. Het inhoudelijke toetsingscriterium is, of rechtsbijstand noodzakelijk wordt geacht⁵⁶. In een dergelijke situatie kan toevoeging van een raadsman ook plaatsvinden voor de bewerkstelling van een sepot of afdoening door middel van een transactie.

Om ervoor te zorgen dat de verdachte op de hoogte wordt gesteld van zijn bevoegdheid te verzoeken een raadsman toe te voegen is in artikel 44 Sv bepaald dat de verdachte hierover moet worden ingelicht. Dat moet gebeuren door de RC bij het eerste verhoor van de verdachte, door de griffier van het gerecht waarbij appel of beroep in cassatie is ingesteld en overigens door het OM bij dagvaarding tot het eerste verhoor in het kader van een GVO, of bij de dagvaarding ter terechtzitting, bij de kennisgeving van verdere vervolging, bij een door het OM ingesteld hoger beroep of cassatie en bij de kennisgeving van de dag van behandeling in cassatie. Volgens de MvT ORO⁵⁷ houdt 'inlichten' meer in dan het alleen

53 Dat kan soms anders zijn indien er bijvoorbeeld een bevel beperkingen ex art. 6 lid 2a Besluit Inverzekeringstelling jo de art. 222 en 225 Invoeringswet Wetboek van Strafvordering, dient te worden opgelegd. Dit is alleen mogelijk indien de verdachte in verzekering wordt gesteld of in voorlopige hechtenis is genomen.

54 Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 3 bij art 42 Sv.

55 De invoering van de eigen bijdrage voor strafzaken is nogal omstreven geweest, zie TK 1993-1994, 23 464, nr. 5 en 6; Toevoegingen en eigen bijdrage in strafzaken, Rubriek Advocatuur DD 1994, p. 716-718; Spronken 1995. Zie § 2.11.3 voor de vraag of het opleggen van een eigen bijdrage zich verdraagt met art. 6 EVRM. De wijze waarop de draagkracht wordt berekend is vastgelegd in het Besluit draagkrachtcriteria rechtsbijstand, Stb. 1994, 31. De inkomensgrenzen en de daarbij behorende eigen bijdragen worden periodiek bijgesteld, zie voor de meest recente wijziging: Wijziging besluit rechtsbijstand- en toevoegcriteria, vergoedingen rechtsbijstand 2000 en draagkrachtcriteria rechtsbijstand 21 september 2000, Stb. 387.

56 In het Handboek Toevoegen 1999 is in § 6.44.2.3.3 vermeld dat het criterium van materiële gegrondheid in strafzaken nauwelijks of niet wordt toegepast. Bij verdenking van een misdrijf of overtreding zal dus worden toegevoegd, los van de vraag of deze verdenking terecht is. Er is wel een grens aangebracht voor het belang dat op het spel staat, dat wordt vertaald in de zwaarte van de mogelijk op te leggen straf. In art. 4 Besluit rechtsbijstand- en toevoegcriteria is bepaald, dat in zijn algemeenheid (behoudens zwaarwegende argumenten) niet zal worden toegevoegd indien het op geld waardeerbaar belang (boete) blijft beneden een bedrag van 20% van het maandinkomen van de verzoeker met een minimum van fl. 400,-. Bij cassatie is het percentage 40% van het maandinkomen met een minimum van fl. 500,-.

57 TK 1913-1914, 286, nr. 3, p. 74.

mededelen. De verdachte moet ook geïnformeerd worden over de voorwaarden waaronder hij in aanmerking kan komen voor een toevoeging en de wijze waarop hij deze kan verkrijgen. Dit moet gebeuren in een taal die hij kan verstaan⁵⁸. Indien er verzuimd wordt ambtshalve een advocaat toe te voegen dan is het onderzoek ter terechtzitting nietig⁵⁹.

2.3.5.4 *De bij de toevoeging betrokken instanties*

Sinds de invoering van de WRB per 1 januari 1994 worden alle toevoegingen afgegeven door het Bureau Rechtsbijstandvoorziening van de Raad voor Rechtsbijstand van het ressort waarin de advocaat is gevestigd⁶⁰. De ambtshalve toevoegingen⁶¹ geschieden op last van de voorzitter van het gerecht waar de verdachte moet terechtstaan en de toevoegingen op verzoek van een verdachte die uit andere hoofde van zijn vrijheid is beroofd geschieden hetzij door het Bureau Rechtsbijstandvoorziening (art. 42 lid 1 Sv), hetzij op last van de voorzitter (art. 42 lid 2 Sv)⁶². De rechtsbijstand in het kader van de piketregeling wordt, zoals hiervoor reeds in § 2.3.5.2 is aangegeven, georganiseerd door het Bureau Rechtsbijstandvoorziening. Bij de toevoegingen die op last worden afgegeven vindt geen inkomstenstoets plaats en is de rechtsbijstand voor de verdachte geheel kosteloos.

In alle gevallen waarin niet is voorzien in een ambtshalve toevoeging, is het Bureau Rechtsbijstandvoorziening bevoegd een toevoeging af te geven.

2.3.5.5 *Kennisgeving van toevoeging*

Ingevolge artikel 47 Sv moet het Bureau Rechtsbijstandvoorziening van de gedane toevoeging onverwijld kennisgeven aan het OM, de raadsman, de verdachte en ingeval er sprake is van een GVO, aan de RC. De wijze van kennisgeving is geregeld bij ministeriële beschikking⁶³. Het doel van deze regeling is, net als bij artikel 39 Sv, dat de bevoegde autoriteiten op de hoogte worden gesteld van het feit dat aan de verdachte een raadsman is toegevoegd en dat deze raadsman als zodanig zal worden erkend en behandeld. Met name is hierbij van belang dat de raadsman op grond van artikel 51 Sv een afschrift moet worden verstrekt van alle stukken die ter kennis van de verdachte worden gebracht⁶⁴. Aan het voorschrift van artikel 47 Sv is echter in de praktijk door het Bureau Rechtsbijstandvoorzie-

58 HR 02-02-1999, NJ 1999, 296.

59 Zie bijvoorbeeld HR 04-04-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 89.

60 Bij de invoering van deze wet is de Raad van rechtsbijstand in strafzaken, die voorheen belast was met de toevoeging van advocaten in strafzaken ex art. 75-77 van de Advocatenwet, vervallen.

61 Zie § 2.3.5.1.

62 Zie § 2.3.5.3.

63 Beschikking 9 januari 1987, Stcrt. nr. 20, eveneens gepubliceerd in Advocatenblad 1987, p. 97 e.v. Deze beschikking moet nog worden aangepast aan de wijzigingen die de art. 40-45 Sv hebben ondergaan bij de invoering van de WRB. Tot op heden (januari 2001) is dit echter nog niet gebeurd.

64 Zie § 2.4.7.5.

ning en voorheen de Raad voor Rechtsbijstand nooit gevolg gegeven. Dit betekent dat de toegevoegde advocaat de griffie, het OM en de RC zelf in kennis moet stellen van zijn optreden als toegevoegde raadsman en dus een stelbrief moet sturen, wil hij niet het gevaar lopen niet als raadsman te worden aange-merkt⁶⁵.

2.3.5.6 *Verschillende toevoegingsvoorwaarden*

De verhouding tussen de Bureaus Rechtsbijstandvoorziening en de voorzitters van de gerechten, die een last tot toevoeging kunnen geven is noch in het Wetboek van Strafvordering noch in de WRB geregeld⁶⁶. Dat is vreemd, omdat de toevoegingsvoorwaarden in het Wetboek van Strafvordering en in de WRB verschillen. De voorzitters van de gerechten kunnen een last tot toevoeging geven met betrekking tot iedere advocaat die ingevolge artikel 37 Sv als raadsman is toegelaten, dus in feite iedere Nederlandse advocaat of advocaat uit de EG⁶⁷. Het is aan de rechter, die de last tot toevoeging geeft, overgelaten te bepalen wie dient te worden toegevoegd en te beoordelen of de betrokken advocaat voldoende deskundig wordt geacht. In hoeverre in de praktijk ook daadwerkelijk de deskundigheid van de advocaat bij de last tot toevoeging wordt betrokken, is onduidelijk. Meestal wordt de piketadvocaat toegevoegd en in de gevallen dat er geen piketadvocaat is, varieert de praktische gang van zaken per gerecht. Soms hanteren de strafgriffies lijsten van advocaten, waaruit door de rechter een advocaat wordt gekozen. In principe beslist echter de rechter welke advocaat dient te worden toegevoegd. Welk criteria door de rechter hierbij worden aangelegd wordt doorgaans niet naar buiten toe kenbaar gemaakt.

Het Bureau Rechtsbijstandvoorziening kan alleen advocaten toevoegen die ingevolge artikel 13 WRB bij de Raad voor Rechtsbijstand zijn ingeschreven. Slechts in bijzondere gevallen kan het Bureau Rechtsbijstandvoorziening beslissen dat een niet ingeschreven advocaat zal worden toegevoegd, namelijk indien dit de uitdrukkelijke wens is van de rechtzoekende of indien er behoefte bestaat aan bijstand door een advocaat met specifieke deskundigheid op een bepaald rechtsgebied⁶⁸. In de praktijk wordt door de rechterlijke instantie, die de last tot toevoeging afgeeft, niet getoetst of de in deze last genoemde advocaat is ingeschreven bij de Raad voor Rechtsbijstand. Omdat in de meeste gevallen de advocaat wordt toegevoegd die als piketadvocaat is opgetreden en voor deelname aan de piketdienst de advocaat moet zijn ingeschreven bij de Raad voor Rechtsbijstand, zal

65 Zie HR 14-04-1981, NJ 1981, 446, waarin de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat de bekendheid met de toevoeging van een advocaat bij het Hof niet kan worden aangenomen op de enkele grond dat ingevolge de beschikking van de minister van justitie de Raad van Rechtsbijstand van toevoegingen door deze verricht schriftelijk kennis moet geven aan de griffie van het betrokken gerecht.

66 Vos spreekt in Vademecum Strafzaken, suppl. 79, 3.2 van een diffuse regeling.

67 Zie § 2.3.1.

68 Art. 16 WRB. Ingevolge deze bepaling kunnen ook advocaten uit een andere lidstaat van de EG worden toegevoegd, zie Handboek Toevoegen, § 2.24.1.2, uitgave van de Raden voor Rechtsbijstand 1999.

het zelden voorkomen dat er een last tot toevoeging wordt gegeven ten aanzien van een advocaat die niet bij de Raad voor Rechtsbijstand is ingeschreven. Uit de wettelijke regeling van de artikelen 41 e.v. Sv blijkt echter niet dat de rechterlijke instantie, die de last tot toevoeging geeft, op enigerlei wijze gebonden is aan de voorwaarden van de WRB.

2.3.5.7 *De invloed van de inschrijvingsvoorwaarden ingevolge de WRB*

De Raden voor Rechtsbijstand, die in elk hofressort zijn gevestigd⁶⁹, zijn belast met de organisatie van de rechtsbijstand in het ressort en de uitvoering ervan⁷⁰. Zij voeren alle een eigen beleid ten aanzien van hun taak. Dit beleid moet worden vastgelegd in een jaarplan dat door de minister van justitie dient te worden goedgekeurd⁷¹. Door deze constructie verschilt het beleid per hofressort. Zoals hiervoor in § 2.3.5.6 gemeld kunnen in het kader van de WRB slechts advocaten worden toegevoegd die bij de Raad voor Rechtsbijstand van het ressort waarin zij zijn gevestigd, zijn ingeschreven. Deze inschrijvingseis hangt samen met de taak van de Raad voor Rechtsbijstand om toezicht uit te oefenen op de uitvoering van de rechtsbijstand. In het kader van dit toezicht heeft de Raad voor Rechtsbijstand een zekere beleidsvrijheid de inschrijving te verbinden aan voorwaarden. Deze inschrijvingsvoorwaarden kunnen ingevolge artikel 15 WRB betrekking hebben op het minimum of maximum aantal zaken waarvoor een advocaat zal worden toegevoegd, de deskundigheid van de advocaat op bepaalde rechtsgebieden, de organisatie van het kantoor waar de advocaat werkzaam is en de verslaglegging door de advocaat omtrent de door hem verleende rechtsbijstand. Door middel van inschrijvingsvoorwaarden kan de Raad voor Rechtsbijstand kwaliteitseisen stellen en een aanzienlijke invloed uitoefenen op wie er als raadsman kan worden toegevoegd. Immers slechts de advocaten die voldoen aan de voorwaarden kunnen zich inschrijven en kunnen vervolgens worden toegevoegd. Weliswaar vindt er over de kwaliteitseisen en inschrijvingsvoorwaarde overleg plaats met de (plaatselijke) Orde van Advocaten, maar in de uiteindelijke vaststelling van de voorwaarden zijn de Raden voor Rechtsbijstand betrekkelijk autonoom⁷². Dit blijkt ook wel uit het feit dat de inschrijvingsvoorwaarden per Raad voor Rechtsbijstand verschillen. De terreinen waarop tot 1999 met betrekking tot deskundigheid inschrijvingsvoorwaarden gelden, zijn het asiel- en vluchtelingenrecht,

69 Art. 2 WRB.

70 Art. 7 lid 1 WRB.

71 Art. 7 lid 2 WRB.

72 Op het beleid van de Raden voor Rechtsbijstand kan ook door de rechtshulpverleners invloed worden uitgeoefend door de leden van de Raden die rechtsbijstandverlener zijn. In art. 3 van de WRB is bepaald dat de Raad uit negen leden bestaat die door de minister worden benoemd uit personen die beschikken over juridische, financiële, bestuurlijke of maatschappelijke deskundigheid. Ten hoogste vier leden kunnen ingevolge art. 3 lid 3 WRB rechtsbijstandverleners zijn in de zin van de wet. In het najaar van 1998 is in overleg tussen de Orde van Advocaten, de Raden en de Stichtingen rechtsbijstand een werkgroep gevormd die nadere kwaliteitscriteria gaat ontwikkelen en tevens instrumenten om de kwaliteit van de rechtsbijstand te toetsen. De resultaten van deze werkgroep kunnen van invloed zijn op de inschrijvingsvoorwaarden die gesteld worden.

vreemdelingenrecht, psychiatrische patiëntenrecht, ambtenarenrecht⁷³, sociaal zekerheidsrecht⁷⁴ en strafrecht.

De voorwaarden voor de inschrijving om in aanmerking te komen voor toevoegingen in strafzaken worden op verschillende manieren gecombineerd met de inschrijvingsvoorwaarden voor deelname aan de strafpiket⁷⁵. De meest voorkomende combinatie is dat de deskundigheidsvoorwaarden voor de piketregeling ook worden gehanteerd voor de inschrijving in strafzaken. In de ressorten Amsterdam en Den Haag worden bovendien eisen gesteld voor een voortgezette inschrijving. Deze voorwaarden sluiten aan bij de Verordening permanente opleiding en specialisatie van de Nederlandse Orde van Advocaten⁷⁶, waarin als hoofdregel is opgenomen dat iedere advocaat jaarlijks gedurende zijn gehele carrière een aantal opleidingspunten moet behalen. Merkwaardig is dat in het ressort Amsterdam de voortgezette inschrijvingsvoorwaarden alleen worden gehanteerd bij de inschrijving voor de piketdienst en niet bij de inschrijving voor het verlenen van rechtsbijstand in strafzaken. Dit heeft tot gevolg dat de advocaten die niet deelnemen aan de piketregeling, maar wel in aanmerking willen komen voor toevoegingen in gewone strafzaken, aan minder deskundigheidsvoorwaarden moeten voldoen. Het ressort Den Haag is wat dat betreft consequenter door bij de inschrijving voor de piket als voorwaarde te hanteren, dat de advocaat tevens moet zijn ingeschreven voor rechtsbijstand in strafzaken, voor welke laatste inschrijving voorwaarden gelden met betrekking tot het aantal strafzaken dat jaarlijks minimaal moet zijn behandeld en de opleidingspunten die jaarlijks minimaal moeten zijn behandeld.

Voor wat betreft de deelname aan de piketregeling stellen alle Raden voor Rechtsbijstand de voorwaarde dat de bijstand in principe persoonlijk door de ingeschreven advocaat die piketdienst heeft dient te worden verleend. Een dergelijke voorwaarde wordt niet gesteld ten aanzien van het anderszins bijstaan van verdachten in strafzaken. Dat zou overigens in strijd zijn met artikel 46 Sv waarin is bepaald dat de toegevoegde raadsman zich kan laten waarnemen door een andere advocaat.

De Raden voor Rechtsbijstand hebben alle een reglement vastgesteld voor de wijze waarop de piketregeling wordt uitgevoerd. Deze reglementen bevatten regels over de wijze waarop de piketmeldingen worden doorgegeven, gedurende welke uren de advocaat zich beschikbaar moet houden etc. Sommige reglementen zijn heel gedetailleerd. Zo bevat het piketreglement van de Raad voor Rechtsbijstand Leeuwarden bepalingen waarin staat vermeld hoe de advocaat zijn bezoek aan het politiebureau moet regelen, hoe hij een tolk moet inschakelen en op welke wijze de advocaat onduidelijkheden met betrekking tot de in verzekeringstel-

73 Alleen in het ressort Den Haag.

74 Alleen in de ressorten Arnhem en Den Haag.

75 De inschrijvingsvoorwaarden zijn verkrijgbaar bij de Raden voor Rechtsbijstand en gedeeltelijk toegankelijk via de internetsite van de Raden voor Rechtsbijstand: <www.rvr.org>.

76 Verordening Permanente Opleiding en Specialisatie van 16 september 1994, Stcrt. 1994, 187, Advocatenblad 1994, p. 851-853. Deze verordening is gewijzigd per 1 januari 2000, zie Vademecum Advocatuur, Wet- & regelgeving 2000, p. 345 e.v.

ling of piketregeling moet ophelderen. Het piketreglement bevat zelfs een bepaling die betrekking heeft op de verlening van rechtsbijstand aan meer verdachten in één zaak:

"In het geval dat in één zaak meer dan één persoon in verzekering is gesteld en de piketadvocaat van oordeel is dat de mogelijkheid bestaat van onderling strijdige belangen, zorgt deze ervoor dat elke verdachte zo spoedig mogelijk door een andere piketadvocaat wordt bezocht. Uitgangspunt is daarbij dat als eerste reserve benaderd wordt de piketadvocaat die in de daaropvolgende periode dienst heeft en als tweede reserve de advocaat die de vorige periode dienst had (...). Indien er tussen de politie en de advocaat verschil van mening bestaat over de toelating tot meer dan één verdachte in dezelfde zaak, beslist de officier van justitie dan wel de rechter-commissaris over de toegang tot de verdachte op grond van artikel 50 van het Wetboek van Strafvordering"⁷⁷.

Het is de vraag wat de status van een dergelijke bepaling in het piketreglement is en of de advocaat aan dit soort regels gehouden is. De bevoegdheid van de OvJ respectievelijk RC om het vrij verkeer ex artikel 50 Sv te beperken is immers gegeven om te voorkomen dat het vrij verkeer zal strekken om de verdachte op de hoogte te brengen van feiten en/of omstandigheden waarvan hij gelet op het opsporingsbelang tijdelijk onkundig dient te blijven, of om te voorkomen dat het vrij verkeer zal worden misbruikt om de waarheidsvinding te belemmeren. Het verbod om verschillende verdachten bij te staan die tegenstrijdige belangen hebben, is gebaseerd op artikel 46 Advocatenwet en regel 7 lid 1 van de Gedragsregels voor advocaten en heeft tot doel te waarborgen dat het belang van de cliënt en niet enig ander belang bepalend is voor de wijze waarop de advocaat zijn zaak behandelt. Bij het verbod van behartiging van tegenstrijdige belangen staat dus de partijdige belangenbehartiging voorop. In deze laatste situatie is het de advocaat zelf, die moet uitmaken of er sprake is van tegenstrijdige belangen en niet de OvJ of de RC⁷⁸.

Hiervoor zijn slechts de inschrijvingsvoorwaarden behandeld. De Raden voor Rechtsbijstand bepalen aan de hand van het Besluit vergoedingen rechtsbijstand ook de aan de advocaat toe te kennen vergoeding. Voorzover de werkzaamheden van de advocaat de standaard tijdsbesteding overschrijden, dient hij voor een extra vergoeding toestemming te vragen aan het Bureau Rechtsbijstandvoorziening. Het Bureau toetst vervolgens of de extra tijdsbesteding noodzakelijk is. Ook op deze wijze kan door de Raden voor Rechtsbijstand invloed worden uitgeoefend op de te verlenen rechtsbijstand. De omstandigheid dat het Bureau de noodzaak van de werkzaamheden toetst en daardoor in feite bepaalt welke werkzaamheden voor vergoeding in aanmerking komen, kan repercussies hebben voor de onafhankelijkheid van de advocaat, zeker als de inhoudelijke toetsing van het Bureau verder gaat dan een marginale toets⁷⁹.

De conclusie uit het voorgaande is, dat na de invoering van de WRB de Raden voor Rechtsbijstand een belangrijke invloed kunnen uitoefenen op het functione-

77 Art. 3.3 Regeling strafpiket, Bijlage F Jaarplan 1998 RvR Leeuwarden.

78 Zie uitgebreider § 2.9.3.2 en § 2.9.3.3.

79 Zie Spronken 1996 II; Verkijk 1999; Kersten 1999; Verkijk 2000.

ren van advocaten en de rechtsbijstandverlening in strafzaken. Opvallend daarbij zijn de verschillen die ressortsgewijs ontstaan doordat er verschillende inschrijvingsvoorwaarden worden gehanteerd. Er zijn ook nog andere verschillen. Alle Raden voor Rechtsbijstand hanteren een maximum aantal toevoegingen dat jaarlijks aan één advocaat wordt verstrekt. Dit kan variëren tussen de 250 en 300 toevoegingen per jaar. Het aantal toevoegingen is gebaseerd op een berekening waarbij het totaal aantal uren, dat de advocaat jaarlijks aan rechtsbijstand kan besteden, wordt gedeeld door de gemiddelde duur die de advocaat aan een zaak besteedt. Omdat de rechter bij het geven van een ambtshalve last geen rekening houdt met het totaal aantal toevoegingen dat jaarlijks kan worden verstrekt, is het de vraag of de ambtshalve lasten worden meegerekend bij de berekening van het maximum aantal toevoegingen per advocaat. Een telefonische enquête⁸⁰ bij de Raden voor Rechtsbijstand hieromtrent leert, dat het beleid ten aanzien van het meetellen van de ambtshalve lasten tot toevoeging bij het maximum aantal toevoegingen per ressort anders is en dat ook per ressort anders wordt aangekeken tegen de strekking van de ambtshalve last: is dit een last die moet worden opgevolgd of heeft het Bureau Rechtsbijstandvoorziening hierin nog een beleidsvrijheid. Het Bureau Rechtsbijstandvoorziening Arnhem telt de toevoegingen verstrekt op grond van een ambtshalve last in het geheel niet mee bij het maximum aantal toevoegingen. De Bureaus in de ressorten Den Haag, Den Bosch en Leeuwarden tellen de toevoegingen verstrekt op grond van een ambtshalve last wel mee, maar gaan desalniettemin over tot toevoeging bij een ambtshalve last indien de maximumgrens ten aanzien van een bepaalde advocaat is overschreden. Deze Bureaus gaan ervan uit dat zij aan de ambtshalve last gevolg moeten geven. Het Bureau Rechtsbijstandvoorziening Leeuwarden brengt daarbij de nuancering aan dat dergelijke kwesties pas spelen tegen het einde van het jaar als advocaten tegen hun toevoegingenplafond aanzitten. Dit Bureau is soepel als de maximumgrens met een gering aantal toevoegingen wordt overschreden. Wordt deze echter ruim overschreden dan zal ook het Bureau Rechtsbijstandvoorziening Leeuwarden bij een ambtshalve last een toevoeging weigeren. Dus alleen in de ressorten Amsterdam en Leeuwarden worden de lasten tot toevoeging geretourneerd bij een overschrijding van het maximum aantal toevoegingen. Hierbij moet overigens worden opgemerkt dat dit een weergave is van de situatie in 1999. De beleidsuitgangspunten in de jaarplannen van de Raden voor Rechtsbijstand kunnen jaarlijks worden gewijzigd.

2.3.5.8 *Beroepsmogelijkheden*

Advocaten die op grond van de WRB toegevoegd wensen te worden dienen de inschrijvingsvoorwaarden te ondertekenen en te verklaren dat zij zich zullen houden aan de hierin gestelde voorwaarden. Indien zij hiertoe niet bereid zijn kan de Raad voor Rechtsbijstand de inschrijving weigeren of beëindigen⁸¹. Als hierover geschillen rijzen dan geldt de bezwaar- en beroepsprocedure van de Algemene

⁸⁰ D.d. 28 september 1999.

⁸¹ Art. 17 WRB.

wet bestuursrecht⁸². Dit heeft tot gevolg dat uiteindelijk de bestuursrechter beslist over de inschrijvingsvoorwaarden.

Tot 1999 hebben zich maar weinig advocaten verzet tegen de door de raden gehanteerde inschrijvingsvoorwaarden. Waarschijnlijk is de oorzaak hiervan dat de inschrijving bij de Raad voor Rechtsbijstand wordt gezien als een noodzakelijke formaliteit om in aanmerking te komen voor toevoegingen, waarbij de inschrijvingsvoorwaarden eenzelfde impact hebben als de algemene voorwaarden bij een contract: deze worden niet of nauwelijks gelezen of als onvermijdelijk aanvaard. Bezwaren tegen de inschrijvingsvoorwaarden worden ook vaak niet uitgeprocedeerd omdat de advocaat, die niet akkoord gaat met een inschrijvingsvoorwaarde, gedurende de procedure niet wordt toegevoegd. Van procederen over inschrijvingsvoorwaarden ondervindt de advocaat dus financieel nadeel. Bovendien is de procedure langdurig en kost deze naast tijd ook energie. Daardoor kunnen de Raden voor de Rechtsbijstand in feite de voorwaarden dicteren waaraan advocaten moeten voldoen willen zij in aanmerking komen voor de vergoedingen in het kader van de gefinancierde rechtsbijstand.

Hoewel het niet zo vaak zal voorkomen dat een advocaat tegen de wil van zijn cliënt blijft optreden⁸³ en het afhankelijk is van het beleid van een individuele president in hoeverre deze rekening wil houden met de advocatenkeuze van de verdachte⁸⁴, maakt dit voorbeeld duidelijk tot welke absurde gevolgen een beleid, dat geen rekening houdt met de vertrouwensrelatie tussen de raadsman en de verdachte, kan leiden⁸⁵. In feite is een verdachte, bij een weigering van de voorzitter om de toevoeging te wijzigen, overgeleverd aan de collegiale welwillendheid van de toegevoegde advocaat⁸⁶. Deze kan zich door de advocaat, waardoor de verdachte zich wil laten bijstaan, op grond van artikel 46 Sv laten waarnemen. De advocaten moeten dan onderling afspraken maken over de verdeling van de toevoegingsvergoeding. Uiteindelijk is het ook deze vergoeding, waar het bij het Maastrichtse beleid inzake ambtshalve toevoegingen om draait. Het gevolg hiervan is, dat de financiële gevolgen van een wijziging van raadsman worden afgewenteld op de advocatuur, althans op die leden van de balie die de vertrouwensrelatie met de verdachte serieus nemen en genoeg nemen met een lagere vergoeding dan waar zij eigenlijk recht op hebben.

82 Art. 45 WRB; Aanpassingswet Awb III 23 december 1993, Stb. 1993, 690.

83 Een optreden van de toegevoegde advocaat, zoals in het voorbeeld, is ook in strijd met Regel 5 van de Gedragsregels 1992, waarin staat vermeld dat alleen het belang van de cliënt, en niet enig eigen belang van de advocaat bepalend is voor de wijze waarop de advocaat zijn zaken dient te behandelen en Regel 9 lid 2, waarin staat dat bij verschil van mening over de wijze waarop de zaak moet worden behandeld, de advocaat zich dient terug te trekken, zie verder § 3.8.1.

84 Zo meldt Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 4 bij art. 41 Sv, dat uit navraag bij de Nederlandse Orde van Advocaten blijkt, dat inmiddels geen klachten meer bekend zijn over presidenten die weigeren een advocaat naar keuze toe te voegen. In hoeverre het daadwerkelijk beleid is van de presidenten om de advocaat van de keuze van de verdachte toe te voegen is echter niet systematisch onderzocht.

85 Zie voor de tuchtrechtelijke implicaties van onderhavige casus § 3.8.1.

86 Zie voor soortgelijke problemen in de piketfase, maar dan ingeval een gekozen advocaat de zaak wil overnemen: Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 6 bij art. 38 Sv.

Veel problemen zouden eenvoudig kunnen worden voorkomen door een regeling waarbij verdachten, voorafgaande aan het geven van de ambtshalve last, bij de voorlegging door de RC zouden worden gevraagd naar de advocaat van hun keuze en dat ten aanzien van deze advocaat, mits deze daartoe bereid is, een ambtshalve last tot toevoeging wordt afgegeven. Een dergelijk beleid zou ook beter aansluiten bij de uitgangspunten die ten grondslag liggen aan de WRB. Het systeem van de WRB gaat, in tegenstelling tot de jurisprudentie van de Hoge Raad, uit van vrije advocatenkeuze, zij het dat de toe te voegen raadsman wel moet zijn ingeschreven bij de Raad voor Rechtsbijstand en moet voldoen aan de toevoegingsvoorwaarden. Artikel 16 WRB biedt met het oog op deze vrije keuze ook de mogelijkheid om een niet ingeschreven advocaat toe te voegen, indien de rechtzoekende een uitdrukkelijk gemotiveerde wens heeft door een bepaalde advocaat te worden bijgestaan⁸⁷. Ook de diverse piketregelingen gaan uit van de mogelijkheid dat de in verzekering gestelde een voorkeur uitsprekt voor een advocaat en dat deze advocaat als piketadvocaat zijn bijstand kan verlenen, mits deze aan de piketregeling deelneemt⁸⁸.

In een drietal bestuursrechtelijke uitspraken zijn de inschrijvingsvoorwaarden in relatie tot straf toevoegingen onderwerp van geschil geweest. Deze zaken hebben betrekking op de vaststelling van het maximum aantal toevoegingen dat aan ingeschreven advocaten jaarlijks wordt verstrekt en spelen in Amsterdam. De RvR Amsterdam hanteert, evenals de andere Raden voor Rechtsbijstand, als inschrijvingsvoorwaarde de norm dat maximaal 250 toevoegingen per jaar worden afgegeven, welk aantal op verzoek verhoogd kan worden tot 300 toevoegingen per jaar.

De eerste zaak betreft een Amsterdamse advocaat, die verzoekt om het aantal toevoegingen te verhogen naar 800 toevoegingen per jaar met als argument dat zijn praktijk voor meer dan de helft uit straf- en vreemdelingenzaken bestaat en dat gelet op deze specialisering de gemiddelde tijdsbesteding per zaak lager ligt dan het landelijk gemiddelde, zodat een groter klantenbestand kan worden bediend. In de beroepsprocedure bij de sector bestuursrecht van de Amsterdamse rechtbank stelt de RvR, dat aan het beleid van maximering van het aantal toevoegingen ten grondslag ligt, dat de door advocaat verleende rechtsbijstand aan kwaliteit zal inboeten bij een hogere werkdruk. De advocaat is van mening dat bij de beoordeling van zijn verzoek om verhoging van het aantal toevoegingen, geen toetsing mag plaatsvinden van de kwaliteit van de verleende rechtsbijstand, omdat dit primair is voorbehouden aan de daartoe in het leven geroepen tuchtsprekende instanties. In haar beslissing overweegt de rechtbank dat hoewel de kwaliteit van de door de advocaten verleende rechtsbijstand primair de verantwoordelijkheid is van de beroepsgroep en de individuele leden daarvan en hoe-

87 Het uitgangspunt van vrije advocatenkeuze komt ook in de wetsgeschiedenis tot uitdrukking, TK 1992-1993, 22 609, nr. 6, p. 24-25.

88 Dat de verdachte in het kader van de piketregeling zijn voorkeur kan uitspreken is vastgelegd in de Beschikking van 9 januari 1987, Stcr. nr. 20, eveneens gepubliceerd in Advocatenblad 1987, p. 97 e.v. Deze beschikking moet nog worden aangepast aan de wijzigingen die de art. 40-45 Sv hebben ondergaan bij de invoering van de WRB. Tot op heden (januari 2001) is dit echter nog niet gebeurd.

wel op grond van de Advocatenwet aan advocaten opleidingseisen kunnen worden gesteld en tegen hen tuchtrechtelijke maatregelen kunnen worden getroffen, de wetgever gemeend heeft ook aan de Raden voor Rechtsbijstand terzake van de bewaking en bevordering van deze kwaliteit een aantal instrumenten c.q. bevoegdheden te moeten verlenen. Onder deze bevoegdheden valt ook de vaststelling van een maximum van het aantal verleende toevoegingen, om te voorkomen dat de kwaliteit van de verleende rechtsbijstand in het gedrang komt⁸⁹.

In de twee andere zaken is aan de orde of de inschrijvingsvoorwaarden ook gelden ten aanzien van de ambtshalve last tot toevoeging door de rechter. In het ene geval is door de advocaten bezwaar gemaakt tegen de vaststelling van het maximum aantal toevoegingen⁹⁰ en in het andere geval is een aantal rechterlijke lasten tot toevoeging door het Bureau Rechtsbijstandvoorziening geretourneerd, omdat hierdoor het maximum aantal toevoegingen in een jaar overschreden werd⁹¹. De Raad van State overweegt in beide zaken dat op grond van de wetsgeschiedenis van de WRB⁹² moet worden aangenomen dat de inschrijvingsvoorwaarden bedoeld in de artikelen 14 en 15 van de WRB, mede betrekking kunnen hebben op de in artikel 43 van de WRB bedoelde toevoegingen en dus ook op de toevoegingen die op last van een rechter ingevolge artikel 41 lid 1 aanhef en onder a Sv, moeten worden afgegeven. Dat heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat een last tot toevoeging door de rechter kan worden geretourneerd indien het maximum aantal toevoegingen zou worden overschreden. Het verweer van de advocaten dat deze praktijk in strijd is met artikel 14 IVBPR en artikel 6 EVRM omdat door de inschrijvingsvoorwaarden de vrije advocatenkeuze en de vrijheid en het onafhankelijk functioneren van de advocatuur wordt beperkt, strandt op de overweging van de Raad van State dat de door de advocaten ingeroepen verdragsbepalingen geen rechtstreekse rechten inhouden voor degenen die de rechtsbijstand verlenen en dat het recht van de verdachte zijn eigen verdediger te kiezen bij gratis rechtsbijstand geen absoluut recht is. Volgens de Raad van State eisen deze verdragsbepalingen slechts dat het recht op verdediging effectief is. Nu de WRB niet zal leiden tot minder ambtshalve toevoegingen in strafzaken, acht de Raad van State het niet aannemelijk dat het recht op verdediging door de gestelde inschrijvingsvoorwaarden wordt aangetast.

Dat uiteindelijk de Raad van State beslist over een toevoegingsgeschil, maakt de problematiek niet eenvoudiger. In feite heeft de Raad van State met de hiervoor genoemde beslissingen de bevoegdheid van de rechter beperkt, om op grond van artikel 41 Sv een ambtshalve last te geven, door het toelaatbaar te achten dat ad-

89 Rb Amsterdam, sector bestuursrecht, 29-09-1995, AWB 95/7911 WRB, AWB 95/8396 WRB, <www.rvr.org>.

90 RvSt, Afd. Best.rspr., 13-11-1997, H01.96.1159, <www.rvr.org>.

91 RvSt, Afd. Best.rspr., 13-11-1997, H01.96.0821, <www.rvr.org>.

92 De Raad van State verwijst met name naar TK 1991-1992, 22 609, nr. 3, p. 27, waar staat dat het gehele regime van de wet ook in strafzaken van toepassing is en dat strafzaken onderdeel uitmaken van het aantal zaken waarvoor een ingeschreven advocaat kan worden toegevoegd en TK 1993-1994, 23 464, nr. 3, p. 2, waarin staat vermeld dat de feitelijke toevoeging van een raadsman in alle gevallen plaats vindt door het bureau rechtsbijstandvoorziening, al dan niet op last van de rechter.

vocaten die het jaarlijkse maximum aantal toevoegingen hebben bereikt, niet meer kunnen worden toegevoegd. Het kan dus voorkomen, dat een advocaat in het kader van de piket⁹³ een verdachte heeft bijgestaan, vervolgens in de daaropvolgende strafzaak niet kan worden toegevoegd omdat hiermee het maximum aantal toevoegingen wordt overschreden. Bezien vanuit het belang van de verdachte is dit geen goede regeling.

2.3.5.9 *Vrije advocatenkeuze bij toevoegingen?*

Het verschil in toevoegingsbeleid, of liever gezegd het gebrek aan coördinatie tussen de verschillende bevoegde instanties op dit gebied, doet zich ook voor ten aanzien van de vraag of de verdachte die zelf geen advocaat kan betalen en dus aangewezen is op een toegevoegde advocaat, recht heeft op vrije advocatenkeuze. Ten aanzien van de ambtshalve toevoegingen op grond van de artikelen 41 en 42 Sv heeft de Hoge Raad – overigens zonder enige nadere motivering – uitgemaakt dat de stelling “dat het recht van de verdachte zich bij zijn verdediging te laten bijstaan door een raadsman van zijn eigen keuze, tevens inhoudt dat de verdachte die geen gekozen raadsman heeft, recht heeft op toevoeging van de raadsman van zijn eigen keuze”, geen steun vindt in het recht⁹⁴. Dit betekent dat het van de voorzitter van het gerecht, waar verdachte moet terechtstaan, afhangt of deze bereid is de advocaat toe te voegen, waardoor de verdachte zich wenst te laten bijstaan. Deze afhankelijkheid doet zich meestal voelen in het geval dat de verdachte wegens gebrek aan vertrouwen in de aan hem toegevoegde raadsman, wijziging van de toevoeging wenst. De praktijk is dat na de inbewaringstelling de piketadvocaat aan de verdachte wordt toegevoegd, tenzij de verdachte bij zijn voorpleiding voor de RC in het kader van een vordering tot bewaring kenbaar maakt dat hij een andere raadsman wenst of een uitdrukkelijk verzoek doet aan de voorzitter van het gerecht om toevoeging van een bepaalde advocaat. Overigens weten de meeste verdachten in deze fase van de vervolging niet dat zij dit kunnen vragen⁹⁵ en zijn zij wat dat betreft afhankelijk van de voorlichting van de piketadvocaat. Het komt voor dat piketadvocaten van deze situatie misbruik maken en hun cliënten over deze mogelijkheid niet inlichten, omdat zij er financieel belang bij hebben te worden toegevoegd. Wil de verdachte vervolgens een andere raadsman, dan kunnen er voor hem problemen ontstaan. De rechter is immers volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de ambtshalve last niet gehouden de voorkeur van de verdachte te volgen⁹⁶. In de praktijk kan dit tot ingewikkelde – en weinig verheffende – complicaties leiden, hetgeen blijkt uit een illustratief geval dat zich heeft voorgedaan in het arrondissement Maasricht. Het betreft een verdachte die in november 1991 in verzekering wordt ge-

93 De piketzaken tellen niet mee voor de bepaling of het maximum wordt overschreden.

94 HR 20-10-1987, NJ 1988, 446; zie voor de verhouding tussen deze stellingname en de stellingname van het EHRM § 2.11.5.

95 Art. 44 Sv, waarin wordt aangegeven op welke wijze de verdachte op de hoogte moet worden gebracht van zijn bevoegdheid om toevoeging van een advocaat te verzoeken, bevat voor deze fase geen inlichtingenplicht.

96 HR 20-10-1987, NJ 1988, 446.

steld en verzoekt om bijstand van zijn advocaat H, die hem reeds in twee andere, nog lopende, strafzaken als raadvrouw bijstaat. H blijkt met vakantie te zijn en kan niet optreden in het kader van de voorkeurspiketregeling, zodat de verdachte wordt bezocht door de dienstdoende piketadvocaat W. Ondanks de omstandigheid dat de verdachte ook aan W te kennen heeft gegeven dat hij bijstand wenst van H, wordt W ingevolge artikel 41 Sv bij de inbewaringstelling van de verdachte (automatisch) ambtshalve toegevoegd door de voorzitter van de rechtbank Maastricht. De verdachte verzoekt vervolgens de voorzitter van de rechtbank om de toevoeging op grond van artikel 45 Sv te wijzigen. W wenst echter, ondanks bemiddeling van de deken, de verdediging niet neer te leggen omdat volgens hem H de politie te verstaan zou hebben gegeven dat zij de verdachte niet zou willen bijstaan. Dit wordt door W aan de voorzitter van de rechtbank medegedeeld en deze ziet in het verzoek van de verdachte geen aanleiding tot wijziging van de toevoeging over te gaan. De voorzitter van de rechtbank beroept zich op een (interne) richtlijn van de president van de rechtbank Maastricht van 30 juni 1981, waarin staat vermeld dat in beginsel een gedetineerde slechts aanspraak kan maken op bijstand door een advocaat van zijn keuze wanneer deze zich als gekozen raadsman stelt en dat verzoeken van een gedetineerde om toevoeging van een andere, met name genoemde advocaat in beginsel niet meer zullen worden ingewilligd. Deze beleidslijn is ingegeven door de omstandigheid dat verdachten in toenemende mate een wijziging van de toevoeging verzoeken, omdat zij de bijstand wensen van een andere (bekendere) advocaat waarbij het maar de vraag is of de toegevoegde advocaat zijn werk niet naar behoren zou verrichten. Dat aan wijzigingsverzoeken in beginsel geen gevolg meer wordt gegeven is vooral gebaseerd op financiële overwegingen. Bij de wijziging van de toevoeging wordt de toevoegingsvergoeding namelijk verhoogd, omdat een andere advocaat de zaak moet overnemen en ook de werkzaamheden van de aanvankelijk toegevoegde advocaat moet worden vergoed⁹⁷. Aan de beleidslijn van de Maastrichtse president ligt de idee ten grondslag, dat indien een verdachte een advocaat van eigen keuze wil, hij deze ook maar zelf moet betalen en niet de overheid op kosten moet jagen. Alleen indien er sprake is van tegenstrijdige belangen of indien er zich een andere dringende gegronde reden voordoet zal volgens de richtlijn de toevoeging worden gewijzigd⁹⁸. De mededeling van de verdachte aan de voorzitter van de rechtbank Maastricht dat hij geen vertrouwen heeft in W wordt kennelijk niet aangemerkt als een dringende gegronde reden. Omdat W, tegen de uitdrukkelijk wil van de verdachte, als toegevoegd raadsman blijft optreden, dient de verdachte een klacht tegen hem in op grond van schending van Regel 2 en Regel 29 van de Ge-

97 Thans art. 9 Besluit vergoedingen rechtsbijstand 2000 van 21 december 1999, Stb. 580.

98 Brief president Arrondissementsrechtbank Maastricht d.d. 30 juni 1981 aan de leden van de Orde van Advocaten in het arrondissement Maastricht, kenmerk P 549/81 en brief vice-president Arrondissementsrechtbank Maastricht d.d. 13 december 1991 aan de Dekens van de Orde van Advocaten in het arrondissement Maastricht. Welke omstandigheden een uitzondering op de hoofdregel rechtvaardigen wordt in deze brieven niet aangegeven. Ook ingeval er een uitzondering wordt gemaakt en de toevoeging wordt gewijzigd, dan nog wordt niet de advocaat van eigen keuze van de verdachte toegevoegd, maar een andere.

gedragsregels 1980⁹⁹. W verschijnt niet bij de behandeling van de verlenging gevangenhouding in raadkamer en bij de behandeling van de tweede verlenging staat H, ondanks het feit dat zij niet aan de verdachte is toegevoegd, de verdachte bij en de gevangenhouding wordt opgeheven. Ook op deze zitting is W niet verschenen. W dient vervolgens een klacht in tegen H inhoudende dat H zonder zijn toestemming tijdens de bewuste raadkamerbehandeling is opgetreden. Beide klachten worden voorgelegd aan de Raad van Discipline te 's-Hertogenbosch¹⁰⁰. Maar dit helpt de verdachte niet veel verder. W blijft weigeren zich terug te trekken omdat hij ambtshalve is toegevoegd en de voorzitter van de rechtbank geen reden heeft gezien de toevoeging te wijzigen. De strafzaak wordt in februari 1992 behandeld, gelijktijdig met de andere zaken waarin H de verdachte bijstaat. W, die geen enkel contact heeft onderhouden met de verdachte, verschijnt ter zitting, vraagt akte van zijn verschijning¹⁰¹ en vertrekt vervolgens weer. De voorzitter van de strafkamer geeft vervolgens H de gelegenheid de stukken in te zien en ook de verdediging te voeren in de zaak waarin W is toegevoegd¹⁰².

2.4 Bepalingen die betrekking hebben op bijstand

Het recht van de verdachte op bijstand is vastgelegd in artikel 28 Sv waarin is bepaald:

- "1. De verdachte is bevoegd zich, overeenkomstig de bepalingen van den Derden Titel van dit Boek, door een of meer gekozen of toegevoegde raadslieden te doen bijstaan.
2. Hem wordt daartoe, telkens wanneer hij dit verzoekt, zooveel mogelijk de gelegenheid verschaft om zich met zijn raadsman of met zijne raadslieden in verbinding te stellen".

Het recht op bijstand is ook in artikel 18 lid 1 van de Grondwet geregeld, opgenomen bij de herziening van de Grondwet in 1983. Daarin staat vermeld dat ieder

99 Regel 2 Gedragsregels 1980 luidt: "De advocaat moet zich onthouden van elke mededeling waardoor de rechter of de tegenpartij wordt misleid" en Regel 29 van deze gedragsregels luidt: "In het belang van de rechtzoekenden en van de advocatuur in het algemeen, streven de advocaten naar een onderlinge verhouding die berust op welwillendheid en vertrouwen".

100 Uiteindelijk wordt de verdachte door de Raad van Discipline niet ontvankelijk verklaard in zijn klacht tegen W, omdat zijn klacht een verzoek inhoudt ervoor zorg te dragen dat H, aan hem wordt toegevoegd en verder geen klacht tegen het functioneren van W, inhoudt. De klacht van W, tegen H, wordt eveneens niet ontvankelijk verklaard omdat W, er geen bezwaar tegen kan maken, dat de belangen van zijn cliënt bij zijn afwezigheid door een andere advocaat worden behartigd, RvD Den Bosch, 06-07-1992, Advocatenblad 1993, p. 272.

101 Dat is 'nodig' omdat hij bij niet verschijning ter terechtzitting een lagere toevoegingsvergoeding krijgt.

102 De verdachte heeft tegen de weigering van de voorzitter van de rechtbank om de advocaat van zijn eigen keuze H toe te voegen een klacht ingediend bij de ECRM wegens schending van artikel 6 lid 3c EVRM. Deze klacht is echter door de ECRM op 21 mei 1997 niet ontvankelijk verklaard (nr. 24588/94, te raadplegen via Hudoc: <<http://www.dhcour.coe.fr>>). Zie § 2.11.5 voor verdere bespreking van het recht op toevoeging van een advocaat van eigen keuze op grond van art. 6 EVRM.

zich in rechte en in administratief beroep kan doen bijstaan. De regeling in de Grondwet is beperkt tot de bijstand in rechte en vermeldt niets over bijstand buiten rechte. In zoverre bevat artikel 18 lid 1 Grondwet een beperkter recht dan artikel 28 Sv dat op alle fasen van het strafproces van toepassing is. De grondwetgever heeft zich dit gerealiseerd en wilde de ontwikkelingen van de gevallen waarin buiten rechte een recht op juridische bijstand bestaat open laten, daarbij erkennend dat het begrip 'buiten rechte' niet vast te omlijnen is¹⁰³. Met het opnemen van artikel 18 lid 1 in de Grondwet is dus niet beoogd de reikwijdte van artikel 28 Sv te wijzigen¹⁰⁴.

2.4.1 *Geen verplichte rechtsbijstand*

De term 'bevoegd' in artikel 28 Sv heeft, blijkens de wetsgeschiedenis niet de betekenis dat de verdachte altijd récht heeft op rechtsbijstand, maar dat de verdachte niet verplicht is zich te laten bijstaan. Als de belangrijkste grond voor de vrijheid van de verdachte zich al dan niet te laten bijstaan wordt in de MvT aangevoerd:

"Allereerst komt het een niet onbedenklijk beginsel voor, personen die als regel in staat zijn hunne belangen behoorlijk te behartigen, den door hen zelf niet begeerden en toch allereerst tot bevordering van hun belangen strekkende bijstand van een raadsman op te dringen"¹⁰⁵.

Het recht van de verdachte om zichzelf, zonder bijstand van een raadsman te verdedigen is nog steeds het uitgangspunt¹⁰⁶. Ook uit de jurisprudentie blijkt dat het recht van de verdachte om zichzelf te verdedigen wordt gerespecteerd¹⁰⁷. De eni-

103 MvA, TK 1976-1977, 13 873, nr. 7, p. 10.

104 Lensing, Melai, suppl. 54, aant. 1 bij art. 28 Sv.

105 MvT, TK 1913-1914, 286, nr. 3, toelichting op art. 29 ORO, waarin ook staat: "Artikel 29 stelt als algemeen beginsel, dat de verdachte bevoegd is zich overeenkomstig de bepalingen van den derden Titel van het Eerste Boek door een of meer gekozen raadsliden of door den hem toegevoegden raadsman te doen bijstaan. Uit de gecursiveerde woorden vloeit voort, dat de bijstand van een raadsman niet is verplicht, doch dat de verdachte te allen tijde van zoodanigen bijstand kan afzien". Overigens was volgens het Wetboek van Strafvordering vóór 1 september 1886 verdediging door een raadsman bij de berechting van misdaden wel verplicht. Dit uitgangspunt van verplichte verdediging is bij de wijziging in 1886 verlaten, zie Blok/Besier 1925/1926 I, p. 116-117.

106 Zie Minkenhof/Reintjes 1998, p. 69.

107 Zie HR 10-12-1996, DD 1997, 108; HR 24-03-1998, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, 61 en heel expliciet HR 26-05-1998, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, 116, waarin de Hoge Raad overweegt dat het ter vrije keuze van de verdachte is zichzelf ter zitting te verdedigen, dan wel zich door een raadsman te laten verdedigen. In deze zaak overweegt de Hoge Raad verder dat het onderhouden van contact met zijn raadsman ook voor de verantwoordelijkheid van de verdachte komt evenals eventuele tekortkomingen in de bijstand. Alleen in bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld als de raadsman zijn opdracht neerlegt en daarbij onzorgvuldig jegens zijn cliënt handelt, kan hierover volgens de Hoge Raad anders worden geoordeeld. Ook ingeval van een ambtshalve toegevoegde advocaat kan de verdachte weigeren zich door een raadsman te laten bijstaan en zelf zijn verdediging voeren, dit is al heel lang geleden uitgemaakt in HR 28-04-1890, W5872 en komt ook met regelmaat terug in de jurisprudentie, zie bijvoorbeeld HR 16-02-1982, NJ 1982, 426.

ge uitzondering op dit uitgangspunt is recentelijk gemaakt in de cassatieprocedure, waarin bijstand door een advocaat verplicht is¹⁰⁸.

2.4.2 Artikel 28 Sv als beginselbepaling

Volgens de Memorie van Toelichting wordt in artikel 28 Sv het algemene beginsel tot uitdrukking gebracht dat de verdachte bevoegd is zich door een raadsman te laten bijstaan¹⁰⁹. Blok en Besier merken op dat men in artikel 28 lid 1 dan ook niet méér dan een algemeen beginsel mag lezen en dat hieruit niet kan worden afgeleid dat de verdachte nu ook de bevoegdheid zou hebben zich te allen tijde door een of meer raadsliden te doen bijstaan. Uit de omstandigheid dat in andere artikelen van het Wetboek van Strafvordering uitdrukkelijk is bepaald, dat de verdachte gerechtigd is zich te doen bijstaan door een raadsman¹¹⁰, leiden Blok en Besier af dat het recht op bijstand zijn uitwerking moet vinden in andere bepalingen van het wetboek. Dat is ook tegenwoordig nog het uitgangspunt. Dit blijkt uit de in hoofdstuk 1 beschreven discussie over de vraag of de verdachte bevoegd is zich door een raadsman bij het politieverhoor te laten bijstaan¹¹¹. In deze discussie staan twee opvattingen over de strekking van artikel 28 Sv tegenover elkaar: enerzijds wordt op grond van wetshistorische en wetssystematische argumenten gesteld dat de verdachte niet het recht heeft zich tijdens het politieverhoor te laten bijstaan, omdat hem deze bevoegdheid niet uitdrukkelijk in de wet is toegekend, anderzijds wordt betoogd dat de verdachte deze bevoegdheid wel heeft, omdat deze in artikel 28 Sv niet is uitgesloten. Dezelfde redeneringen worden gehanteerd ten aanzien van de spiegelbepaling van artikel 28, artikel 50 lid 1 Sv, waarin wordt bepaald dat de raadsman vrije toegang heeft tot de verdachte die rechs tens van zijn vrijheid is beroofd. De vraag is dan vervolgens of de raadsman ook vrije toegang heeft tot zijn cliënt tijdens zijn verhoren. Volgens sommigen heeft de raadsman alleen vrije toegang tot die verhoren waarbij uitdrukkelijk in de wet is bepaald dat de raadsman de verdachte bij kan staan. Anderen vinden dat de raadsman steeds tot alle verhoren van zijn cliënt moet worden toegelaten, voorzover dit in de wet niet is uitgesloten. Uiteindelijk heeft de Hoge Raad in 1983 uitgemaakt dat de opvatting, dat de raadsman het recht heeft bij het politieverhoor aanwezig te zijn, in haar algemeenheid geen steun in vindt in het recht, in het bijzonder niet in de artikelen 28 en 50 Sv, die volgens de Hoge Raad geen betrekking hebben op verhoren¹¹². Dit standpunt is door de Hoge Raad nog recentelijk bevestigd¹¹³.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel tot herziening van het GVO is de kwestie van rechtsbijstand tijdens het politieverhoor weer aan de orde geweest,

108 Wet van 28 oktober 1999, Stb. 467, in werking getreden op 1 oktober 2000, zie voor de bespreking hiervan § 2.4.10.1-§ 2.4.10.2.

109 MvT op ORO art. 29, TK 1913-1914, 286, nr. 3.

110 Zie § 2.4.3.

111 Zie § 1.9.1-§ 1.9.2.5.

112 HR 22-11-1983, NJ 1984, 805.

113 HR 13-05-1997, NJ 1998, 152; zie ook Rb Roermond 5-2-1997, NJ 1998, 14 en verder § 2.11.7 m.b.t. het EVRM en het politieverhoor.

met name met het oog op de zogenaamde parallelle opsporing. Ingevolge artikel 177a Sv is de OvJ verplicht, ingeval terzake van een feit waarop het GVO betrekking heeft, opsporing geschiedt, de RC daarvan ten spoedigste te informeren en desbetreffende processtukken toe te zenden. Oorspronkelijk was voorgesteld om ook een artikel 177b Sv in te voegen waarin was bepaald, dat indien naast een GVO opsporing geschiedt, het verhoor van de verdachte of een andere persoon door de politie zoveel mogelijk onder dezelfde condities plaatsvindt als het verhoor door de RC. Dat zou betekenen dat de raadsman in deze gevallen in beginsel de politieverhoren van de verdachte en getuigen zou mogen bijwonen. Het voorgestelde artikel 177b Sv is door de minister niet overgenomen vanwege de vrees dat bijvoorbeeld bij de verhoren van medeverdachten als getuigen, deze verhoren ernstig bemoeilijkt zouden worden door de aanwezigheid van een of meer tot deze verhoren toe te laten raadslieden van de verdachten. Verder zou de naleving van artikel 177b Sv naderhand op de terechtzitting tot allerlei discussies aanleiding kunnen geven, waarover dan weer opsporingsambtenaren zouden moeten worden gehoord, hetgeen weer aanleiding zou zijn tot vertraging van het onderzoek ter terechtzitting. Verder vindt de minister dat het van de politie niet gevegd kan worden zich steeds te realiseren of er bij een bepaald verhoor sprake is van een feit waarop een GVO betrekking heeft¹¹⁴. Dit laatste praktische bezwaar is volgens de minister doorslaggevend¹¹⁵. Ondanks de omstandigheid dat deze argumentatie niet erg sterk is, omdat ingevolge artikel 177a Sv de verplichting bestaat de RC te informeren als er opsporingsonderzoek wordt verricht in een zaak waarin ook een GVO loopt en de politie zich dus toch steeds zal moeten afvragen of er een GVO loopt, is artikel 177b Sv niet in de Wet herziening GVO opgenomen¹¹⁶. De verdachte heeft dus nog steeds niet het recht zich door een raadsman tijdens het politieverhoor te laten bijstaan en is wat dat betreft afhankelijk van de toestemming van de verhoerende politieambtenaren¹¹⁷.

De conclusie is dat artikel 28 Sv de verdachte geen algemeen recht geeft om zich, steeds als hij dat wil, door een raadsman te laten bijstaan, maar dat dit artikel een algemeen beginsel inhoudt waarop uitzonderingen mogelijk zijn en waaraan bij wet nader invulling moet worden gegeven.

114 TK 1992-1993, 23 251, nr. 3, p. 9-10 en

115 TK 1993-1994, 23 251, nr. 6, p. 9-10.

116 Wet van 27 mei 1999 (Herziening GVO), Stb. 243, in werking getreden op 1 februari 2000.

117 Zie de kritiek die op de Nederlandse situatie is uitgeoefend door het European Committee for the Prevention of Torture and inhuman or degrading treatment or punishment (CPT), weergegeven in Berkhout-Van Poelgeest en Kelk 1999. Het CPT heeft er reeds in twee rapporten op aangedrongen dat de raadsman het recht moet hebben politieverhoren bij te wonen. Zie ook de uitspraak van het Joegoslavië Tribunaal d.d. 2 september 1997, Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber II, NJCM-Bulletin 1998, p. 75-87, waarin het Tribunaal de aanwezigheid van de raadsman gedurende de verhoren van de verdachte in het vooronderzoek beschouwt als een internationaal erkend mensenrecht, waarvan schending onherroepelijk moet leiden tot bewijsuitsluiting. Swart 1999, concludeert dat Nederland zich bepaald niet in de voorhoede bevindt als het gaat om de aanvaarding van het recht van de verdachte zich bij het politieverhoor te laten bijstaan. Zie verder § 2.11.7 waarin de Straatsburgse jurisprudentie over dit onderwerp wordt besproken.

Het recht op bijstand van een raadsman dat aan de verdachte in artikel 28 lid 1 Sv wordt toegekend¹¹⁸ is in het Wetboek van Strafvordering op verschillende manieren uitgewerkt:

1. In een aantal artikelen is expliciet bepaald dat de verdachte bevoegd is zich door zijn raadsman te doen *bijstaan*, zie verder § 2.4.3.
2. Soms is alleen bepaald dat de verdachte en zijn raadsman worden *gehoord*, zie verder § 2.4.4.
3. Ook zijn er bepalingen die de verdachte en/of zijn raadsman het recht geven bepaalde onderzoekshandelingen in het vooronderzoek *bij te wonen*, zie verder § 2.4.5.
4. Er zijn bepalingen waarin aan de verdachte en/of zijn raadsman het recht wordt toegekend bepaalde *verzoeken te doen*, zie verder § 2.4.6.
5. Verder zijn er bepalingen waarbij aan de raadsman *overeenkomstige rechten en bevoegdheden* worden toegekend als aan de verdachte, zie verder § 2.4.7.
6. Er zijn bepalingen die *uitsluitend aan de verdachte* een bevoegdheid toekennen, § 2.4.8.
7. In sommige situaties wordt aan de raadsman een *vertegenwoordigingsbevoegdheid* toegekend, § 2.4.9.
8. Tot slot zijn er bepalingen waarbij *uitsluitend aan de raadsman* bevoegdheden worden toegekend, § 2.4.10.

2.4.3 *Bijstaan*

De bepalingen waarin expliciet staat vermeld dat de verdachte bevoegd is zich door een raadsman te doen *bijstaan*, zijn naast de beginselbepaling van artikel 28 Sv:

- art. 23 lid 2 Sv (behandeling in raadkamer);
- art. 57 lid 2 Sv (verhoor in verzekeringstelling);
- art. 59a lid 3 Sv (voorgeleiding RC bij in verzekeringstelling);
- art. 63 lid 4 Sv (verhoor bevel bewaring);
- art. 86 lid 2 Sv (verhoor RC in het kader van de voorlopige hechtenis);
- art. 99a Sv (tijdens doorzoeken van plaatsen)¹¹⁹;
- art. 195d Sv (verhoor bevel bloedafname DNA-onderzoek)¹²⁰.

¹¹⁸ Zie § 2.2.1-2.2.4.

¹¹⁹ Bij de invoering van de Wet Herziening GVO 27 mei 1999, Stb. 243, per 1 februari 2000 is de term 'huiszoeking' vervangen door 'doorzoeking', hetgeen tot gevolg heeft dat de verdachte bevoegd is zich bij het doorzoeken van elke plaats, een woning, een kantoor, een winkelpand of een vervoermiddel, door een raadsman te laten bijstaan, zie TK 1992-1993, 23 251, nr. 3, p. 45.

¹²⁰ Thans (januari 2001) is een wetsvoorstel Wetsvoorstel wijziging van de regeling van het DNA-onderzoek in strafzaken, 26 271, aanhangig bij de Tweede Kamer waarin een nieuw art. 151b Sv wordt toegevoegd op grond waarvan ook de officier van justitie de bevoegdheid krijgt een bevel tot afname van celmateriaal voor DNA-onderzoek te geven. Hierbij moet ook de verdachte worden gehoord, en kan de verdachte zich laten bijstaan door een raadsman.

Opmerkelijk is, dat expliciete bepalingen dat de verdachte het recht heeft zich door een raadsman te doen bijstaan tijdens het GVO en het onderzoek ter terechtzitting ontbreken. Aan het recht op bijstand is in deze gevallen echter vorm gegeven door aan de raadsman tijdens het GVO en de terechtzitting, overeenkomstige rechten en bevoegdheden toe te kennen als aan de verdachte¹²¹.

2.4.3.1 *Onderscheid horen-verhoren: de verdachte als procespartij*

Uit de hiervoor in § 2.4.3 opgesomde bepalingen blijkt dat de wetgever bij de term 'bijstaan' voornamelijk gedacht heeft aan processuele bijstand tijdens een verhoor, onderzoekshandeling of zitting door/bij de rechter respectievelijk (hulp)officier van justitie. In deze bepalingen gaat het steeds om processuele bijstand. De verklaring voor de toekenning van de bevoegdheid aan de verdachte om zich juist bij deze verhoren en zittingen te doen bijstaan, kan worden gevonden in het onderscheid dat wordt gemaakt tussen 'horen' en 'verhoren'. Alhoewel de wet een dergelijk onderscheid niet maakt en deze termen door elkaar gebruikt, wordt dit in de literatuur wel gedaan om de verschillende functies van een verhoor te onderscheiden¹²².

Onder 'horen' worden die situaties verstaan waarin de verdachte actief optreedt als procespartij en gebruik maakt van zijn verdedigingsrechten. In de literatuur wordt de verdachte overigens niet als procespartij in de strikte zin van het woord beschouwd, mede omdat het strafproces maar ten dele een partijenproces is en er ook geen sprake is van gelijkheid van partijen¹²³. In dit onderzoek wordt met het begrip 'procespartij' gedoeld op de procedurele positie die de verdachte in het strafproces inneemt en de mogelijkheden die hem daarbij worden geboden om deel te nemen aan het debat over een ten aanzien van hem te nemen (rechterlijke) beslissingen. 'Horen' gebeurt voorafgaande aan een, hetzij door het OM hetzij door de rechter, te nemen beslissing. Deze verhoren worden ook wel 'formele verhoren' genoemd. In het kader van het beginsel van hoor en wederhoor wordt de verdachte dan de gelegenheid geboden zijn standpunt over de te nemen beslissing kenbaar te maken en zich te verdedigen.

Onder 'verhoren' worden die situaties verstaan waarin de verdachte object van onderzoek is en waarbij diens verklaring gebruikt kan worden voor het vinden van de waarheid en voor het bewijs. Deze verhoren worden ook wel materiële verhoren genoemd.

Alhoewel in beginsel bij ieder verhoor van de verdachte de verdedigingsfunctie en de waarheidsvindingsfunctie relevant zijn – ook bij een 'verhoor' kan de ver-

121 Art. 241a en 331 Sv, zie verder § 2.4.7.

122 R Emmelink 1966; Aler en Von Brucken Fock 1975 spreken van formele en materiële verhoren. Zie ook Lensing 1988 I, p. 34-39; Jörg, Melai, suppl. 108, aant. 6 bij art. 29 Sv; Naeyé 1989, p. 231 e.v.; Nijboer 1997, p. 228.

123 Zie bijvoorbeeld Corstens 1999, p. 530; Cleiren I 1990, p. 141-164; De Roos 1994 II, p. 127 en de noot van 't Hart bij HR 08-11-1988, NJ 1989, 657. Op de positie van de verdachte als procespartij wordt ook nog nader ingegaan in § 2.7.3 bij de vraag of de verdachte misbruik kan maken van zijn bevoegdheden.

dachte gebruik maken van zijn recht om zich te verdedigen en ook indien de verdachte wordt 'gehoord' in het kader van de vordering bewaring, kunnen zijn verklaringen gebruikt worden in het kader van de waarheidsvinding – zijn er verhooren waarbij de nadruk meer ligt op het aspect van waarheidsvinding en verhoren waarbij de verdedigingsfunctie voorop staat. Het uitgangspunt van het Wetboek van Strafvordering is, dat daar waar de verdedigingsfunctie vooropstaat, de verdachte zich ook moet kunnen laten bijstaan door een raadsman. Dit verklaart waarom het recht op bijstand in de artikelen 23 Sv, 57 lid 2 Sv, 59a lid 3 Sv, 63 lid 4 Sv, 86 lid 2 Sv, 99a Sv en 195d Sv expliciet is opgenomen en bij het politieverhoor niet. Ook de verhoren bij de RC in het kader van een GVO hebben tot doel de waarheid te achterhalen. Uit artikel 186a Sv, waarvan het eerste lid luidt dat de raadsman bevoegd is het verhoor van de rechter-commissaris bij te wonen, tenzij het belang van het onderzoek dit verbiedt, kan worden afgeleid dat de raadsman bij deze verhoren kan worden geweerd. Dit geldt niet alleen voor de verhoren van getuigen maar ook voor de verhoren van de verdachte. Uit de wijze waarop het recht op bijstand in het Wetboek van Strafvordering is geregeld blijkt, dat aan de verdachte in het vooronderzoek geen recht op bijstand is toegekend in situaties waar de waarheidsvinding voorop staat of de waarheidsvinding door deze bijstand zou kunnen worden bemoeilijkt.

Verder moet worden aangetekend dat ook in de gevallen waarin de verdachte het recht heeft zich door een raadsman te laten bijstaan, de raadsman (die zich gesteld heeft of is toegevoegd) weliswaar tijdig op de hoogte moet worden gesteld van het verhoor, maar dat er geen verplichting bestaat met het verhoor te wachten totdat de raadsman is gearriveerd¹²⁴.

2.4.3.2 *Betekenis van 'bijstaan' en 'in verbinding stellen' in artikel 28 Sv*

Het recht van de verdachte zich te laten bijstaan zou weinig voorstellen als hij geen recht zou hebben zich met zijn raadsman in verbinding stellen op het moment dat hij zich niet (meer) op vrije voeten bevindt. Zonder contact tussen raadsman en verdachte is rechtsbijstand immers niet mogelijk, vandaar dat in het tweede lid van artikel 28 Sv is bepaald: "Hem wordt daartoe, telkens wanneer hij dit verzoekt, zooveel mogelijk de gelegenheid verschaft om zich met zijn raadsman of met zijne raadsliden in verbinding te stellen".

Hiervoor is in § 2.4.2 al aangegeven dat uit artikel 28 Sv niet kan worden afgeleid dat de verdachte, steeds als hij dat wil, zich door een raadsman kan laten bijstaan. De vraag rijst vervolgens of de verdachte dan wel steeds de gelegenheid moet krijgen om zich met zijn raadsman in verbinding te stellen.

¹²⁴ Zie Wedzinga, T&C Sv 1999, aant. 6 bij art. 57 Sv en zie ook nota van wijziging wetsvoorstel Wijziging regeling van het DNA-onderzoek in strafzaken, 26 271, nr. 7, waarin op grond van een nieuw art. 151b Sv de officier van justitie ook de bevoegdheid krijgt een bevel tot afname celmateriaal te geven. In de MvT, p. 5 staat vermeld dat de officier van justitie met het horen van de verdachte niet hoeft te wachten totdat de raadsman in de gelegenheid is daarbij aanwezig te zijn.

Volgens Blok en Besier heeft het tweede lid van artikel 28 Sv alleen betrekking op die gevallen waarin de wet bijstand veroorlooft. Volgens hen slaat het woord 'daartoe' in het tweede lid van artikel 28 Sv op de uitoefening van de bevoegdheid van de verdachte zich door een raadsman te doen bijstaan en dat kan volgens hen alleen in de gevallen waarin de wet dit uitdrukkelijk bepaalt. Blok en Besier beroepen zich bij deze interpretatie op de wetsgeschiedenis. Het tweede lid van artikel 28 Sv is opgenomen naar aanleiding van een opmerking van de Commissie van Voorbereiding over artikel 99 Sv¹²⁵, waarin is bepaald dat de verdachte zich tijdens een huiszoeking door een raadsman kan laten bijstaan. De Commissie meende dat deze bepaling weinig nut zou hebben bij een onverwachte huiszoeking. Daarop is het tweede lid aan artikel 29 ORO, thans artikel 28 Sv toegevoegd, dat de verdachte in de gelegenheid moet worden gesteld zich met zijn raadsman in verbinding te stellen¹²⁶.

Volgens Lensing is de interpretatie van Blok en Besier te restrictief en moet, in overeenstemming met het beginselkarakter van artikel 28 Sv, 'bijstaan' in ruime zin worden opgevat en niet als verzamelnaam van gevallen dat die bevoegdheid uitdrukkelijk is toegekend¹²⁷. Lensing stelt dat de verdachte zich in beginsel gedurende het hele strafproces met zijn raadsman in verbinding mag stellen, waarbij de strekking van het woord 'daartoe' is gelegen in het buiten twijfel stellen dat zulks gebeurt met het oog op de verdediging.

2.4.3.3 *Bijstaan in enge en ruime betekenis*

Het hierboven beschreven verschil in opvatting tussen Blok en Besier en Lensing zit in de interpretatie van de term 'bijstaan'. Wat onder 'bijstaan' moet worden verstaan is in de wet niet nader omschreven. Lensing merkt hierover op, dat hierbij door de wetgever primair lijkt te zijn gedacht aan de situatie waarin de raadsman optreedt in aanwezigheid van zijn cliënt, dat wil zeggen bij verhoren en op de terechtzitting¹²⁸. Ook Blok en Besier lijken steeds uit te gaan van het verlenen van processuele bijstand tijdens de gelegenheden dat de verdachte naar aanleiding van een te nemen beslissing wordt gehoord door de OvJ, de RC de raadkamer of de rechter ter terechtzitting. Lensing wijst erop dat 'bijstaan' ook in een ruimere betekenis kan worden opgevat als het geheel van activiteiten dat de raadsman ten behoeve van de verdediging en de behartiging van de belangen van zijn cliënt binnen het kader van het strafproces verricht¹²⁹. Dit betekent het zijn van vertrouwenspersoon, morele steun, voorlichter, adviseur, tolk, woordvoerder en verdediger van de cliënt. Bijstaan in deze ruimere betekenis omvat, naast het woord voeren op zittingen – en zonodig daarbuiten – ook het ontwikkelen van andere activiteiten zoals het informeren, adviseren en ondersteunen van de cliënt,

125 Thans art. 99a Sv.

126 Minister Ort merkte daarbij wel op dat de verdachte hieraan niet het recht zal kunnen ontnemen het onderzoek op te houden, zie Blok/Besier 1925/1926 I, p. 117-118.

127 Lensing, Melai, suppl. 53, aant. 4 bij art. 28 Sv.

128 Lensing, Melai, suppl. 53, aant. 3a bij art. 28 Sv.

129 Lensing, Melai, suppl. 53, aant. 3a bij art. 28 Sv.

het opkomen voor diens rechts- en procespositie, het controleren van de toepassing van overheidsbevoegdheden, het vergaren van informatie en aanvullen van feiten ten behoeve van de verdediging. Verder kan onder bijstaan ook worden verstaan het benaderen van en overleggen met getuigen, zonodig contacten onderhouden met naasten van de cliënt, het slachtoffer, reclasseringsambtenaren of andere hulpverleners en het overleggen en onderhandelen met het OM¹³⁰. In deze ruimere betekenis heeft bijstaan niet alleen betrekking op het bijstaan tijdens een verhoor of zitting, maar op de ondersteuning van de cliënt gedurende het hele strafproces.

2.4.3.4 *In verbinding stellen*

Het verschil in invulling van de term 'bijstaan' is van belang voor de betekenis van het recht van de verdachte zich met zijn raadsman in verbinding te stellen. Houdt dit een algemeen recht in van de verdachte om contact op te nemen met zijn raadsman, overeenkomstig de ruime betekenis die kan worden toegekend aan de term 'bijstaan', of alleen een recht op contact, ingeval het de verdachte expliciet is toegestaan zich door een raadsman tijdens een verhoor of op een zitting te doen bijstaan? Kent men aan de term 'bijstaan' een ruime betekenis toe dan houdt het recht van de verdachte om zich met zijn raadsman in verbinding te stellen logischerwijs de bevoegdheid in om steeds, als de verdachte daar behoefte aan heeft, te overleggen met zijn raadsman. De vraag is dus, wat eigenlijk moet worden verstaan onder 'zich in verbinding stellen'?

Volgens Lensing houdt de zinsnede 'zich in verbinding stellen' in ieder geval een recht in van de verdachte, de raadsman van de situatie waarin hij zich bevindt op de hoogte te (doen) stellen, maar kan de verdachte daaraan in beginsel geen recht ontnemen zijn raadsman te raadplegen en met hem te overleggen. Op overleg heeft de verdachte volgens Lensing alleen recht in de gevallen dat aan hem uitdrukkelijk de bevoegdheid is toegekend zich door een raadsman te laten bijstaan¹³¹. Dit betekent dat de in § 2.4.3.1 weergegeven interpretatieverschillen tussen Blok en Besier en Lensing met betrekking tot de term 'bijstand' per saldo nauwelijks iets uitmaken voor het recht op het opnemen van contact en overleg met de raadsman. Zowel Blok en Besier als Lensing gaan ervan uit dat de verdachte recht op overleg met zijn raadsman heeft, als de wet de verdachte uitdrukkelijk toestaat zich door zijn raadsman te laten bijstaan, dus bijvoorbeeld voorafgaande aan een eventuele inverzekeringstelling. Het enige verschil is dat Lensing daarnaast de mening toegedaan is dat de verdachte gedurende het hele strafproces het recht heeft zich met zijn raadsman in verbinding te stellen. Maar méér dan de raadsman

130 Dit is een opsomming van de steeds terugkerende elementen die in de literatuur naar voren worden gebracht als het gaat om de taak van de raadsman in strafzaken, zie bijvoorbeeld: De Brauw 1979; Sutorius Vademecum Strafzaken, suppl. 1, 1.4-1.4.4; De Roos 1991; Röttgering, Vademecum Strafzaken, suppl. 117, , 9.10.1.-9.10.5; Minkenhof/Reijntjes 1999, p. 75-79; Corstens 1999, p. 87 e.v. en Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 8-10 bij de art. 37-51 Sv.

131 Lensing, Melai, suppl. 53, aant. 4 bij art. 28 Sv.

in kennis te stellen van de situatie waarin hij zich bevindt, houdt dit recht volgens Lensing niet in.

Een andere beperking van de gelegenheid voor de verdachte contact op te nemen met zijn raadsman is gelegen in de woorden 'zoveel mogelijk'. Het opnemen van contact kan belemmerd worden door feitelijke omstandigheden die het onmogelijk maken contact met de raadsman op te nemen, bijvoorbeeld gedurende een transport naar de verhoorplaats. Maar contact kan ook geweigerd worden als het onderzoek daardoor zou worden opgehouden¹³².

Tot slot moet nog worden opgemerkt, dat de raadsman aan de term 'bijstaan' in artikel 28 Sv geen rechtstreekse bevoegdheid kan ontleen tot het verrichten van proceshandelingen of het aanwezig zijn bij onderzoekshandelingen. Hierbij geldt dezelfde redenering als bij de toelating van de raadsman tot het politieverhoor, namelijk dat een dergelijke interpretatie van de term 'bijstaan' de bijzondere bepalingen over zijn bevoegdheden, zoals bijvoorbeeld in artikel 57 lid 2 Sv, waarin staat vermeld dat de raadsman in de gelegenheid wordt gesteld de nodige opmerkingen te maken, overbodig maken¹³³.

2.4.3.5 *Jurisprudentie over artikel 28 Sv*

Uit het voorgaande blijkt dat artikel 28 Sv niet uitblinkt in duidelijkheid en bovendien erg restrictief wordt uitgelegd. Onduidelijk blijft, wat nu het nut voor de verdachte is van het recht de raadsman op de hoogte te (laten) stellen van de positie waarin hij zich bevindt, als hij geen recht heeft diens advies in te winnen en met hem te overleggen.

Veel jurisprudentie, die over deze kwestie helderheid zou kunnen verschaffen, is er niet. Duidelijk is wel, dat indien de verdachte het recht is toegekend zich door een raadsman te laten bijstaan, dit tevens impliceert dat hij contact mag opnemen met zijn raadsman. Dit blijkt uit de wetsgeschiedenis zoals hiervoor is aangegeven¹³⁴ en ook uit een uitspraak van de Hoge Raad in een zaak waarin de RC de verdachte niet had toegestaan tijdens een huiszoeking telefonisch contact op te nemen met zijn advocaat. De Hoge Raad overwoog dat artikel 99 lid 3 Sv (oud)¹³⁵, waarin staat vermeld dat de verdachte zich tijdens een huiszoeking kan laten bijstaan door zijn raadsman, een uitwerking van het beginsel van artikel 28 lid 2 Sv is en dat een redelijke wetstoepassing met zich meebrengt, dat waar de verdachte zich tijdens een huiszoeking door een raadsman mag laten bijstaan, hij

132 Zie Blok/Besier 1925/1926 I, p. 118 en Lensing, Melai, suppl. 53, aant. 4 bij art. 28 Sv, waarin wordt verwezen naar een uitspraak van Rb Almelo 22-11-1984, NJ 1985, 326 waarin bij de uitleg van 'zoveel mogelijk' aansluiting wordt gezocht bij andere in het Wetboek van Strafvordering voorkomende wetbepalingen, waarin is voorzien dat het contact tussen verdachte en zijn raadsman alleen dan ongestoord kan plaatsvinden indien daardoor het onderzoek niet wordt opgehouden. Zie ook HR 06-07-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 139, waaruit kan worden afgeleid dat het ophouden van het onderzoek een grond kan zijn contact tussen verdachte en raadsman niet (op dat moment) toe te staan. Zie verder § 2.9.2.

133 Lensing, Melai, suppl. 53, aant. 3a bij art. 28 Sv.

134 Blok/Besier 1925/1926 I, p. 117-118.

135 Thans art. 99a Sv.

ook telefonisch contact mag opnemen; bijvoorbeeld om te bewerkstelligen dat die raadsman onverwijld ter plaatse van de huiszoeking verschijnt¹³⁶. Overigens is door de invoering van artikel 99a bij de Wet herziening GVO per 1 februari 2000 het aantal situaties waarin de verdachte zich door zijn raadsman kan laten bijstaan verruimd. In artikel 99a Sv is bepaald dat de verdachte bevoegd is zich tijdens het doorzoeken van plaatsen door zijn raadsman te doen bijstaan, zonder dat de doorzoeking daardoor mag worden opgehouden. Dit betekent dat dit artikel van toepassing is in alle gevallen dat een plaats ter inbeslagneming wordt doorzocht, dus ook bij een doorzoeking van een vervoermiddel of het doorzoeken van andere plaatsen dan huizen, woningen en lokalen¹³⁷.

Als de verdachte geen uitdrukkelijk recht heeft zich te laten bijstaan, ligt de zaak gecompliceerder. In een geval waarbij in cassatie geklaagd werd over een schending van onder andere artikel 28 Sv, omdat aan een verdachte door de politie niet was toegestaan contact op te nemen met zijn raadsman omtrent het al dan niet opgeven van zijn personalia, hadden de politierechter en het hof naar aanleiding van een hierop gebaseerd verweer beslist, dat de verdachte geen recht had op contact met zijn raadsman, omdat hij op dat moment niet rechtens van zijn vrijheid was beroofd en dus artikel 50 Sv niet toepasselijk was. Op zichzelf klopt het natuurlijk dat een verdachte die niet rechtens van zijn vrijheid is beroofd in beginsel vrij is om naar zijn advocaat toe te gaan voor overleg. De benadering van de politierechter en het hof getuigt echter van weinig gevoel voor de dwangsituatie waarin de verdachte zich bevindt, die door de politie naar zijn personalia wordt gevraagd en niet precies weet welke dwangmiddelen de politie kan toepassen op het moment dat hij weigert zijn personalia op te geven. De meeste verdachten zullen niet weten in welke gevallen ze al dan niet kunnen worden aangehouden en hebben juist in verband daarmee behoefte aan bijstand van een raadsman¹³⁸. De Hoge Raad liet de beslissing van het hof in stand door te overwegen, dat nu de politierechter en het hof hadden vastgesteld dat de verdachte niet rechtens van zijn vrijheid was beroofd, het in het middel bedoelde verweer terecht en op goede gronden was verworpen¹³⁹. Uit deze uitspraak blijkt, dat uit artikel 28

136 HR 08-10-1985, NJ 1986, 214. De rechtbank had in deze zaak overwogen dat art. 99 Sv niet van toepassing was omdat de huiszoeking niet plaats vond in een woning. Volgens de Hoge Raad wordt art. 99 Sv in art. 112 lid 5 Sv van toepassing verklaard en is art. 99 Sv derhalve niet alleen van toepassing bij een huiszoeking in een woning. Zie in dit verband ook Hof Den Haag, 18-05-1995, NJ 1996, 226, welke uitspraak in § 2.9.1.2 uitgebreid wordt geciteerd, en waarin het hof, oordelend in een civiele kort gedingprocedure, een in verzekeringstelling onrechtmatig acht omdat de raadsman niet was toegelaten tot het verhoor in verzekeringstelling ex artikel 57 Sv.

137 Zie art. 96b, 96c, 97 en 110 Sv; TK 1992-1993, 23 251, nr. 3, p. 45. Mevis, T&C Sv 1999, aant. b) bij art. 99a Sv, is van mening dat het voorschrift van art. 99a ook van toepassing is als er ter inbeslagneming wordt onderzocht op grond van andere zelfstandige bepalingen van Sv (b.v.: art. 55a, 126d, 126b lid 3, b, 547; 552o; 565 Sv) en acht het verdedigbaar dat dit evenzeer geldt voor doorzoeking van plaatsen op grond van bijzondere wetten.

138 Ingevoige art. 54 Sv is aanhouding buiten heterdaad slechts mogelijk bij verdenking van een misdrijf waarvoor voorlopige hechtenis is toegestaan of bij een verdenking van opgave van valse personalia.

139 HR 18-02-1986, NJ 1986, 695.

Sv kennelijk geen zelfstandig recht van de verdachte wordt afgeleid, om overleg te hebben met zijn raadsman. Bovendien kan hieruit worden afgeleid dat het recht om zich in verbinding te stellen met zijn raadsman, zoals dat in het tweede lid van artikel 28 Sv is geformuleerd, pas geëffectueerd kan worden op het moment dat de verdachte rechtens van zijn vrijheid is beroofd. Deze voorwaarde staat echter niet in de wetstekst. Artikel 28 Sv is van toepassing zodra iemand wordt aangemerkt als verdachte.

Dat de verdachte aan artikel 28 Sv geen recht op overleg kan ontleen, blijkt ook uit een zaak waarin de verdachte, nadat hij was aangehouden – en dus rechtens van zijn vrijheid was beroofd – op grond van verdenking van dronken rijden, pas wilde meewerken aan een bloedproef na het raadplegen van een advocaat. De rechtbank en het hof hadden het verweer, dat de verdachte op grond van de artikelen 28 en 50 Sv niet het recht kon worden ontzegd advies in te winnen van zijn raadsman verworpen, omdat het verkeer tussen raadsman en verdachte er nooit toe mag leiden dat het onderzoek wordt opgehouden. In het onderhavige geval had het onderzoek een spoedeisend karakter omdat een bloedonderzoek één uur na de aanhouding kon plaatsvinden. Uit het gevoerde verweer en de feiten in de zaak blijkt, dat het bevel om mee te werken aan een bloedproef een half uur na de aanhouding werd gegeven (20.15 uur). Er was derhalve nog een half uur de tijd om de verdachte in de gelegenheid te stellen (telefonisch) met zijn raadsman te overleggen. Dat er niet eens geprobeerd is om de verdachte gedurende dit halve uur contact te laten opnemen met zijn raadsman speelt voor de rechtbank en het hof kennelijk geen rol. De Hoge Raad gaat aan de vraag of er nu recht was gedaan aan het recht op vrij verkeer helemaal voorbij en wijst het cassatieberoep af omdat uit de Memorie van Antwoord naar aanleiding van de wijziging van de WWV¹⁴⁰ blijkt dat de wetgever niet heeft gewild dat de verdachte, alvorens toestemming te geven, het advies van een advocaat mag inwinnen¹⁴¹. In een arrest uit 1998 betreffende een zaak waarbij de verdachte vrijwillig op het politiebureau verbleef, waar hij zowel als getuige en als verdachte werd gehoord, lijkt de Hoge Raad hier echter weer anders over te denken. In deze zaak is niet over de schending van artikel 28 Sv geklaagd, maar over het feit dat de verdachte na zes uren (vrijwillig) verblijf op het politiebureau een advocaat toegevoegd had moeten krijgen. Naar aanleiding hiervan overweegt de Hoge raad dat artikel 40 Sv slechts een toevoeging voorschrijft na de in verzekeringstelling en dat uit de stukken niet blijkt dat de verdachte om bijstand van een advocaat heeft verzocht. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat indien dat verzoek wel gedaan was, de verdachte wel bijstand had moeten krijgen. AG Jörg stelt in zijn conclusie bij dit arrest dat indien de verdachte gedurende zijn vrijwillige verblijf op het politiebureau om bijstand van een advocaat had verzocht, dit hem niet had kunnen worden geweigerd¹⁴². Het is echter de vraag of op grond van dit arrest, waarin de vraag of de

140 MvA, TK 1970-1971, 10 038, p. 12, waarin staat vermeld "Het inwinnen van een advies van een advocaat alvorens zich aan een bloedproef te onderwerpen is om praktische redenen – nl. in verband met het daarmee verbonden tijdverlies – onuitvoerbaar".

141 HR 03-05-1977, NJ 1978, 298.

142 In HR 08-09-1998, NJ 1999, 63.

verdachte recht heeft op overleg met een advocaat zolang hij niet rechte van zijn vrijheid is beroofd niet expliciet aan de orde is gesteld, kan worden aangenomen dat de hiervoor genoemde uitspraken inmiddels achterhaald zijn.

In een zaak waarin de politie had geweigerd voorafgaande aan een verhoor van een – in dit geval voorlopig gehechte – verdachte overleg tussen de verdachte en zijn raadvrouw toe te staan overwoog de Hoge Raad dat dit in het onderhavige geval in strijd was met artikel 50 lid 1 Sv, omdat de weigering niet gerechtvaardigd kon worden door mogelijk ophouden van het onderzoek en er evenmin omstandigheden waren ex artikel 50 lid 2 Sv om het vrij verkeer te beperken. De Hoge Raad achtte de schending van artikel 50 lid 1 Sv echter voldoende gecompenseerd, omdat het verhoor (dat overigens wel door de raadvrouw mocht worden bijgewoond) was onderbroken om de verdachte te laten overleggen met zijn raadvrouw¹⁴³. Opmerkelijk is ook in dit geval, dat er geen schending werd aangenomen van artikel 28 Sv, maar van artikel 50 lid 1 Sv. Kennelijk wordt het recht op overleg eerder gekoppeld aan artikel 50 lid 1 Sv dan aan artikel 28 Sv.

De conclusie die uit deze, niet al te heldere, jurisprudentie kan worden getrokken is, dat de verdachte aan artikel 28 Sv geen algemeen zelfstandig recht kan ontleenen zijn raadsman te raadplegen, buiten de gevallen waarin hem in een nadere strafprocessuele bepaling expliciet het recht is toegekend zich door een raadsman te laten bijstaan.

De draagwijdte van artikel 28 Sv is nauw verbonden met het recht op vrij verkeer van de verdachte met zijn raadsman dat in artikel 50 Sv is geregeld, waarop uitgebreider in § 2.9 zal worden ingegaan. Op deze plaats is op de betekenis van artikel 28 Sv ingegaan, voorzover dit de systematiek van de toekenning van bevoegdheden aan de verdediging inzichtelijker maakt. Hiervoor is het van belang te onderkennen dat artikel 28 Sv voor wat betreft het toekennen van concrete bevoegdheden aan de verdachte om zich te laten bijstaan en overleg te voeren met zijn raadsman, weinig zelfstandige betekenis heeft.

2.4.3.6 *Inhoud bijstand*

In § 2.4.3.3 is aangegeven dat de term 'bijstaan' in artikel 28 Sv verschillende betekenissen kan hebben. Wat men deze term in enge betekenis op, dan gaat het om bijstand tijdens een verhoor of zitting. Kent men aan 'bijstaan' een ruime betekenis toe, dan omvat bijstand alle activiteiten van de raadsman in het kader van de verdediging. De wet zelf laat zich nergens uit over hoe er verdedigd moet worden¹⁴⁴. De wet benoemt alleen de situaties waarin bijstand kan worden verleend. Over de activiteiten waaruit deze bijstand kan of mag bestaan, is de wet heel summier.

Aan de hiervoor in § 2.4.3 opgesomde bepalingen, waarin expliciet staat vermeld dat de verdachte zich door een raadsman kan doen bijstaan, kan de raadsman in ieder geval een aanwezigheidsrecht ontleenen: hij mag erbij zijn.

143 HR 06-07-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 139.

144 Zie ook Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 4 en 8 bij art. 37-51 Sv.

Voor wat betreft de bevoegdheden van de raadsman in de gevallen dat het recht op bijstand expliciet is opgenomen, bevatten de artikelen 57 lid 2 Sv, 59a lid 3 Sv, 63 lid 4 Sv en 86 lid 2 Sv, die alle betrekking hebben op verhoren in het kader van een te nemen beslissing over de voorlopige hechtenis, de zinsnede dat "de raadsman bij het verhoor in de gelegenheid wordt gesteld de nodige opmerkingen te maken". De artikelen 23 lid 2, 99a en 195d Sv, respectievelijk betrekking hebbende op bijstand in de raadkamerprocedure, tijdens het doorzoeken van plaatsen en tijdens het verhoor bij een DNA-onderzoek, bevatten deze zinsnede niet. Betekent dit nu dat de raadsman in deze situaties niets mag zeggen? Dat is onwaarschijnlijk en kennelijk ook niet de bedoeling. De raadkamerprocedure is in 1993 gewijzigd¹⁴⁵. Voorheen bevatte artikel 24 Sv naast de bepaling dat de verdachte bevoegd is zich bij alle verhoren (in raadkamer) door zijn raadsman te doen bijstaan de bepaling dat de raadsman bij de verhoren in de gelegenheid wordt gesteld om opmerkingen te maken. In het nieuwe artikel 23 Sv is de laatstgenoemde bepaling niet overgenomen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt, dat aan de bepaling dat de raadsman in de gelegenheid wordt gesteld tijdens de raadkamerbehandeling opmerkingen te maken geen behoefte meer was, aangezien de in artikel 23 lid 2 Sv opgenomen verplichting tot het horen van de verdachte reeds impliceert dat de betrokkene en zijn raadsman bevoegd zijn opmerkingen te maken¹⁴⁶. Aangenomen mag worden dat dit ook geldt voor de bijstand in het kader van de artikelen 99a en 195d Sv.

Geconcludeerd kan worden dat de strafvorderlijke bepalingen die een expliciet recht aan de verdachte geven zich te laten bijstaan door een advocaat, in ieder geval het recht inhouden dat de raadsman bij desbetreffende onderzoekshandeling, verhoor of zitting aanwezig mag zijn en dat deze ook in de gelegenheid moet worden gesteld opmerkingen te maken. De wet laat zich er, behoudens het geval de bijstand wordt verleend tijdens het onderzoek ter terechtzitting of het GVO¹⁴⁷, niet over uit welke verdere bevoegdheden de raadsman kan ontfanen aan het recht dat de verdachte zich kan laten bijstaan. Zo is niet geregeld of de raadsman het recht heeft:

- in een verhoor van de verdachte in te grijpen, als hij de indruk heeft dat zijn proceswaarborgen worden geschonden¹⁴⁸;
- tussenbeide te komen als hij voelt aankomen dat zijn cliënt ertoe gebracht wordt een verklaring af te leggen die zijn positie als procespartij schaadt;

¹⁴⁵ Wet van 8 november 1993, Stb. 1993, 591.

¹⁴⁶ Uit de wetsgeschiedenis van de wijziging van de raadkamerbehandeling blijkt dit niet met zoveel woorden, zie TK 1991-1992, 22 584, nr. 3, p. 9, maar in de MvT bij Reparatiwet I, TK 1997-1998, 25 836, nr. 3, p. 89 komt dit aspect wel expliciet aan de orde. Ook Corstens merkt in *Vademecum*, suppl. 69, 8.2, p. 14-18, noot 1 op dat 'bijstaan' het maken van opmerkingen omvat. Opmerkelijk is wel, dat in voornoemde reparatiwetgeving de bevoegdheid van de raadsman om opmerkingen te maken uitdrukkelijk gehandhaafd is in de art. 57 lid 2; 59a lid 3; 63 lid 4 en 86 lid 2 Sv.

¹⁴⁷ Art. 241b en 331 Sv, zie verder hierna § 2.4.7.

¹⁴⁸ Te denken valt aan de situatie dat de raadsman vindt dat zijn cliënt op een ongeoorloofde wijze onder druk wordt gezet (art. 29 Sv).

- vertrouwelijk te overleggen met zijn cliënt als dat in het kader van de ontwikkeling tijdens een verhoor noodzakelijk is.

In de praktijk zal – en moet – een alerte raadsman in dit soort situaties ingrijpen om de belangen van zijn cliënt adequaat te behartigen. Voor de ruimte die de raadsman daarbij krijgt, blijft hij echter afhankelijk van de rechter, of de verhoerende autoriteit, die leiding heeft over het onderzoek¹⁴⁹.

2.4.4 Horen

Het wetboek van strafvordering bevat talrijke bepalingen waarin staat vermeld dat de verdachte (c.q. ter beschikking gestelde) voorafgaande aan het nemen van enige beslissing wordt gehoord. Bij deze bepalingen gaat het om het horen van de verdachte als procespartij zoals hiervoor in § 2.4.3.1 beschreven.

In artikel 35 Sv is het beginsel van hoor en wederhoor tot uitdrukking gebracht en deze bepaling is in principe van toepassing gedurende het hele strafproces¹⁵⁰. Hierin staat vermeld dat het gerecht dat tot enige beslissing wordt geroepen bevoegd is de verdachte in de gelegenheid te stellen te worden gehoord. Het tweede lid van artikel 35 Sv bepaalt dat een verzoek van de verdachte om voorafgaand aan enige rechterlijke beslissing te worden gehoord, wordt gehonoreerd tenzij het belang van het onderzoek dit verbiedt.

Omdat het ook hier, net als bij artikel 28 Sv, gaat om een beginselbepaling, hoeft de verdachte niet worden gehoord als dit niet in het belang van het onderzoek is en kan een verzoek van de verdachte om te worden gehoord in het belang van het onderzoek worden afgewezen, tenzij de wet anders voorschrijft¹⁵¹. Het recht van de verdachte om gehoord te worden is in talrijke andere bepalingen van het Wetboek van Strafvordering uitgewerkt¹⁵². In sommige gevallen is de rechter verplicht voorafgaande aan een beslissing de verdachte te horen¹⁵³. In andere gevallen

149 Art. 272 Sv. Zie in dit verband ook Rechtbank Amsterdam 02-09-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 249, waarin de rechtbank naar aanleiding van de bijstand aan een getuige door een raadsman overweegt, dat de RC verantwoordelijk is voor de orde bij de verhoren en het hem als zodanig vrij staat om te bepalen of, en zo ja onder welke voorwaarden, een raadsman de getuige tijdens een getuigenverhoor bijstand kan verlenen. Postma 1999, p. 114-115 schrijft dat de belangrijkste functie van de raadsman in de raadkamerprocedure het controleren van de procesgang is. Zij verbindt hieraan echter geen speciale bevoegdheden of activiteiten, maar stelt dat er voldoende argumenten aan te voeren zijn dat de verdachte gecontroleerd zal voelen en de raadsman in raadkamer als het ware dezelfde functie heeft als het publiek bij een openbare behandeling. Verder meent zij ook dat uit artikel 23 Sv kan worden afgeleid dat de verdachte een recht op overleg heeft met zijn raadsman tijdens het verhoor.

150 Op dit principe zijn uitzonderingen: zo wordt algemeen aangenomen dat deze bepaling niet van toepassing is op de cassatieprocedure. In de cassatieprocedure kan alleen de raadsman namens de verdachte optreden, zie verder § 2.4.10.1. Baauw, Melai, suppl. 109, aant. 8 bij art. 35 Sv stelt dat er voldoende argumenten aan te voeren zijn dat de verdachte op grond van art. 35 Sv wel zelf zijn verdediging zou moeten kunnen voeren, ook bij de Hoge Raad.

151 HR 23-06-1998, NJ 1998, 837; HR 16-06-1998, NJ 1998, 838.

152 Baauw, Melai, suppl. 109, aant. 4 bij art. 35 Sv.

153 Zie b.v. de art. 22, 57, 59a, 63, 65, 77, 82, 195, 195d, 197, 200, 269, 289, 317, 319, 329, 509g, 509i, 509o, 509s, 509w Sv.

wordt er bepaald dat het gerecht de verdachte in de gelegenheid stelt om te worden gehoord, althans hiertoe oproept¹⁵⁴.

2.4.4.1 *Moet ook de raadsman worden gehoord?*

In sommige bepalingen staat uitdrukkelijk vermeld dat ook de raadsman wordt gehoord, zoals in de artikelen 317 lid 2 Sv, 329 Sv; 509g lid 2 Sv en 509 w lid 2 Sv, maar in de meeste bepalingen die betrekking hebben op het horen van de verdachte staat dit niet. Let wel, het gaat bij de hiervoor genoemde bepalingen alleen om het horen. Deze bepalingen vermelden – anders dan de artikelen 57 lid 2 Sv, 59a lid 3 Sv, 63 lid 4 Sv en 86 lid 2 Sv – niet dat de verdachte zich bij zijn verhoor kan doen 'bijstaan'. Artikel 35 Sv vermeldt evenmin expliciet dat ook de raadsman wordt gehoord. Uit het derde lid van artikel 35 Sv, waarin staat dat artikel 23 lid 4 Sv¹⁵⁵ van overeenkomstige toepassing is, kan echter worden afgeleid dat als de verdachte wordt gehoord, zijn raadsman hier ook bij kan zijn. Gelet op het feit dat het hier steeds gaat om het horen van de verdachte als procespartij, zou dit ook logisch zijn. Een mogelijke verklaring voor de schijnbaar willekeurige vermelding van de raadsman bij sommige bepalingen die betrekking hebben op het horen kan zijn, dat aan de raadsman bij het GVO en het onderzoek ter terechtzitting overeenkomstige bevoegdheden zijn toegekend als aan de verdachte (art. 241b Sv en 331 Sv) en het daarom niet nodig is geacht de raadsman naast de verdachte in de bepalingen die betrekking hebben op het horen in deze procesfasen, met zoveel woorden te noemen.

2.4.4.2 *Horen: een bevoegdheid van de verdachte?*

Men kan zich afvragen of bepalingen waarin is vermeld dat de verdachte voorafgaande aan een beslissing moet worden gehoord, als bepalingen moeten worden aangemerkt die een *bevoegdheid* aan de verdachte toekennen. Het woord *bevoegdheid* veronderstelt een activiteit van de verdediging: van een bevoegdheid kan men al dan niet gebruik maken. Met de term 'horen' wordt tot uitdrukking gebracht dat de rechter, alvorens een beslissing te nemen, het standpunt van de verdediging moet inwinnen en bevat in wezen een instructienorm aan de rechter. Het ligt dus niet voor de hand om het 'horen' primair te zien als een bevoegdheid van de verdediging, al kan de verdachte hieraan het recht ontleen om zijn standpunt kenbaar te maken. Het gaat eerder om een recht van de verdachte,

154 Zie b.v. de art. 23, 59c, 66, 66a, 69, 69, 71, 72a, 75, 85, 195e, 226a, 545, 552a. Bij wet van 10 mei 2000, Stb. 204, in werking getreden op 1 juni 2000 is aan art. 23 Sv een tweede lid toegevoegd inhoudende dat de oproeping van de verdachte niet behoeft te geschieden "voor zover het belang van het onderzoek hierdoor ernstig wordt geschaad". In verband daarmee is ook in art. 24 Sv bepaald dat in zo'n geval onverwijld toezending van de beschikking niet is vereist en pas dient te geschieden zodra het belang van het onderzoek dat toelaat. In de jurisprudentie is hierop al vooruitgelopen, zie HR 23-06-1998, NJ 1998, 837.

155 In art. 23 lid 4 staat: "Het openbaar ministerie legt aan de raadkamer op de zaak betrekking hebbende stukken over. De verdachte en andere procesdeelnemers zijn, evenals hun raadsman of advocaat, bevoegd van de inhoud van deze stukken kennis te nemen".

op de naleving waarvan de rechter moet toezien. De wetgever ziet het horen echter wel als een bevoegdheid van de verdediging. Zo is bij de herziening van het GVO¹⁵⁶ uit de artikelen 197 lid 1 Sv (horen voorafgaande aan een bevel tot observatie tijdens GVO), 226a Sv (horen voorafgaande aan het aanmerken van een getuige als bedreigde getuige) en 230 Sv (kennisgeving deskundigenonderzoek) de raadsman geschrapt, omdat deze vermelding vanwege de invoering van artikel 241b Sv, waarin staat dat elke bevoegdheid van de verdachte ook aan de raadsman toekomt, overbodig zou zijn geworden¹⁵⁷. Verder blijkt uit de wijziging van de raadkamerprocedure in 1994, dat aan de bepaling dat de raadsman in de gelegenheid wordt gesteld tijdens de raadkamerbehandeling opmerkingen te maken geen behoefte meer was, aangezien de in artikel 23 lid 2 Sv opgenomen verplichting tot het *horen* van de verdachte reeds impliceert dat de betrokkene en zijn raadsman bevoegd zijn opmerkingen te maken¹⁵⁸. Voor wat betreft het onderzoek ter terechtzitting is deze lijn echter niet gevolgd¹⁵⁹. Ook voor het onderzoek ter terechtzitting geldt dat de raadsman op grond van artikel 331 Sv dezelfde bevoegdheden toekomt als aan de verdachte. Desalniettemin vermeldt artikel 317 lid 2 Sv (onderzoek naar de geestvermogens van de verdachte) dat ook de raadsman dient te worden gehoord en wordt in artikel 329 Sv bepaald dat de verdachte of diens raadsman door de rechtbank worden gehoord, alvorens de rechtbank op enige vordering of enig verzet van de officier van justitie beslist¹⁶⁰.

De omstandigheid dat het horen kennelijk niet wordt gezien als een instructienorm maar als een bevoegdheid van de verdachte is typerend voor de ontwikkeling dat de rechter in steeds mindere mate optreedt als hoeder van de belangen van de verdachte¹⁶¹. Dat betekent dat voor de verwerkelijking van het recht om te worden gehoord een zekere activiteit van de verdediging wordt verwacht. Illustratief voor deze ontwikkeling is een arrest van de Hoge Raad van 12 oktober 1999. In deze zaak was de verdachte en diens raadsman niet overeenkomstig artikel 415 juncto artikel 329 Sv naar aanleiding van een vordering wijziging tenlastelegging gehoord. De Hoge Raad overweegt dat het de verdachte en diens raadsman vrijstond zich tegen de toewijzing van de vordering te verzetten en dat het verzuim van de rechter de verdachte en diens raadsman te horen niet tot cassatie leidt, omdat op niet nakoming van dit voorschrift geen nietigheid is gesteld en het verzuim niet een zo substantiële vorm betreft dat niettemin nietigheid zou moeten worden aangenomen. Hetzelfde geldt volgens de Hoge Raad voor de in-

156 Wet van 27 mei 1999 (Herziening GVO), Stb. 243, in werking getreden op 1 februari 2000. Voor wat betreft art. 226a en 230 Sv is dit pas gebeurd bij reparatiewetgeving: Wet van 10 mei 2000 tot wijziging van enige bepalingen in het Wetboek van Strafvordering (systematische aanpassingen), Stb. 204, in werking getreden op 1 juni 2000.

157 Overigens is het schrappen van 'de raadsman' in de bepalingen van het GVO niet helemaal consequent gebeurd. Zie bijvoorbeeld de art. 187 lid 2 en 3 Sv, 187d lid 1 Sv.

158 Zie § 2.4.3.6.

159 Nog recent herzien bij Wet van 15 februari 1998, Stb. 33 en in werking getreden op 1 februari 1998.

160 Wöretshofer merkt in T&C Sv 1999, aant. 2 bij art. 329 Sv op, dat het woordje 'of' hier minder juist is omdat de raadsman ingevolge art. 331 Sv dezelfde bevoegdheden toekomen als aan de verdachte: er had dus eigenlijk 'en' moeten staan.

161 § 1.10.4.

stemming van de verdachte en raadsman met betrekking tot de onmiddellijke voortzetting van het onderzoek na de wijziging van de tenlastelegging¹⁶². Indien de verdachte toestemming heeft gegeven en uit het proces-verbaal ter terechtzitting niet blijkt dat de raadsman geen toestemming heeft gegeven dan houdt de Hoge Raad het ervoor dat de raadsman, aan wie het immers vrijstond zich hierover uit te laten, zijn toestemming heeft verleend¹⁶³.

Concluderend kan gesteld worden dat in de gevallen waarin alleen is bepaald dat de verdachte wordt gehoord, ook diens raadsman bij dit verhoor aanwezig kan zijn en het nodige naar voren kan brengen. Voor de raadsman heeft 'horen' materieel dezelfde betekenis als 'bijstaan' namelijk: het recht om aanwezig te zijn en om opmerkingen te maken. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat de raadsman zich hierbij alert en niet passief moet opstellen, omdat hij anders zijn recht om gehoord te worden verspeelt.

2.4.5 *Bijwonen*

Voor wat betreft het bijwonen van onderzoekshandelingen – dit kunnen zijn verhoren van de verdachte zelf of getuigen, het opnemen van plaatsen en reconstructies (de zogenaamde *reconstructions of the crime scene*) of andere onderzoeks- of bewijsmiddelen – worden de bepalingen die de verdachte respectievelijk zijn raadsman het recht geven bepaalde onderzoekshandelingen bij te wonen, in de structuur van het strafproces. In de gematigd inquisitoire en besloten voorfase, waarin de verdachte voornamelijk object van onderzoek is, worden hem en zijn raadsman slechts bevoegdheden toegekend voorzover deze zijn te verenigen met het onderzoeksbelang. In het meer op tegenspraak gerichte openbare eindonderzoek ter terechtzitting, waarbij de verdachte meer procespartij is, hebben de verdachte en zijn raadsman in principe het recht alle onderzoekshandelingen die in deze fase worden verricht bij te wonen. Kortom, in het vooronderzoek hebben de verdachte en/of zijn raadsman niet het recht onderzoekshandelingen bij te wonen, tenzij dat uitdrukkelijk bepaald is en tijdens het onderzoek ter terechtzitting hebben zij dat recht in principe wel, inclusief het recht om opmerkingen te maken, vragen te stellen¹⁶⁴ en woorde-lijk verklaringen in het proces-verbaal te laten opnemen¹⁶⁵, tenzij daarop uitzonderingen worden gemaakt. In de gevallen dat een onderzoekshandeling in het vooronderzoek kan worden bijgewoond, voorzien de bepalingen ook in de bevoegdheid opmerkingen te maken of aanwijzingen te geven of vragen te (laten) stellen.

In verband met het voorgaande zullen hierna alleen de relevante strafprocessuele bepalingen worden genoemd uit het vooronderzoek, voorzover de verdachte en de raadsman daarin een recht tot bijwonen van een onderzoekshandeling wordt toegekend en de relevante strafprocessuele bepalingen uit het onderzoek ter te-

162 Art. 314 lid 2 Sv.

163 HR 12-10-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 201.

164 Zie bijvoorbeeld art. 292 lid 3 Sv.

165 Art. 326 lid 2 Sv.

rechtzitting, voorzover daarbij een inbreuk wordt gemaakt op het uitgangspunt dat de verdachte en raadsman alle onderzoekshandeling kunnen bijwonen. Deze bepalingen zijn voor wat betreft het vooronderzoek:

- art. 126b lid 3b Sv (RC is niet gehouden degene tegen wie het onderzoek is gericht of diens raadsman bij enige door hem te verrichten onderzoekshandeling in het kader van het SFO toe te laten);
- art. 150 lid 2 en 3 Sv (voorzover het onderzoek dit niet verbiedt, bijwonen van schouw door OvJ inclusief de bevoegdheid aanwijzingen te doen, inlichtingen te geven of opmerkingen in het proces-verbaal te laten vermelden);
- art. 186a Sv (voorzover het onderzoek dit niet verbiedt, bijwonen van verhoor RC door raadsman, lid 1, en door verdachte, lid 2, met het recht vragen op te geven die de verdachte gesteld wenst te zien);
- art. 187 Sv (bijwonen van raadsman en verdachte van verhoor indien getuige/deskundige niet op de zitting kan komen, voorzover het belang van het onderzoek het uitstel gedooft en art. 187d Sv dit niet verbiedt);
- art. 193 lid 2 Sv (voorzover het onderzoek dit niet verbiedt, bijwonen van schouw door RC, met de bevoegdheid aanwijzingen te doen, inlichtingen te geven of opmerkingen in het proces-verbaal te laten vermelden);
- art. 226d Sv (mits het belang van het verborgen blijven van de identiteit van de getuige dit niet verbiedt, bijwonen van verdachte of raadsman of beiden van het verhoor van de bedreigde getuige, alsmede regeling m.b.t. de mogelijkheid tot het stellen van vragen);
- art. 231 lid 2 en 3 Sv (indien het belang van het onderzoek zich daartegen niet verzet, bijwonen deskundigenonderzoek, met de bevoegdheid om aanwijzingen te doen en opmerkingen te maken en een onderhoud te hebben met de deskundige).

Uit voorgaande bepalingen blijkt dat het recht op het bijwonen van onderzoekshandelingen in het vooronderzoek steeds slechts geldt onder de voorwaarde dat het belang van het onderzoek zich niet tegen de aanwezigheid van de verdachte en/of zijn raadsman verzet¹⁶⁶. Verder is het mogelijk, met name bij het horen van

166 Uitgezonderd de situatie dat beginselen van behoorlijke procesorde vereisen dat de raadsman wel bij de politieverhoor uitgenodigd wordt, bijvoorbeeld als hiertoe met de RC afspraken zijn gemaakt, HR 22 november 1983, NJ 1984, 805 (ten aanzien van het horen van de verdachte), of als het OM bij afweging van het belang van strafvordering tegen de belangen van de verdediging in redelijkheid niet heeft kunnen besluiten de verdediging niet bij nadere verhoor van getuigen, gedurende de appelfase uit te nodigen, HR 5 december 1989, NJ 1990, 719. In dit verband kan worden gewezen op een uitspraak van de Rb Zwolle 25-07-1997, NJ 1997, 619, waarbij via een ongebruikelijke weg is beslist over een afwijzing van de RC de raadvrouw niet toe te laten bij het verhoor van haar cliënt als getuige in de zaak tegen zijn medeverdachten. De raadvrouw had de RC gewraakt omdat deze ongepaste druk op de cliënt zou hebben uitgeoefend, zonder daarbij te benadrukken dat de cliënt zichzelf niet hoefde te belasten. De rechtbank wijst het wrakingsverzoek af, maar overweegt wel dat de raadvrouw ten onrechte niet bij het verhoor werd toegelaten, ook al werd haar cliënt niet als verdachte maar als getuige gehoord. Ondanks het feit dat de aanwezigheid bij een dergelijk verhoor niet op enig wettelijk voorschrift kan worden gebaseerd, oordeelt de rechtbank dat de

(bedreigde) getuigen, dat de raadsman wél en de verdachte niet tot het verhoor wordt toegelaten¹⁶⁷.

Voor wat het bijwonen van het onderzoek ter terechtzitting betreft is de raadsman steeds gerechtigd het onderzoek ter terechtzitting bij te wonen en betreft de uitsluiting, tenzij de raadsman ter zitting de orde verstoort, alleen de verdachte¹⁶⁸. Deze uitzonderingen komen voor in de volgende bepalingen:

- art. 273 lid 3 Sv (verwijdering van de verdachte uit de zittingzaal wegens ordeverstoring);
- art. 297 lid 3 Sv (horen getuige buiten aanwezigheid van de verdachte)¹⁶⁹;
- art. 300 lid 1 Sv (raadsman kan buiten tegenwoordigheid van verdachte ter terechtzitting vragen stellen of het woord voeren over diens geestesvermogens);
- art. 497 lid 1 Sv (raadsman van minderjarige verdachte kan vragen over de persoonlijkheid of levensomstandigheden van verdachte buiten diens tegenwoordigheid stellen)
- art. 509d lid 2 (raadsman van geestelijk gestoorde verdachte kan ook bij verstek de verdediging ten volle blijven voeren).

2.4.6 Verzoeken

De mogelijkheden van de verdachte om actief – als procespartij – invloed uit te oefenen in de lopende strafvervolgning, zijn ook vastgelegd in bepalingen waarin aan de verdachte het recht is toegekend een bepaald verzoek te doen. Uiteraard staat het de verdachte vrij ook buiten deze bepalingen om verzoeken te doen of opmerkingen te maken. De meerwaarde van de formele vastlegging van deze bevoegdheden is echter, dat de rechter of OvJ dergelijke verzoeken niet kunnen negeren en hierop zullen moeten beslissen. Voor wat het onderzoek ter terechtzitting betreft bepaalt artikel 330 Sv dat weigering of verzuim op een verzoek of verzet van de verdachte te beslissen, strekkende om gebruik te maken van een bevoegdheid of recht door de wet toegekend, nietigheid ten gevolge heeft¹⁷⁰. De beslissingen moeten worden weergegeven in een proces-verbaal (of brief) en kunnen door de rechter ter terechtzitting (indien het gaat om een beslissing in het vooronderzoek) of in hoger beroep of cassatie worden getoetst. In verband daarmee is in sommige gevallen expliciet opgenomen dat de verdachte en/of zijn raadsman kunnen verzoeken bepaalde uitlatingen (woordelijk) in het proces-verbaal te doen opnemen.

beginselen van een goede (straf)procesorde met zich meebrengen dat het verzoek van een raadsman om aanwezig te zijn bij een verhoor waarbij de van een strafbaar feit verdachte cli-
ent als getuige wordt gehoord, in principe behoort te worden gehonoreerd.

167 Zie hiervoor nader § 2.4.7.8.

168 Corstens 1999, p. 543.

169 Dat de uitsluiting alleen de verdachte betreft blijkt bijvoorbeeld uit HR 21-10-1986, NJ 1987, 443. Deze bepaling is blijkens art. 299 lid 1 Sv tevens van toepassing op het verhoor van een deskundige.

170 Zie over de reikwijdte van deze bepaling Corstens 1999, p. 534.

Voor de positie van de raadsman is het relevant te bezien in hoeverre de bevoegdheden van de verdachte verzoeken te doen ook aan de raadsman toekomen. In de navolgende inventarisatie zijn *alleen* die bepalingen opgenomen waarin een verzoek *zowel* door de verdachte als zijn raadsman kan worden gedaan. Verder geeft de inventarisatie een beeld van de wettelijk vastgelegde mogelijkheden van de verdediging activiteiten te ontplooiën tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter terechtzitting. Op de situaties waarin verzoeken *alleen* door de verdachte kunnen worden gedaan wordt nader ingegaan in § 2.4.8.

Vooronderzoek

- Art. 25 lid 2 Sv (verdachte en raadsman kunnen verlangen dat enige opgave woordelijk wordt opgenomen in het proces-verbaal van de zitting van de raadkamer);
- art. 126aa lid 5 Sv (verdachte of raadsman kan de OvJ schriftelijk verzoeken bepaalde processen-verbaal of voorwerpen bij de processtukken te voegen);
- art. 151 (verzoek tot benoeming van een deskundige aan OvJ);
- art. 172 lid 2 en 3 Sv (verdachte en raadsman kunnen verlangen dat de vraag naar aanleiding waarvan een verklaring is afgelegd, alsmede de verklaring zelf woordelijk zal worden opgenomen in het proces-verbaal van de RC);
- art. 180 lid 2 Sv (verdachte of raadsman kunnen verzoeken dat de rechtbank ter voorkoming van nodeloze vertraging zich de processtukken doet overleggen en spoedige beëindiging van het onderzoek te bevelen).

GVO

In het kader van het GVO komen aan de raadsman ingevolge artikel 241b Sv overeenkomstige bevoegdheden toe als aan de verdachte¹⁷¹. De verzoeken die door de verdachte en/of raadsman in dit kader kunnen worden gedaan zijn:

- art. 187b Sv (verzoek tot beletten van vragen aan getuigen);
- art. 189 lid 2 Sv (verzoeken dat de verdachten, getuigen of deskundigen met elkaar worden geconfronteerd of in elkaars aanwezigheid worden gehoord);
- art. 190 lid 2 Sv (verzoeken dat vragen naar een bepaald gegeven achterwege zullen worden gelaten indien een gegrond vermoeden bestaat dat een getuige dientengevolge overlast zal ondervinden);
- art. 192 lid 1 Sv (verzoek tot het doen van een plaatsopneming door de RC);
- art. 195a Sv (verzoek tot het doen van DNA-onderzoek);
- art. 195b Sv (verzoek tot contra-expertise naar aanleiding van uitslag DNA-onderzoek);
- art. 196 Sv (verzoek tot onderzoek geestesvermogens van de verdachte);
- art. 198 Sv (verzoek tot beëindiging observatie);
- art. 199 Sv (verzoek tot herstel van vormverzuim bij het instellen van het GVO);

¹⁷¹ Zie hierna § 2.4.7.

- art. 208 Sv (verzoek tot horen van getuigen en deskundigen alsmede opgeven van te onderzoeken feiten);
- art. 221 lid 1 Sv (verzoek tot gijzeling van onwillige getuige);
- art. 226a lid 1 (verzoek tot het horen van een getuige waarvan de identiteit verborgen wordt gehouden);
- art. 227 Sv (verzoek tot het benoemen van een deskundige);
- art. 232 Sv (verzoek tot het bijwonen van een door de verdachte aan te wijzen deskundige bij het deskundigenonderzoek);
- art. 233 Sv (verzoek tot contra-expertise van het deskundigenrapport);
- art. 235 Sv (verzoek tot opdragen van onderzoek aan andere deskundigen);
- art. 241 Sv (verzoek tot het doen van nader onderzoek).

Onderzoek ter terechtzitting

In het kader van het onderzoek ter terechtzitting (Boek II, Titel VI) komt aan de raadsman elke bevoegdheid toe, die aan de verdachte is toegekend¹⁷². Voor wat betreft het doen van verzoeken zijn de navolgende bepalingen van belang:

- art. 269 lid 2 Sv (verzoek tot behandeling met gesloten deuren);
- art. 278 lid 3 Sv (verzoek tot uitstel van de behandeling);
- art. 287 lid 3a Sv (verzoek tot oproeping van getuigen);
- art. 293 lid 1 Sv (verzoek tot het beletten van vragen aan getuigen);
- art. 297 lid 1 Sv (verzoek tot confrontatie van getuigen);
- art. 300 lid 1 Sv (verzoek tot het stellen van vragen over de geestesvermogens verdachte buiten diens aanwezigheid);
- art. 301 lid 2 en 3 Sv (verzoek tot voorlezing van stukken);
- art. 310 Sv (verzoek tot het uitbrengen van een reclasseringsrapport);
- art. 319 lid 3 Sv (verzoek te bevelen dat reeds gehoorde getuigen en deskundigen, alsmede tolken tegenwoordig zullen zijn bij een voortgezette behandeling);
- art. 326 lid 2 en 3 Sv (verzoek tot opneming in proces-verbaal van de woordelijke verklaringen van verdachten, getuigen en deskundigen of van een omstandigheid, verklaring of opgave);
- art. 328 Sv (verzoek tot het nemen van een rechterlijke beslissing naar aanleiding van een bepaling van desbetreffende Titel);
- art. 361 Sv (verzoek tot niet ontvankelijkverklaring van benadeelde partij);
- art. 365c Sv (verzoek tot aanvulling van verkort vonnis);
- art. 372 Sv (verzoek tot aanhouding behandeling bij politierechter);
- art. 378 Sv (verzoek tot aantekening vonnis in proces-verbaal zitting door politierechter);
- art. 379 Sv (verzoek tot het wijzen van schriftelijk vonnis door politierechter);
- art. 393 Sv (verzoek tot nadere opgave verkort aangeduid feit in tenlastelegging bij kantonrechter);
- art. 394 Sv (verzoek tot uitstel van behandeling bij kantonrechter);

¹⁷² Zie verder § 2.4.7.

- art. 395 Sv (verzoek tot aantekening vonnis in proces-verbaal zitting door kantonrechter);
- art. 396 Sv (verzoek tot wijzen schriftelijk vonnis door kantonrechter).

Minderjarigen

- art. 496 lid 3 Sv (verzoek van verdachte of raadsman het verhoor van een verdachte, getuige of deskundige buiten aanwezigheid van ouders of voogd te laten geschieden);
- art. 497 lid 1 Sv (verzoek van verdachte of raadsman om vragen over persoonlijkheid of levensomstandigheden van verdachte buiten diens tegenwoordigheid te stellen en te behandelen).

Geestelijk gestoorden

- art. 509a lid 2 Sv (verzoek van verdachte of raadsman om te verklaren dat verdachte ten gevolge van geestelijke stoornis zijn belangen niet behoorlijk kan behartigen);
- art. 509d lid 2 (raadsman kan verzoeken zaak bij verstek af te handelen).

TBS

- art. 509t Sv (verzoek van TBS-gestelde of diens raadsman om de verpleging van overheidswege voorwaardelijk te beëindigen).

2.4.7 Overeenkomstige bevoegdheden

Aan de raadsman worden in de navolgende bepalingen *overeenkomstige bevoegdheden* toegekend als aan de verdachte:

- art. 36d Sv (verzoeken als bedoeld in art. 36 lid 1 Sv m.b.t. beëindiging van zaak en art. 36a leden 1 of 2 met betrekking tot de mini-instructie kunnen ook door de raadsman van de verdachte worden gedaan);
- art. 51 Sv (met betrekking tot het recht op kennisneming van processtukken ex art. 30-34 Sv en het ontvangen van afschriften van kennisgevingen aan de verdachte)¹⁷³;
- art. 241b Sv (ten aanzien van alle bevoegdheden van de verdachte tijdens het GVO)¹⁷⁴;

¹⁷³ Corstens 1999, p. 95-96 merkt op dat het niet duidelijk is of de clause "van overeenkomstige toepassing" in art. 51 Sv inhoudt dat de raadsman zelfstandig een bezwaarschrift ex art. 32 kan indienen, of dit als raadsman moet doen, als door zijn cliënt bepaaldelijk gevolmachtigde op grond van art. 450 sub a Sv. Corstens opteert voor een zelfstandige bevoegdheid van de raadsman omdat artikel 51 Sv aan de raadsman zelfstandige rechten toekent.

¹⁷⁴ Voor de bevoegdheden tot het instellen van rechtsmiddelen ingevolge de art. 197 lid 3 en 208 lid 3 Sv geldt de regeling van overeenkomstige bevoegdheden niet, maar de regeling met be-

- art. 331 Sv (ten aanzien van alle bevoegdheden van de aanwezige verdachte tijdens het onderzoek ter terechtzitting en van de niet aanwezige verdachte, als de tot de verdediging gemachtigde raadsman overeenkomstig art. 279 Sv is toegelaten);
- art. 503 Sv (ten aanzien van minderjarige verdachten jonger dan 16 jaar, komen aan de raadsman *alle* in het Wetboek van Strafvordering of Wetboek van Strafrecht toegekende bevoegdheden toe, met mogelijkheid van verzet door minderjarige of diens wettelijke vertegenwoordiger indien de raadsman een rechtsmiddel instelt, intrekt of van een rechtsmiddel afstand doet);
- art. 509d lid 3 Sv (ten aanzien van verdachte die wegens ziekelijke stoornis van zijn geestesvermogens niet in staat is zijn belangen behoorlijk te behartigen, komen *alle* bevoegdheden van de verdachte ingevolge het Wetboek van Strafvordering toe).

2.4.7.1 Betekenis toekenning overeenkomstige bevoegdheden

De algemene toekenning van gelijke bevoegdheden aan de verdachte en de raadsman is door de wetgever alleen gereserveerd voor die onderdelen van het strafproces, die meer op tegenspraak gericht zijn en waarin aan de verdachte ook de positie van procespartij toekomt, namelijk het GVO en het onderzoek terechtzitting¹⁷⁵. In deze situaties krijgt de verdachte een 'ongelijkheidscompensatie'¹⁷⁶, doordat alle aan hem toegekende bevoegdheden eveneens toekomen aan zijn raadsman en niet steeds in iedere bepaling waarin aan de verdachte een bevoegdheid is toegekend steeds moet worden gekeken of deze bevoegdheid ook aan de raadsman toekomt. Voor het openbare onderzoek ter terechtzitting is dit vastgelegd in het eerste lid van artikel 331 Sv, waarin staat dat elke bevoegdheid van de verdachte die hem bij Titel VI (onderzoek ter terechtzitting) is toegekend ook toekomt aan de raadsman die de ter terechtzitting aanwezige verdachte bijstaat ofwel tot verdediging van de afwezige verdachte is toegelaten¹⁷⁷. Artikel 331 Sv

trekking tot het instellen van rechtsmiddelen ex art. 450 onder a Sv, zie § 2.4.9 e.v. Dit blijkt uit TK 1992-1993, 23 251, nr. 3, p. 49.

175 De verdachte verliest in het strafproces in feitelijke aanleg eigenlijk nooit zijn positie als object van onderzoek. Zie in dit verband over het verhoor van de verdachte Minkenhof Reijntjes 1999, p. 101 e.v. en Lensing 1988 I. Ook zijn gedrag en verklaringen ter terechtzitting kunnen als bewijs tegen hem gebruikt worden (art. 339 Sv). Hieraan ontkomt de verdachte alleen indien hij een advocaat overeenkomstig art. 279 Sv tot de verdediging machtigt, of indien hij verstek laat gaan, zie hiervoor verder § 2.6.3.

176 Term ontleend aan De Roos 1991, p. 23.

177 De volledige tekst van art. 331 Sv luidt:

"1. Elke bevoegdheid van de verdachte die bij deze Titel is toegekend, komt ook toe aan de raadsman die de ter terechtzitting aanwezige verdachte bijstaat ofwel op grond van artikel 279, eerste lid, tot verdediging van de afwezige verdachte is toegelaten.

2. In alle gevallen waarin bij deze Titel de toestemming of het horen van de verdachte of diens raadsman wordt gevorderd, geldt dit alleen ten opzichte van de op de terechtzitting aanwezige verdachte of diens raadsman".

zorgt in combinatie met artikelen 328 en 330 Sv¹⁷⁸ voor een, procedureel gezien, invloedrijke positie van de raadsman gedurende het onderzoek ter terechtzitting. Op ieder verzoek van de verdediging dat ertoe strekt om gebruik te maken van een bevoegdheid of een recht door de wet toegekend dat betrekking heeft op de behandeling van de zaak¹⁷⁹, moet op straffe van nietigheid worden beslist¹⁸⁰. Het toekennen van overeenkomstige bevoegdheden heeft tot doel rechtsbijstand mogelijk te maken, daar waar de verdachte door gebrek aan kennis of door psychische druk of door zijn geestesgesteldheid niet in staat is zijn belangen optimaal te behartigen. Dat de raadsman alert en zelfstandig kan reageren is daarom een belangrijke voorwaarde voor een effectieve verdediging¹⁸¹. Dit is nog zwaarder in een situatie dat de verdachte minderjarig is of geestelijk niet in staat is zijn belangen behoorlijk te behartigen. Bij de bijstand van een minderjarige jonger dan 16 jaren zijn de bevoegdheden van de raadsman dan ook uitgebreider dan bij de verdachte ouder dan 16 jaren: hem komen alle bevoegdheden toe die de beneden-zestienjarige verdachte ingevolge het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht zijn toegekend, dus ook alle bevoegdheden met betrekking tot het instellen van rechtsmiddelen. Voor de invoering van het nieuwe jeugdstrafprocesrecht per 1 september 1995¹⁸² kwamen deze bevoegdheden, met uitzondering van de bevoegdheden van de verdachte ter terechtzitting, uitsluitend toe aan de raadsman en niet aan de beneden-zestienjarige¹⁸³. Thans wordt aan de beneden-zestienjarige geen enkele bevoegdheid onthouden¹⁸⁴. Tegen het eigenmachtig instellen, intrekken of afstand doen van rechtsmiddelen door de raadsman, heeft de beneden-zestienjarige of zijn wettelijke vertegenwoordiger bovendien een rechtsmiddel: hiertegen kunnen zij bezwaar indienen. Voor de berechting van verdachten met een geestelijke stoornis geldt een gelijksoortige regeling als voor de minderjarige: aan de raadsman komen alle bevoegdheden toe die het Wetboek van Strafvordering aan de verdachte toekent (art. 509d Sv). Ook hier geldt echter dat de verdachte geen bevoegdheden worden onthouden¹⁸⁵.

178 In de art. 328 en 330 Sv is bepaald dat de verdachte, c.q. zijn raadsman, ieder verzoek aan de rechtbank kan doen tot het nemen van een beslissing waartoe de rechtbank bevoegd is en dat de rechtbank op een dergelijk verzoek op straffe van nietigheid dient te beslissen.

179 Het gaat hier om procedurele beslissingen en niet om beslissingen op inhoudelijke verweren, zie Stolwijk, Melai, suppl. 30, aant. 1 bij art. 330 Sv en Corstens 1999, p. 534.

180 Zie bijvoorbeeld HR 31-08-1972, NJ 1973, 223 (verzuim om te beslissen op verzoek onmiddellijke invrijheidstelling); HR 19-04-1977, NJ 1978, 270 (verzuim om te beslissen op het verzoek om een jasje ter zitting te tonen).

181 Stolwijk, Melai, suppl. 52, aant. 16 bij de art. 268-331 Sv; zie hierover ook De Roos 1991, met name p. 24, noot 22, die erop wijst dat bepaalde verrichtingen, zoals het horen van getuigen, ook voor advocaten moeilijk zijn.

182 Wet van 7 juli 1994, Stb. 528.

183 Art. 504 Sv oud.

184 De achtergrond hiervan is de opvatting dat gelet op de toenemende mondigheid van de minderjarige, deze meer als rechtssubject moet worden behandeld. Zie hierover verder: Verpalen, T&C Sv 1999, aant. 2 bij art. 503 Sv. Zie met betrekking tot het herziene jeugdstrafrecht ook Koens en De Jonge 1995, m.n. p. 128-130.

185 Kortenhorst, Melai, suppl. 33, aant. 6 bij art. 509d Sv.

Bij de herziening van het GVO per 1 februari 2000¹⁸⁶ is voor het GVO een gelijksoortige bepaling ingevoerd als artikel 331 Sv. Artikel 241b Sv bepaalt dat elke bevoegdheid van de verdachte in het kader van het GVO ook aan de raadsman toekomt. Voor de invoering van artikel 241b Sv moest steeds worden nagegaan of een bepaalde bevoegdheid uitsluitend aan de verdachte of aan de verdachte én diens raadsman was toegekend. Zo kwamen bijvoorbeeld de bevoegdheden tot het bijwonen van een schouw (art. 193 Sv oud), of een deskundigen onderzoek (art. 231 Sv oud) en de bevoegdheid overbrenging naar een inrichting ter observatie te verzoeken (art. 196 Sv oud), aan de raadsman én de verdachte toe. De meeste bevoegdheden, zoals bijvoorbeeld de bevoegdheden om beëindiging van het GVO te verzoeken (art. 180 Sv oud) om getuigen en deskundigen op te roepen in het kader van het GVO (art. 208 Sv oud), om een benoeming en aanwijzing van deskundigen te verzoeken (art. 227 en 235 Sv oud), om te verzoeken het gerechtelijk vooronderzoek te heropenen (art. 238 lid 2 Sv oud) en de rechtbank te verzoeken om de RC bepaalde handelingen van nader onderzoek op te dragen (art. 241 lid 1 Sv oud), kwamen uitsluitend toe aan de verdachte, al werd daarmee in de praktijk ook al voor de invoering van artikel 241b Sv niet formalistisch mee omgegaan¹⁸⁷. Door de invoering van artikel 241b Sv wordt de procespositie van de verdachte in het GVO versterkt.

2.4.7.2 *De mini-instructie*

De versterking van de procespositie van de verdachte in het vooronderzoek (en in appel in de periode tussen eerste en tweede aanleg¹⁸⁸), blijkt ook uit de invoering van de artikelen 36a-36d, de mini-instructie¹⁸⁹, per 1 februari 2000. Dit is niet zonder slag of stoot gegaan. In het oorspronkelijke Wetsvoorstel herziening GVO, zoals dat in 1993 is ingediend¹⁹⁰ heeft de regering het voorstel van de Commissie Moons, om aan de verdachte buiten het GVO een zelfstandige bevoegdheid te geven de RC te verzoeken bepaalde onderzoekshandelingen te verrichten, niet overgenomen. Als grond hiervoor wordt aangevoerd dat hiertegen te veel bezwaren zijn gekomen van de zijde van het OM en de politie. Men acht een mini-instructie op verzoek van de verdachte, op een moment dat er formeel nog geen sprake is van een vervolging in strijd met het vervolgingsmonopolie van het OM en het opportuniteitsbeginsel. Bovendien zou de RC zonder een inbeschuldigingstelling onvoldoende houvast voor een onderzoek hebben. Het belangrijkste

186 Wet Herziening GVO 27 mei 1999, Stb. 243.

187 Zie hiervoor nader § 2.4.8.

188 Art. 36a lid 2.

189 Zie voor een uitgebreidere bespreking van de procedurele aspecten van de per 1 februari 2000 ingevoerde mini-instructie: Corstens 1999, p. 297 e.v.; Spronken, T&C Sv 1999, de aant. bij art. 36a-36d Sv; Dozy 2000, p. 49-59. Voorafgaande aan de invoering is met name na de verschijning van het rapport van de Commissie Moons 1990 veel over de 'voors en tegens' van de mini-instructie geschreven. Zie bijvoorbeeld De Roos 1992, p. 11-23, en de door hem aangehaalde literatuurverwijzingen en de Delict en Delinkwent-special Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek van juni 1991.

190 TK 1992-1993, 23 251, nrs. 2 en 3.

bezwaar is, dat de mini-instructie het opsporingsonderzoek kan doorkruisen en door de verdachte zal kunnen worden misbruikt om te achterhalen of er een opsporingsonderzoek tegen hem loopt.

Bij de heroverweging van het wetsvoorstel in 1994 worden de door het OM en de politie geuite bezwaren niet meer overtuigend geacht en wordt de mini-instructie toch in het wetsvoorstel opgenomen. De argumenten hiervoor zijn dat door de mini-instructie de verdachte in staat wordt gesteld om in een vroeg stadium ontlastend materiaal te laten verzamelen, waarmee hij invloed kan uitoefenen op de beslissing om hem al dan niet te laten vervolgen. Hierdoor kan vertraging in de latere fase van de vervolging worden voorkomen. Verder wordt het van belang geacht dat het vooronderzoek een meer contradictoir karakter krijgt nu de bevoegdheden van het OM en de politie in het vooronderzoek in de negentiger jaren drastisch zijn uitgebreid¹⁹¹.

Of de mini-instructie daadwerkelijk zal bijdragen aan een contradictoir vooronderzoek is nog maar de vraag omdat in de regeling ook aan de bezwaren van het OM en de politie is tegemoetgekomen. Om 'vis-expedities' van de verdachte te voorkomen, kan een verzoek slechts gedaan worden, indien door of vanwege de staat een handeling is verricht waaraan de verdachte de verwachting kan ontlelen dat tegen hem een opsporingsonderzoek loopt. Dus zolang de verdachte geen duidelijke feitelijke aanwijzingen heeft dat er een opsporingsonderzoek loopt, kan hij van de mini-instructie geen gebruik maken. Verder bevat artikel 36b lid 4 Sv voor de afwijzing of honorering van het verzoek geen specifiek toetsingscriterium, waardoor aan de RC een ruime discretionaire bevoegdheid toekomt een verzoek van de verdachte af te wijzen¹⁹². Volgens de wetsgeschiedenis kan de RC alle relevante omstandigheden in aanmerking nemen zoals het verloop van het opsporingsonderzoek en het belang van de verdachte bij de verzochte onderzoekshandeling. Ook als de OvJ aannemelijk kan maken dat het opsporingsonderzoek zich tegen de gevraagde onderzoekshandeling verzet, kan het verzoek door de RC worden afgewezen¹⁹³. Tegen een afwijzende beschikking staat voor de verdachte geen hoger beroep open.

Een belangrijk voordeel van de nieuwe regeling ten opzichte van de oude regeling is dat ingevolge artikel 411a Sv, dat gelijktijdig met de mini-instructie is ingevoerd, de verdachte zich tussen het wijzen van het vonnis in eerste aanleg en de aanvang van de behandeling ter terechtzitting in hoger beroep kan wenden tot

191 Zie TK 1994-1995, 23 251, nr. 8 en de Nota van wijziging, TK 1994-1995, 23 251, nr. 9.

192 De Roos 1992, p. 18-19 verwachtte nog dat de rechter-commissaris geneigd zou zijn de verdachte niet met een al te hoge bewijslast op te zadelen bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van het verzoek. Ook na de invoering van de mini-instructie in de huidige vorm is de Roos optimistisch over de mogelijkheden die de verdediging zal krijgen reeds in een vroeg stadium onderzoeksactiviteiten te entameren die ontlastend kunnen zijn, zie De Roos 2000, p. 63-76. Dit in tegenstelling tot Dozy 2000. Zij vindt de ontvankelijkheidseisen voor de verdachte zwaar en concludeert dat de procedure, die geldt op het moment dat er reeds een vervolging is aangevangen (art. 36a lid 2 Sv), een verslechtering is ten opzichte van de oude procedure. In het kader van de oude procedure kon de verdachte beroep instellen bij de raadkamer als een verzoek tot het verrichten van een onderzoekshandeling was afgewezen. Dit beroep op de raadkamer is in de nieuwe procedure afgeschaft.

193 TK 1994-1995, 23 251, nr. 9, p. 12.

de rechter-commissaris bij de rechtbank die in eerste aanleg heeft gevonnisst voor het verrichten van nader onderzoek. De artikelen 241 leden 2-4 Sv (het verzoek moet schriftelijk worden gedaan en tegen afwijzing ervan staat geen hoger beroep open) en 241a Sv (het onderzoek geldt als een GVO en wordt overeenkomstig de bepalingen van het GVO gevoerd) zijn in dat geval van overeenkomstige toepassing. In de oude regeling moest de verdachte in dergelijke situaties wachten op de behandeling in appel en kon dan pas verzoeken nader onderzoek te verrichten.

2.4.7.3 *Verhouding raadsman-verdachte*

Het toekennen van overeenkomstige bevoegdheden aan de raadsman houdt niet alleen in dat de raadsman deze kan uitoefenen indien de verdachte niet aanwezig is¹⁹⁴, maar houdt ook in dat desbetreffende bevoegdheden cumuleren¹⁹⁵. Dit betekent dat zowel de verdachte als de raadsman zelfstandig verzoeken kunnen doen zoals deze in § 2.4.6 zijn vermeld en ook dat de andere bevoegdheden, indien zowel de verdachte als de raadsman aanwezig zijn, door de verdachte én de raadsman kunnen worden uitgeoefend en niet door óf de raadsman óf de verdachte¹⁹⁶. Zo dienen bijvoorbeeld zowel de verdachte als de raadsman ter terechtzitting toe te stemmen in het afzien van het horen van een getuige¹⁹⁷ of het voortzetten van de behandeling na de wijziging van de tenlastelegging¹⁹⁸ en dient aan zowel de verdachte als de raadsman de gelegenheid te worden gegeven getuigen vragen te stellen en naar aanleiding van een getuigenverklaring in te brengen wat

194 Bijvoorbeeld als de verdachte zelf niet ter terechtzitting verschijnt en de raadsman tot de verdediging wordt toegelaten ex art. 279 Sv, of als de raadsman bij verstek de verdediging kan voeren (art. 509d lid 1 Sv; zie voor verdediging van de afwezige verdachte verder § 2.6 e.v.) of als de verdachte aanvankelijk wel verschijnt maar het na het begin van het onderzoek ter terechtzitting laat afweten of om andere redenen (tijdelijk) de rechtszaal heeft moeten verlaten (art. 273 lid 3; 297 lid 3, 300 lid 1; 497 lid 1 Sv).

195 Corstens 1999, p. 535.

196 Blok/Besier 1925/1926 II, p. 112.

197 Art. 287 lid 2 Sv; zie voor andere situaties waarbij uitdrukkelijk toestemming of instemming van de verdediging wordt gevraagd: art. 288 lid 3 Sv; art. 296 Sv; art. 322 lid 3 Sv. In § 1.10.3.3 is erop gewezen dat in de jurisprudentie aangaande het toestemmingsvereiste het initiatief is verschoven van de rechter naar de procespartijen, zie bijvoorbeeld HR 06-05-1986, NJ 1987, 60, waarin de Hoge Raad uit de omstandigheid, dat de verdediging niet uitdrukkelijk verzocht had de niet verschenen getuige alsnog te horen, afleidt dat is ingestemd met het afzien van het horen van de getuige. Zie ook HR 13-10-1959, NJ 1960, 206, als de raadsman toestemming heeft gegeven dat de getuige zich kan verwijderen en de verdachte hiertegen geen bezwaar heeft gemaakt, dan heeft dit geen nietigheid tot gevolg.

198 Art. 314 lid 2 Sv. Ook hier wordt, zie vorige noot, het initiatief bij de raadsman en de verdachte gelegd. Dit blijkt uit HR 12-10-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 201. In deze uitspraak overweegt de Hoge Raad dat art. 314 lid 2 Sv in verbinding met art. 331 lid 1 Sv inhoudt, dat voor de onmiddellijke voortzetting van het onderzoek na de wijziging van de tenlastelegging naast de toestemming van de verdachte ook die van de raadsman is vereist. Indien evenwel de verdachte toestemming heeft gegeven en uit het proces-verbaal van de terechtzitting niet blijkt dat de raadsman geen toestemming heeft gegeven, het ervoor moet worden gehouden dat ook de raadsman, aan wie het immers vrij stond zich hierover uit te laten, zijn toestemming heeft verleend. Zie in dit verband ook HR 14-10-1997, NJ 1998, 243, waarvan de korte inhoud is weergegeven in noot 200 hierna.

tot de verdediging kan dienen¹⁹⁹. Datzelfde geldt voor het pleidooi en het laatste woord²⁰⁰.

Wat moet er nu gebeuren als blijkt, dat de verdachte en zijn raadsman van mening verschillen over het gebruik van de aan hen beiden toekomende bevoegdheden? Het ligt voor de hand dat de verdachte en zijn raadsman het over de verdedigingsstrategie eens moeten zijn en daartoe overleg moeten plegen en afspraken moeten maken. Het blijft desalniettemin interessant om na te gaan wiens beslissing voor de rechter de doorslag moet geven, omdat hieruit kan worden afgeleid hoe in ons systeem van strafvordering wordt aangekeken tegen de verhouding tussen de raadsman en de verdachte. Bovendien kunnen niet alle kwesties door de raadsman en zijn cliënt worden voorbesproken. Op een zitting kunnen soms onvoorziene situaties ontstaan, waarop in de meeste gevallen meteen moet worden gereageerd, zonder dat er veel overleg mogelijk is tussen de raadsman en zijn cliënt. Stel een getuige verschijnt onverwacht niet ter terechtzitting en de raadsman stemt niet in met het afzien van het horen van deze getuige. Dit heeft tot gevolg, dat de zaak moet worden aangehouden en de verdachte langer in voorlopige hechtenis moet blijven. Dit is voor de verdachte een reden om af te zien van het horen van deze getuige. Aan wiens beslissing moet dan gevolg worden gegeven? Het Wetboek laat zich hierover niet uit. Indien zich een dergelijke situatie in de praktijk voordoet wordt aan de verdachte en zijn raadsman meestal de gelegenheid gegeven om te overleggen en tot overeenstemming te komen met betrekking tot de te voeren strategie. Maar als raadsman er met zijn cliënt niet uitkomt? Noyon is van mening dat het standpunt van de raadsman doorslaggevend zou moeten zijn omdat deze meer inzicht heeft in wat in het belang van de verdachte is en getuigt hiermee van een paternalistische opvatting over de verhouding tussen de raadsman en de verdachte²⁰¹. Hij merkt in zijn commentaar op artikel 331 Sv in 1926 op:

"Dit voorschrift (art. 331 Sv TS) heeft een ruime strekking. Immers vermits geene bevoegdheid is uitgezonderd is de raadsman altijd bevoegd te doen wat tot de bevoegdheid

199 Art. 292 lid 3 Sv.

200 Art. 311 leden 2 en 4 Sv. Als de raadsman het woord heeft gevoerd na het requisitoir en vervolgens de verdachte het laatste woord is gegeven dan is aan het vereiste voldaan dat aan zowel de raadsman als de verdachte gelegenheid is gegeven tot het voeren van het laatste woord, zie in dit verband Stolwijk, Melai, suppl. 85, aant. 9 bij art. 311 Sv; HR 17-11-1981, NJ 1982, 104 en HR 05-01-1993, NJ 1993, 494. Verder is van belang HR 14-10-1997, NJ 1998, 243 betreffende een situatie waarin de OvJ andermaal het woord had gevoerd en uit het proces-verbaal niet bleek, dat aan de raadsman daarop het laatste woord was gelaten. De Hoge Raad overweegt, dat anders dan de Hoge Raad tot dan toe heeft geoordeeld, de art. 331 lid 1 en 311 lid 4 Sv niet inhouden dat aan de raadsman, evenals aan de verdachte, het laatste woord moet worden gelaten. Uit die bepalingen vloeit volgens de Hoge Raad slechts voort dat aan de raadsman de bevoegdheid toekomt om het laatste te spreken. In het onderhavige geval houdt de Hoge Raad het ervoor dat de raadsman van die bevoegdheid geen gebruik heeft willen maken.

201 Dit was overigens in die tijd een gangbare opvatting, zie § 1.2.1.3 en ook Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 2 op de art. 37-51 Sv. Zie voor de vraag wie bepaalt hoe de verdediging wordt gevoerd ook de discussie naar aanleiding van het rapport Verdediging in de aanval, § 1.7.3-§ 1.7.5.

van den verdachte behoort ook al maakt deze van zijne bevoegdheid geen gebruik. Hij mag dus niet alleen verzoeken doen, die de verdachte ook mag doen maar niet doet, maar hij mag zich ook verzetten tegen zoodanige handelingen welke niet dan met toestemming van den verdachte verricht mogen worden, alzoo, ook al heeft de verdachte toegestemd, zijnde toestemming weigeren met het gevolg dat de handeling ongeoorloofd is. De bevoegdheid van den verdachte is ten deze toch die tot weigeren van zijne toestemming, die bevoegdheid komt ook aan den raadsman toe. De algemene taak van de raadsman is trouwens voor de belangen van den verdachte op te komen, ook die welke deze door gebrek aan inzicht zoude verzuimen²⁰².

Tegenwoordig wordt hier anders over gedacht. Het is met name de visie van Melai op de verhouding tussen de raadsman en de verdachte, die in de literatuur algemene navolging heeft gevonden. Uit zijn beschrijving van de verhouding tussen de raadsman en de verdachte wordt door alle auteurs, die aandacht besteden aan dit onderwerp, geput. Vandaar dat hiervan een uitgebreid citaat volgt. Hij beschrijft deze relatie als volgt:

"Het tegensprekelijke karakter van het onderzoek op de terechtzitting berust op de positie van de verdachte, die – door de uitoefening van de hem in het wetboek toegekende bevoegdheden – in dat onderzoek een kritische rol kan spelen met het oog op de verkrijging resp. de validiteit van de onderzoeksresultaten en de daaraan te verbinden of daaraan ten grondslag liggende (rechts)oordelen. Die rol is niet vrij van bijzondere bewijsrechtelijke implicaties, omdat de verrichtingen of uitlatingen van de verdachte – met inachtneming van zijn in art. 29 Sv. verankerde verklaringsvrijheid – door de rechter kunnen worden gebezigd tot het bewijs van het tenlastegelegde feit (art. 341 Sv.). Bovendien heeft de aanwezigheid van de verdachte ter terechtzitting nog een andere informatieve functie waarop hij niet meer dan beperkte controle kan uitoefenen, voorzover de rechter aan zijn indruk van de persoon van de verdachte betekenis kan toekennen in verband met de waardering van de andere onderzoeksresultaten en (als het zover komt) bij de overweging van straf of maatregel.

De bevoegdheden van de verdachte stellen hem in staat te reageren op wat hem wordt aangewreven of tegengeworpen resp. op wat in het geding hetzij door het OM of de rechter hetzij door getuigen of deskundigen naar voren wordt gebracht (zie o.a. de artt. 279, 280, 291, 296, 298 en 311 Sv.): in verband daarmee kan de verdachte zijn raadsman raadplegen of hem – afhankelijk van de rolverdeling – van instructies voorzien. Het is in het Nederlandse strafproces aan de kant van de verdediging de verdachte – en niet de raadsman – die als dominus litis optreedt.

De raadsman heeft immers niet tot taak – zoals de curator in het burgerlijke recht met het oog op de belangen van een handelingsonbekwame – plaatsvervullend een tekort in de conditie van de verdachte te compenseren, maar de raadsman draagt daarentegen een element van deskundigheid bij waarover de verdachte voor de weloverwogen bepaling van zijn proceshouding en de behandeling van zijn zaak moet kunnen beschikken. Voor zover art. 331 Sv. inhoudt dat elke bevoegdheid van de verdachte op de terechtzitting ook aan zijn raadsman toekomt, moet dat voorschrift dan ook worden gelezen onder het voorbehoud dat de raadsman op de terechtzitting geen andere macht heeft dan de verdachte (uitdrukkelijk of stilzwijgend) voor goed houdt. Het is waar dat hier sprake is van een stelsel, waarbinnen de meeste

202 Noyon 1926, p. 459-460. Ook R Emmelink is van mening dat de raadsman een ander standpunt kan innemen dan de cliënt, als hij dat in het belang van zijn cliënt acht, zie R Emmelink 1983, p. 225.

verdachten onder de invloed van uiteenlopende psychische, verstandelijke en/of situatieve factoren hun zaak – ook tegenover hun raadsman – in werkelijkheid maar zelden naar hun hand (kunnen) zetten. Maar dit niet te miskennen feit laat onverlet, dat het hierbedoelde stelsel voor de verhouding van de verdachte en zijn raadsman als normatief gezichtspunt heeft te gelden en dat de afhankelijke functie van de raadsman onder meer op juiste wijze wordt weergegeven in art. 28 Sv. op grond waarvan de verdachte bevoegd is zich 'door een of meer (...) raadslieden te toen bijstaan.' Deze slotsom wordt bevestigd door de bijzondere wettelijke voorzieningen die noodzakelijk waren om de raadsman in het strafgeding tegen minderjarigen (art. 504 Sv.) resp. tegen psychisch gestoorden (art. 509c Sv.) ten opzichte van de verdachte verder reikende bevoegdheden te geven²⁰³.

Naar aanleiding van de concrete vraag wat er moet gebeuren, als de raadsman en de verdachte van mening verschillen over het gebruik van de aan hen toegekende bevoegdheden is Corstens, in navolging van Melai, van mening dat de rechter het standpunt van de verdachte zal moeten laten prevaleren en dat uit de bewoordingen, dat de raadsman bijstand verleent aan de verdachte, moet worden afgeleid dat hij een ondersteunende rol vervult²⁰⁴. Stolwijk vindt in zijn bewerking van het commentaar op artikel 331 Sv in Melai ook, dat dit artikel moet worden gelezen onder het voorbehoud dat de raadsman op de terechtzitting geen andere macht heeft dan dat de verdachte uitdrukkelijke of stilzwijgend voor goed houdt. Als er toestemming van de verdachte vereist is en de verdachte geen toestemming geeft, maar de raadsman wel, dan is zijns inziens de opvatting van de verdachte doorslaggevend. Deze staat immers niet onder controle of curatele van zijn raadsman²⁰⁵. Ook 't Hart is van mening dat de raadsman in het kader van artikel 331 Sv een van de verdachte afhankelijke positie inneemt²⁰⁶. Zo ook De Roos, die stelt dat de vrijheid die de verdachte is gelaten om zijn proceshouding te bepalen door hemzelf zal moeten worden benut en dat zijn raadsman hem hierbij alleen maar kan adviseren²⁰⁷. Prakken, die ook uitgaat van het primaat van de verdachte bij de bepalingen van de verdedigingsstrategie, benadrukt vooral de functie die de deskundigheid van de raadsman volgens Melai heeft. Deze moet bijdragen tot een weloverwogen beslissing van de verdachte bij de bepaling van zijn proceshouding. Zij wijst erop dat de verantwoordelijkheid van de raadsman niet zozeer ligt op het vlak van het behartigen van de belangen van de cliënt zoals de raadsman deze ziet, maar op het vlak van een adequate informatie en voorlichting aan de verdachte, die vervolgens zelf moet beslissen wat er gaat gebeuren:

"Als algemene richtlijn voor het handelen van de advocaat bij de vorming van een processtrategie kan gelden dat hij de wil van zijn cliënt als belangrijkste richtsnoer hoort te accepteren, waarbij het zijn verantwoordelijkheid is dat die wil tot stand komt met kennisneming van

203 Melai, 1981, Inleiding p. 159-160.

204 Corstens 1999, p. 535.

205 Stolwijk, Melai, suppl. 52, aant. 16 bij de art. 268-331.

206 Zie de noot van 't Hart bij HR 01-09-1987, NJ 1988, 194, waarin de opvatting van Melai met instemming wordt aangehaald.

207 De Roos 1991, p. 23.

alle relevante informatie, zowel juridisch als feitelijk, die de raadsman zijn cliënt weet te verschaffen²⁰⁸.

Alleen in Minkenhof-Reijntjes wordt anno 1999 over de positie van de raadsman (nog steeds)²⁰⁹ gesteld dat in het algemeen de raadsman de verdediging op zelfstandige wijze moet voeren en dat hij aan de verlangens van de cliënt niet verder gebonden is dan hij zelf redelijk acht. Dit komt volgens Minkenhof-Reijntjes in het bijzonder uit, bij de bespreking van de toerekeningsvatbaarheid, waarbij de raadsman het zijn plicht kan achten rechtstreeks tegen de wens van zijn cliënt in te gaan²¹⁰. Het is echter de vraag of het standpunt in Minkenhof-Reijntjes steun vindt in het wettelijk systeem. Zelfs in de gevallen die Melai in het hiervoor weergegeven citaat als uitzonderingssituaties op de dominus litis positie van de verdachte beschouwt, namelijk de berechting van jeugdigen en psychisch gestoorde, komen de bevoegdheden van de verdachte mede toe aan de raadsman en gaan deze niet óver op de raadsman. Tegenwoordig zijn ook aan de beneden-zestienjarige verdachte zelfstandige bevoegdheden toegekend en kan deze tegen het ongewenst gebruik van rechtsmiddelen door zijn raadsman bezwaar aantekenen²¹¹. Ingevolge artikel 509d lid 4 Sv komen de bevoegdheden die aan de psychisch gestoorde verdachte zijn toegekend steeds mede toe aan zijn raadsman, hetgeen inhoudt dat ook de psychisch gestoorde verdachte tegen het beleid van zijn raadsman in zal kunnen handelen²¹². Ongetwijfeld is het bij verdachten, die moeilijk in staat zijn hun wil te bepalen of de situatie waarin zij zich bevinden te overzien, voor de raadsman een lastige taak te handelen overeenkomstig hun wil. Desalniettemin zal ook in deze situaties het normatieve uitgangspunt voor de raadsman moeten zijn, dat hij dient te handelen overeenkomstig de wil van zijn cliënt, voorzover deze in staat is deze kenbaar te maken. Dat betekent dat de raadsman niet mag handelen tegen de uitdrukkelijk wens van de cliënt in. Slechts als de cliënt niet in staat is hierover een beslissing te nemen kan de raadsman diens belangen behartigen zoals de raadsman dat voor goed houdt, waarbij hij zich zal moeten proberen te verplaatsen in de situatie van zijn cliënt.

2.4.7.4 *Vrijheid van pleidooi*

Tijdens zittingen zal de verdachte de verdediging vaak overlaten aan zijn raadsman. Alhoewel het Wetboek van Strafvordering geen expliciete normen bevat hoe de raadsman zich van zijn taak moet kwijten, valt uit de jurisprudentie wel af te leiden hoeveel vrijheid de raadsman moet worden gelaten, om ook alles naar voren te brengen wat hij in het kader van de verdediging noodzakelijk acht. In het vorige hoofdstuk zijn een paar voorbeelden genoemd van optredens die hetzij de rechter hetzij het OM in het verkeerde keelgat zijn geschoten²¹³. Een van de

208 Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 8 bij het algemeen inleidend commentaar bij de art. 37-51.

209 Dit stond al in de eerste druk Minkenhof 1936, p. 28.

210 Minkenhof/Reijntjes 1999, p. 78.

211 Art. 503 lid 2 Sv.

212 Zie hierover Kortenhorst, Melai, suppl. 33, aant. 4 en 6 bij art. 509d Sv.

213 § 1.8.6 en § 1.10.5.

voorbeelden betreft het optreden op de zitting van de advocaat J. Donk, die een dienstweigeraar bijstond voor het Hoog Militair Gerechtshof²¹⁴. Zijn onwil om zich bij zijn pleidooi te voegen naar de wensen van de president van het HMG was voor deze laatste aanleiding Donk te laten weten dat hij hem niet meer zou toevoegen aan verdachten die voor het HMG moesten terechtstaan. Tegen deze beslissing spande Donk een kort geding aan, waarin de president besliste dat er in ons rechtssysteem geen plaats is voor een bevoegdheid van de rechter om terzake van het optreden van een raadsman ter terechtzitting – hoe verwerpelijk zo'n optreden ook moge zijn geweest – het besluit te nemen om die raadsman gedurende een zekere periode in nog komende strafzaken aan verdachten niet, of slechts onder bepaalde voorwaarden, toe te voegen²¹⁵.

Voor wat het optreden ter terechtzitting betreft is artikel 272 Sv van belang, waarin is bepaald dat de voorzitter op de zitting de leiding van de zaak heeft en hiertoe de nodig bevelen kan geven²¹⁶ en dus ook kan ingrijpen in de wijze waarop de verdediging wordt gevoerd. In de literatuur wordt aangenomen dat aan de verdachte en zijn raadsman in beginsel geen beperkingen kunnen worden opgelegd bij het laatste woord c.q. pleidooi ex artikel 311 Sv²¹⁷, behoudens in het geval de verdachte of zijn raadsmanodeloos in herhalingen vallen of niet terzake doende kwesties willen bespreken²¹⁸. Met zoveel woorden heeft de Hoge Raad dit uitgemaakt in een zaak waarin de raadsvrouw na haar pleidooi nog de gelegenheid werd gegeven tapverslagen te beluisteren en de zaak hiervoor werd aangehouden. Na hervatting van de behandeling trad haar kantoorgenoot als raadsman op en wilde het Hof hem niet toestaan bij pleidooi op andere aspecten in te gaan dan de beluisterde tapverslagen, omdat de zaak volgens het Hof reeds in de daarvoorafgaande zitting door de raadsvrouw was bepleit. De Hoge Raad was van oordeel dat het Hof de raadsman deze beperking niet had mogen opleggen en overwoog dat de raadsman, die op grond van artikel 311 Sv het woord voert, in beginsel het recht heeft daarbij alles aan te voeren wat hem in het kader van de verdediging dienstig voorkomt en dat deze regel van zo grote betekenis is dat niet-nakoming daarvan in het algemeen leidt tot nietigheid van het onderzoek²¹⁹.

214 § 1.8.6.

215 President. RB Den Haag, 22-04-1983, Rechtshulp 1983, p. 49.

216 Vóór de herziening van het onderzoek ter terechtzitting bij Wet van 15 januari 1998, Stb. 33, was dit bepaald in artikel 274 Sv. Zie voor de mogelijke ordemaatregelen ook art. 124 Sv.

217 Stolwijk, Melai, suppl. 85, aant. 9 bij art. 311; Rammelink 1983 en zijn conclusie bij HR 23-03-1982, NJ 1982, 627; Mout 1987, m.n. p. 391.

218 Zie bijvoorbeeld HR 23-03-1982, NJ 1982, 627 en voor een enigszins dubieus geval HR 11-01-1926, NJ 1926, 147, waarin de Hoge Raad overweegt dat het beletten van het stellen van vragen omtrent een persoonlijk vete van de getuige met de verdachte en het verbod aan de raadsman hierover te pleiten het recht op het laatste woord niet aantast.

219 HR 23-03-1993, NJ 1993, 696. Zie in dit verband ook HR 12-12-1995, NJ 1996, 275, in welke zaak het hof het overleggen van een deskundigenrapport bij pleidooi in strijd acht met de beginselen van een goede procesorde omdat dit gelet op de datum van dit rapport eerder had kunnen worden ingebracht. De Hoge Raad achtte het onderzoek ter terechtzitting nietig omdat de raadsman in alle stadia van het geding, dus ook bij pleidooi, gebruik kan maken van het recht nieuwe stukken over te leggen en verder HR 30-11-1999, NJB 2000, nr. 10, p. 234 waarin de Hoge Raad het niet toelaatbaar acht dat het hof bij een ondervraging van getuigen

Corstens merkt op dat het de raadsman toegestaan is in scherpe bewoordingen het OM aan te vallen, getuigen op de korrel te nemen, met nieuwe feiten en omstandigheden mag komen en stukken naar voren mag brengen en met verrassingsaanvallen mag komen. Gaat de raadsman zich te buiten in die zin dat hij zich schuldig zou maken aan belediging of een ander strafbaar feit, dan kan het OM hem vervolgen of kan er een tuchtrechtelijke klacht tegen hem worden ingediend²²⁰. Maar volgens Corstens moeten dergelijke reacties op het optreden van de raadsman uiterst terughoudend worden toegepast om niet de indruk te wekken dat het OM misbruik maakt van zijn bevoegdheden²²¹.

Een belangrijke garantie voor de vrijheid van spreken van de raadsman is dat verklaringen van de raadsman ter zitting niet als bewijsmiddel tegen de verdachte kan worden gebruikt. De verklaring van de raadsman valt immers niet onder de limitatieve opsomming van de wettige bewijsmiddelen in artikel 339 lid 1 Sv²²².

2.4.7.5 Kennisneming en kennisgeving van processtukken

In artikel 51 Sv is geregeld dat aan de raadsman een gelijke informatiepositie toekomt als aan de verdachte. Deze bepaling valt uiteen in twee delen. In de eerste plaats worden de artikelen 30-34 Sv, met betrekking tot de kennisneming van processtukken door de verdachte, van overeenkomstige toepassing verklaard op de raadsman en in de tweede plaats dient de raadsman een afschrift van alle stukken te ontvangen die ingevolge het wetboek ter kennis van de verdachte worden gebracht.

Bij onderhavige analyse gaat het vooral om de vraag in hoeverre de bepalingen in het Wetboek van Strafvordering normen inhouden voor het optreden van de raadsman of in hoeverre deze bepalingen van invloed zijn op de verhouding tussen de raadsman en de verdachte. Daarom zal hier de strafprocessuele reikwijdte van de artikelen 30-34 Sv, zoals de vragen wie het procesdossier samenstelt, welke stukken hiertoe behoren, wanneer inzage kan worden geweigerd en welke rechtsmiddelen kunnen worden ingesteld, niet in extenso worden besproken²²³. Omdat aan de raadsman met betrekking tot de kennisneming van processtukken overeenkomstige bevoegdheden toekomen als aan de verdachte, is de strafprocessuele positie van de verdachte en zijn raadsman in beginsel gelijk.

alleen vragen toelaat over kwesties die nog niet bij de rechtbank aan de orde zijn geweest. De Hoge Raad overweegt dat die voorwaarde een niet toelaatbare beperking inhoudt van het recht van de verdediging om desbetreffende getuige te ondervragen omdat het hof de zaak in volle omvang dient te onderzoeken.

220 Zie voor tuchtrechtelijke jurisprudentie § 3.11 en § 3.12 e.v.

221 Corstens 1999, p. 579-580; zie over de onafhankelijkheid van de raadsman ten opzichte van de rechter ook Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 4 bij de art. 37-51.

222 Zie Nijboer 1997, p. 71. Dit is expliciet uitgemaakt in Hoge Raad 19-04-1983, NJ 1984, 8. Van Veen wijst in zijn noot bij dit arrest erop dat het terecht is dat de raadsman er zonder meer vanuit moet kunnen gaan dat datgene wat hij naar voren brengt nooit voor het bewijs mag worden gebruikt, omdat hierin een waarborg voor zijn vrijheid van spreken ligt.

223 Hiervoor wordt verwezen naar Baauw, Melai, suppl. 109, de aant. bij art. 30-34 Sv; Corstens 1999, p. 231-235; Spronken, T&C Sv 1999, aant. bij de art. 30-34 Sv; Doorenbos, *Vademecum Strafbzaken*, suppl. 94, 22.11.3; Myjer 1997 I, J. Willems 1997.

In het kader van dit onderzoek is het wel interessant om te bezien of er uitzonderingen op de regel zijn gemaakt dat de verdachte en zijn raadsman gelijke bevoegdheden toekomen en of de positie van de raadsman in dergelijke situaties nader is genormeerd. Zo kan het in het vooronderzoek voorkomen dat de raadsman over meer informatie beschikt dan de verdachte in het geval dat uitsluitend de raadsman bevoegd is geweest een getuigenverhoor bij te wonen en is in het kader van een aantal TBS-procedures een wettelijke uitzondering gemaakt op het recht op kennisneming van de TBS-gestelde van ten aanzien van hem uitgebrachte psychiatrische rapportage. De rechter kan beslissen deze alleen aan de raadsman ter inzage te geven. Een verschil in behandeling bestaat ook bij de praktische uitwerking van het recht op kennisneming van de processtukken en verder is in de jurisprudentie een mogelijkheid gecreëerd stukken wel aan de raadsman ter inzage te geven, maar niet aan de verdachte. Op deze situaties, die van de hoofdregel afwijken, zal hierna in § 2.4.7.7 en § 2.4.7.9 worden ingegaan.

Een ander punt dat samenhangt met de kennisneming van de processtukken is, of de raadsman bevoegd is deze stukken aan derden – de pers of medeverdachten – ter inzage te geven en/of hiervan kopieën mag verstrekken. Het Wetboek van Strafvordering en de hierop betrekking hebbende jurisprudentie bepalen hierover echter niets, zodat dit een puur gedragsrechtelijke aangelegenheid is, die in het volgende hoofdstuk aan de orde zal komen²²⁴.

2.4.7.6 *De praktische uitwerking van het recht op kennisneming*

De kennisneming is nader geregeld in de artikelen 51a-51d Reglement I van de Wet RO²²⁵. Inzage van de stukken is steeds mogelijk op de griffie van het gerecht waar de zaak dient of indien de verdachte van zijn vrijheid is beroofd op de plaats waar de verdachte zich bevindt. Bij de kennisneming kan toezicht worden uitgeoefend en aan de verdachte moet ook de gelegenheid worden gegeven tijdens de inzage aantekeningen te maken. In de praktijk komt het, bij mijn weten, nauwelijks voor dat de verdachte deze inzagemogelijkheid benut. In vrijwel alle gevallen wordt gebruik gemaakt van de mogelijkheid van artikel 51d Reglement I RO, waarin staat dat afschriften van processtukken waarvan de kennisneming geoorloofd is, op aanvraag van de verdachte of diens raadsman zo spoedig mogelijk worden verstrekt zonder dat het onderzoek daardoor mag worden opgehouden. Het kosteloze verstrekken van afschriften is geregeld in artikel 17 Wet tarieven in strafzaken²²⁶ en artikel 9 van het Besluit tarieven in strafzaken van 27 november 1963²²⁷. Deze regeling komt erop neer dat de onvermogenende verdachte in aanmerking komt voor een kosteloze verstrekking van afschriften en de advocaat of gemachtigde van de onvermogenende verdachte ook. In afwijking van deze rege-

224 § 3.9.4 e.v.

225 Ingevoerd bij KB van 4 december 1925, Stb. 462, opgenomen in Editie Creemers, Wetboek van Strafrecht en van Strafvordering, II, suppl. 107, Bijlagen, p. 19-20.

226 Wet van 28 maart 1963, Stb. 130 gewijzigd bij wet van 9 december 1993, Stb. 725.

227 Stb. 1993, 469.

ling is bij ministeriële circulaire van 22 februari 1971²²⁸ en 12 maart 1986²²⁹ vastgesteld, dat de raadslieden van verdachten automatisch, dus zonder dat zij hiertoe een verzoek hoeven te doen, kosteloos afschriften van processtukken ter inzage worden toegezonden. Deze regeling is van toepassing in alle gevallen, ook indien de verdachte niet onvermogen is. Het gaat hierbij om de navolgende stukken:

- de processen-verbaal van onderzoek en verhoren;
- de ten aanzien van de persoon van de verdachte uitgebrachte rapporten;
- de processen-verbaal van verhoor door de RC;
- en indien het een appelzaak van het kantongerecht betreft, de processen verbaal van de terechtzitting en de einduitspraak in eerste aanleg;
- uittreksels uit het algemeen documentatieregister.

Dit is een limitatieve opsomming, hetgeen betekent dat voor de afschriften van andere stukken de raadsman, net als de verdachte, een uitdrukkelijk verzoek moet doen. De regeling geldt bovendien uitsluitend voor raadslieden en niet voor verdachten en is alleen van toepassing in strafzaken tegen verdachten, dus niet in procedures waarbij tenuitvoerlegging van een voorwaardelijke straf wordt geëist of verlenging van TBS wordt gevorderd. De toezending is slechts bedoeld voor inzage; na de afwikkeling van de zaak moeten de stukken aan het gerecht worden geretourneerd. Als de raadsman de stukken wil behouden dan is artikel 9 van het Besluit tarieven in strafzaken van toepassing, hetgeen inhoudt dat voor de stukken betaald moet worden, indien de verdachte daar ook voor zou moeten betalen. Op de naleving van deze regeling wordt echter door de meeste griffies in de praktijk nauwelijks toegezien en het komt vrijwel niet voor dat de raadsman bedragen in rekening worden gebracht, indien hij de stukken niet retourneert en zijn cliënt ervoor zou hebben moeten betalen.

Uit de omstandigheid dat aan de raadsman ingevolge de circulaire van 22 februari 1971 en 12 maart 1986 de meest relevante stukken automatisch worden toegezonden, wordt wel eens afgeleid dat het recht op inzage van de stukken primair bij de raadsman ligt, op grond waarvan de raadsman de stukken niet zonder meer in kopie aan zijn cliënt zou mogen verstrekken. Op dezelfde grond zou de raadsman bepaalde informatie uit de processtukken aan zijn cliënt mogen onthouden. Als bijvoorbeeld een cliënt rancuneuze gevoelens koestert tegen het slachtoffer van het misdrijf dat aangifte heeft gedaan of tegen een getuige die belastende verklaringen tegen hem heeft afgelegd, achten sommige raadslieden zich bevoegd de personalia of adressen van slachtoffers c.q. getuigen uit het dossier

228 Circulaire van de minister van justitie van 22 februari 1971, H. adf. RO nr. 74/871, opgenomen in T&C Sv 1999, p. 1947-1951.

229 Circulaire van de minister van justitie van 12 maart 1986, nr. 427/886, zie Advocatenblad 1986, p. 161.

weg te lakken om represailles te voorkomen²³⁰. Tijdens de Werkconferentie 'Recht op stukken'²³¹ kwam men echter tot de algemene conclusie dat de raadsman geen (strafvorderlijke)²³² titel heeft om kennisneming van (onderdelen van) stukken aan zijn cliënt te onthouden, omdat het primair de verdachte is, die het recht op kennisneming van de stukken heeft en het recht van de raadsman daarvan is afgeleid²³³. Deze conclusie is terecht. Het is immers ook aan het OM of de rechter niet toegestaan, anders dan tijdelijk in het belang van het onderzoek, aan de verdachte de kennisneming van de processtukken te onthouden. De wet verleent evenmin enige bevoegdheid gegevens uit deze stukken, die wel bekend worden gemaakt aan de rechter ter terechtzitting, niet aan de verdachte te verstrekken²³⁴. Het zou dan ook vreemd zijn als aan de raadsman wel een dergelijke bevoegdheid zou toekomen²³⁵. Het uitgangspunt van de regeling met betrekking tot de kennisneming van processtukken is, dat zodra een stuk eenmaal is toegevoegd aan het procesdossier²³⁶, de verdachte in ieder geval na de sluiting van het GVO (of als er geen GVO is geweest, na de kennisgeving van verdere vervolging of de dagvaarding)²³⁷ een zelfstandig recht op volledige kennisneming heeft. Hij heeft zijn raadsman daar helemaal niet voor nodig²³⁸.

230 Een dergelijke situatie wordt genoemd in het advies van de Adviescommissie strafrecht van de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten inzake processtukken in strafzaken d.d. 2 december 1994, onder punt 5.11: "Zo is het onder omstandigheden denkbaar dat de advocaat bepaalde onderdelen van het dossier onleesbaar maakt, waarbij met name gedacht kan worden aan het adres of telefoonnummer van een getuige à charge. Er zouden dan wel bij de advocaat aanwijzingen moeten zijn dat er een groot risico is dat de cliënt 'verhaal' zou kunnen gaan halen bij deze getuige".

231 Nederlandse Orde van Advocaten en Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, "Recht op stukken", Verslag werkconferentie 29 november 1996, uitgegeven door de NOvA en de NVvR.

232 Voor de tuchtrechtelijke aspecten van het omgaan met het procesdossier wordt verwezen naar § 3.9.4 e.v.

233 Een van de stellingen waarover op deze conferentie is gediscussieerd luidt: "De raadsman mag zijn cliënt geen informatie uit de processtukken onthouden en is niet verantwoordelijk voor hetgeen zijn cliënt verder met afschriften van processtukken onderneemt".

234 Zie voor uitzonderingen die op dit uitgangspunt in de jurisprudentie zijn gemaakt § 2.4.7.9.

235 Overigens staat dit los van de omstandigheid dat de verdachte en zijn raadsman weliswaar op grond van art. 33 Sv recht hebben op kennisneming van alle processtukken, maar dat dit recht niet de garantie biedt dat de processtukken volledig zijn. Dit vormt voor de strafprocessuele positie van de verdediging vaak een groter probleem dan het recht op kennisneming van de stukken die aan het dossier zijn toegevoegd. Zie hierover Baauw, Melai, suppl. 109, aant. 9 bij art. 30 en Spronken, T&C Sv 1999, aant. 1d bij art. 30 Sv. Zie ook de regeling van art. 187d Sv, waarin de RC de bevoegdheid wordt gegeven te beletten dat het antwoord van een getuige op een vraag ter kennis komt van de OvJ en de verdachte, als de getuige ernstige overlast zal ondervinden of als een zwaarwegend opsporingsbelang wordt geschaad. In dat geval wordt deze informatie niet in het proces-verbaal vermeld en komt deze informatie ook niet ter kennis van de procespartijen en de rechter ter terechtzitting.

236 Zie in dit verband ook de regeling van art. 126aa Sv die als een specialis geldt ten opzichte van art. 30 Sv en Mevis, T&C Sv 1999, de aant. bij art. 126aa Sv.

237 Art. 33 Sv.

238 Interessant is de opvatting van de Nationale Ombudsman over de wijze waarop aan de verdachte stukken moeten worden verstrekt. Zie Rubriek Nationale Ombudsman DD 2000, p. 292-293. Daar wordt een uitspraak van de Nationale Ombudsman vermeld (no. 99/496)

Interessant is tot slot de uitspraak van de President van de Rechtbank Amsterdam in kort geding naar aanleiding van een beslissing van de rechter-commissaris dat de verdediging alleen stukken mocht inzien en daarvan geen afschriften kon krijgen, omdat processen-verbaal van het vooronderzoek veelvuldig in de pers waren verschenen. Volgens de president vormt een dergelijke beperking een oneigenlijk gebruik van de regeling vervat in artikel 34 Sv juncto de artikelen 51 a-d van Reglement I RO. De rechter-commissaris kan alleen op grond van artikel 30 Sv bepalen dat de verdachte geen kennis mag nemen van bepaalde processtukken als het onderzoeksbelang dit vordert. Verder kan de rechter-commissaris ook niet weigeren stukken te verstrekken waarvan de verdachte zonder meer op grond van artikel 34 lid 2 Sv kennis mag nemen. Nadere regels met betrekking tot de kennisneming van stukken en het verstrekken van afschriften hiervan kunnen slechts van administratieve aard zijn en niet van inhoudelijke²³⁹.

2.4.7.7 *Wettelijke uitzonderingen op de regel: kennisneming komt alleen aan de raadsman toe*

In een drietal situaties maakt de wet het mogelijk dat de raadsman (tijdelijk) over meer informatie beschikt, dan de verdachte. In de eerste plaats kan zich dit gedurende het vooronderzoek voordoen in een situatie waarin uitsluitend de raadsman wordt toegelaten tot een getuigenverhoor op grond van artikel 186a Sv en vervolgens het vrij verkeer op grond van artikel 50 lid 2 Sv wordt beperkt omdat de RC het in het belang van het onderzoek acht dat de verdachte tijdelijk onkundig blijft van hetgeen zich tijdens dat getuigenverhoor heeft afgespeeld. Ook is het in theorie mogelijk dat de kennisneming van de stukken in het belang van het onderzoek tijdelijk alleen aan de raadsman of alleen aan de verdachte wordt toegestaan²⁴⁰. Aangezien de inhoud van deze stukken tijdens de contacten tussen de raadsman en zijn cliënt in het kader van het vrij verkeer kunnen worden besproken, valt niet goed in te zien wat het nut van een dergelijke gesplitste kennisneming is. Alleen als het vrij verkeer op grond van artikel 50 lid 2 Sv wordt beperkt, kan worden voorkomen dat de raadsman en verdachte informatie uitwisselen, waarvan hetzij de raadsman hetzij de verdachte tijdelijk onkundig zouden moeten blijven. Deze ongelijke behandeling van de raadsman en de verdachte kan in het systeem van de wet slechts tijdelijk van aard zijn en eindigt in ieder

waarin deze concludeert dat de regelgeving met betrekking tot het verstrekken van stukken volstrekt verouderd is en dat de aanwezigheid van voldoende kopieermachines en printers op politiebureaus de feitelijke vervaardiging en verstrekking van de verklaringen van de verdachte niet aan onnodige formaliteiten, zoals instemming van de officier van justitie, zou moeten worden verbonden, omdat de eigen verklaring in ieder geval aan de verdachte moet worden verstrekt, tenzij er kennelijk dringende redenen zijn om dit niet te doen.

239 President Rb Amsterdam, 24 februari 2000, Opportuun mei 2000, p. 19.

240 Op deze mogelijkheid wordt gewezen door Mevis 1991 en Baauw, Melai, suppl. 109, aant. 12 bij art. 30 Sv. Mevis noemt als aanleiding dit te doen, als de raadsman in één zaak twee verdachten bijstaat en moet worden voorkomen dat via de raadsman tussen de verdachten gegevens worden uitgewisseld.

geval na de sluiting van het GVO of bij de kennisgeving van verdere vervolging of dagvaarding van de verdachte.

De tweede wettelijke uitzondering op het beginsel van interne openbaarheid dat aan de artikelen 30 e.v. Sv en het onderzoek ter terechtzitting ten grondslag ligt, is te vinden in de regeling met betrekking tot het horen van anonieme getuigen (art. 226a-226f Sv). In deze regeling kunnen de raadsman en de verdachte blijvend ongelijk worden behandeld. Op grond van artikel 226d Sv kan de RC bepalen, dat uitsluitend de raadsman bevoegd is het verhoor van de anonieme getuige bij te wonen. Inherent aan deze regeling is echter, dat tijdens het onderzoek ter terechtzitting het uitgangspunt van interne openbaarheid in die zin wordt gehandhaafd, dat de rechter over dezelfde informatie beschikt als de verdachte, namelijk het proces-verbaal van verhoor van de anonieme getuige. Hoezeer aan dit uitgangspunt wordt gehecht, blijkt uit een zaak waarin de RC geen gevolg wilde geven aan opdrachten van de rechtbank en het hof om de raadsman van de verdachte in de gelegenheid te stellen aan de anonieme getuige vragen te stellen. Het hof had vervolgens, met instemming van de verdediging en het OM, besloten de anonieme getuige zelf ter zitting te horen buiten de aanwezigheid van de procureur-generaal, de verdachte en de raadsman. Daarbij had het hof de Wet bedreigde getuigen als zijnde in strijd met artikel 6 EVRM buiten toepassing gelaten. De Hoge Raad straft deze 'rechterlijke ongehoorzaamheid' af, onder andere omdat de Hoge Raad het onverenigbaar acht met het voor het onderzoek ter terechtzitting geldende beginsel van interne openbaarheid, dat de zittingsrechter een als bedreigde getuige aangemerkte getuige ter terechtzitting met gesloten deuren hoort, buiten de tegenwoordigheid van de procureur-generaal, de verdachte en zijn raadsman²⁴¹. In gelijke zin heeft het Amsterdamse hof zich uitgelaten in een zaak waarin de verdediging had verzocht om aan het hof CID-informatie te overleggen, waaruit zou kunnen blijken dat een getuige in de strafzaak tevens als politie-informant was opgetreden. De verdediging had toegezegd bij voorbaat af te zien van kennisneming van deze informatie en slechts belang te hechten aan de beantwoording van de vraag door het hof, of desbetreffende getuige inderdaad ook de informant was geweest. Het hof wijst het verzoek van de verdediging af, met de overweging dat het niet bereid is kennis te nemen van informatie die misschien niet aan de verdediging ter beschikking gesteld zou kunnen worden. Dat geldt volgens het hof ook wanneer de verdediging al bij voorbaat te kennen geeft die informatie niet te willen hebben, omdat de verdediging aan die toezegging

241 HR 20-04-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 111. Zie ook: HR 30-06-1998, NJ 1999, 88. Aan de Wet bedreigde getuigen ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de zittingsrechter niet over méér informatie beschikt dan de verdachte. Zo is de beantwoording van de vraag, of een getuige als bedreigde getuige wordt aangemerkt en diens verhoor, voorbehouden aan de RC. Ook is erin voorzien dat indien in hoger beroep door de raadkamer is beslist dat een getuige een bedreigde getuige is, de leden van de raadkamer op straffe van nietigheid niet mogen deelnemen aan het onderzoek ter terechtzitting (art. 226b lid 5 Sv).

nooit echt gehouden zou kunnen worden en omdat het hof er zelf bezwaar tegen heeft kennis te dragen van gegevens waarover niet gedebatteerd kan worden²⁴². De derde uitzondering die in de wet wordt gemaakt op het uitgangspunt dat aan de raadsman en zijn cliënt een gelijke informatiepositie toekomt, heeft betrekking op de psychiatrische rapportage in een aantal procedures in het kader van de wijziging en verlenging van de TBS²⁴³. In deze procedures bestaat op grond van artikel 509l lid 3 Sv juncto 509s Sv de mogelijkheid inzage in geneeskundige of psychologische rapporten aan de terbeschikkinggestelde te weigeren wegens gevaar voor zijn geestelijke gezondheid. Raadsliden krijgen van deze rapporten wel inzage. De kritiek op deze regeling is dat de TBS-gestelde hierdoor in feite als procespartij wordt uitgeschakeld en dat dit de vertrouwensrelatie tussen de TBS-gestelde en zijn raadsman niet ten goede komt²⁴⁴. Opmerkelijk is overigens dat deze uitzondering op de regel niet van toepassing is ten aanzien van psychiatrische rapportage bij het opleggen van TBS (dus ten aanzien van verdachten) en ook niet in een aantal andere procedures waarin psychiatrische rapportage eveneens een rol kan spelen²⁴⁵. In die situaties heeft de verdachte c.q. veroordeelde dus gewoon recht op kennisneming van de psychiatrische rapportage.

2.4.7.8 *'Interne openbaarheid' in de relatie tussen raadsman en verdachte*

Bij de hiervoor beschreven uitzonderingsmogelijkheden op het uitgangspunt, dat aan de verdachte en zijn raadsman een gelijke informatiepositie toekomt, moet een onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat alleen de raadsman kennis krijgt van bepaalde informatie en de situatie dat de raadsman vervolgens de door hem verkregen kennis niet met zijn cliënt kan delen. Artikel 31 Sv onder b gaat in beginsel uit van een volledige 'interne openbaarheid' in de relatie tussen de raadsman en de verdachte met betrekking tot de kennisneming van stukken door te bepalen dat de processen-verbaal betreffende verhoren of handelingen van onderzoek waarbij de verdachte of zijn raadsman de bevoegdheid hebben gehad

242 HR 18-05-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 123. De hier gemelde overwegingen van het hof zijn niet opgenomen in de samenvatting van de uitspraak en zijn ontleend aan de tekst van de volledige uitspraak van de Hoge Raad.

243 Het betreft met name de procedure tot het wijzigen van de voorwaarden van TBS (art. 38b Sr), tot het bevelen dat de terbeschikkinggestelde alsnog van overheidswege wordt verpleegd (art. 38c Sr) en tot verlenging van de TBS (art. 38d Sr).

244 Zie TK 1917-1918, 77, nr. 1, p. 26; Baauw, Melai, suppl. 109, aant. 7 en 7a bij art. 30 Sv en Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 7 bij de art. 37-51. Overigens merkt Baauw in Melai, suppl. 109, aant. 7 bij art. 30 Sv op, dat in de praktijk ook in de 'gewone' strafprocedure psychiatrische rapportage alleen aan de raadsman ter inzage wordt gegeven en dat de rechter van deze stukken in het kader van art. 30l Sv alleen de conclusies voorleest. Deze praktijk berust echter niet op de wet. Zie in dit verband ook Corstens 1999, p. 85. Boksem stelt in Vademecum Strafzaken, suppl. 118, 25.5.10a, dat het langzamerhand gemeengoed is, dat aan de verdachte gegevens uit psychiatrische rapporten niet wordt onthouden.

245 Art. 13b lid 4 Sr (beroepsprocedure tegen plaatsing in een TBS-inrichting; art. 14h lid 5 Sr (procedure na voorwaardelijke veroordeling); en art. 15b lid 3 Sr (procedure tot uitstel of afstel van de vervroegde invrijheidsstelling).

aanwezig te zijn in beginsel niet aan de verdachte kunnen worden onthouden. Alleen door ontzegging van het vrij verkeer op grond van artikel 50 lid 2 Sv kan bereikt worden dat de raadsman zijn kennis niet uitwisselt met zijn cliënt. Zoals hiervoor reeds vermeld kan deze maatregel uitsluitend in het vooronderzoek worden opgelegd en heeft deze een tijdelijk karakter. De ontzegging van het vrij verkeer kan niet voortduren na de sluiting van het GVO of de kennisgeving van verdere vervolging of dagvaarding. Het Wetboek van Strafvordering bevat verder nergens een regeling die het mogelijk maakt de raadsman in kennis te stellen van bepaalde informatie, onder de voorwaarde dat hij die informatie niet met zijn cliënt deelt. Zelfs in de regeling met betrekking tot het horen van anonieme getuigen wordt niet van de raadsman geëist, indien uitsluitend de raadsman wordt toegestaan het verhoor van de anonieme getuige bij te wonen²⁴⁶, dat deze aan zijn cliënt informatie met betrekking tot het verhoor waar hij bij aanwezig is geweest onthoudt²⁴⁷. Alleen als de raadsman per toeval achter de identiteit van de bedreigde getuige komt, pleegt hij het strafbare feit van artikel 272 lid 1 Sr²⁴⁸, als hij de identiteit van de getuige aan zijn cliënt of iemand anders bekend maakt²⁴⁹. Bij het horen van anonieme getuigen moet de RC onderzoeken of de verdediging tot het verhoor kan worden toegelaten zonder de getuige in gevaar te brengen. Als de aanwezigheid van de raadsman de getuige in gevaar kan brengen – met andere woorden: als de raadsman zijn cliënt kan voorzien van informatie, waaruit deze kan opmaken wie de anonieme getuige is –, dan moet de RC de verdediging

246 Art. 226d Sv.

247 Deze optie werd ook door de Commissie Rummelink in haar rapport *Bedreigde getuigen* van 11 juni 1986 op p. 6 als mogelijke tegemoetkoming aan de verdediging verworpen. De commissie acht zo'n scheiding tussen raadsman en verdachte niet aanvaardbaar omdat een dergelijke scheiding de vertrouwensrelatie tussen raadsman en verdachte danig zou kunnen verstoren. Bovendien meende de commissie dat hiermee ook niet altijd een garantie kon worden verkregen dat de kennis van de raadsman, zij het te goeder trouw – bijvoorbeeld bij vergissing – niet toch door de raadsman aan de verdachte zou worden doorgegeven. Dezelfde mening is de werkgroep 'de bedreigde getuige' van de afdeling strafrechtspraak van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak toegegaan in haar rapport *De bedreigde getuige*, Trema exclusief 7, mei 1983, p. 14 onder j: "Indien ertoe wordt besloten de identiteit van een getuige voor de verdachte te verbergen, dan dient in het belang van de vertrouwensrelatie tussen raadsliden en verdachten, die geheimhouding ook te gelden tegenover diens raadsman, omdat van hem niet mag worden verlangd dat hij de hem ter beschikking gestelde informatie tegenover zijn cliënt verborgen houdt".

248 Schending van een wettelijke geheimhoudingsplicht.

249 Een interessante vraag, die zich in de jurisprudentie echter nog niet heeft voorgedaan omdat raadsliden zelden tot het verhoor van anonieme getuigen worden toegelaten, is, of een raadsman die de identiteit van de bedreigde getuige bekend maakt aan de verdachte zich bij een vervolging op grond van art. 272 Sr kan beroepen op een rechtvaardigingsgrond wegens een conflict van plichten. Het is immers mogelijk dat het van eminent belang is voor de beoordeling van de betrouwbaarheid van de verklaring van de bedreigde getuige dat de raadsman diens identiteit aan de verdachte prijs geeft, als alleen de verdachte de raadsman informatie kan verschaffen over de juistheid van diens verklaring. Hoe moet de raadsman handelen als de bedreigde getuige een onjuiste verklaring aflegt, op grond waarvan zijn cliënt kan worden veroordeeld, terwijl alleen zijn cliënt de kennis heeft de onjuistheid van de verklaring aan te tonen?

op een andere wijze in de gelegenheid stellen de getuige te ondervragen. In de MvT wordt hierover het volgende vermeld:

"De beslissing van de rechter-commissaris, of in hoger beroep van het gerecht in feitelijke aanleg waarvoor de zaak wordt vervolgd, om ter gelegenheid van het verhoor van een getuige diens identiteit verborgen te houden, heeft ook betrekking op de raadsman. Het is de rechter-commissaris dus niet toegestaan de identiteit van de getuige aan de raadsman bekend te maken (...). De identiteit van de bedreigde getuige is een geheim als bedoeld in art. 272 eerste lid Sr. Alle bij het verhoor aanwezige personen zijn dus verplicht tot geheimhouding van die gegevens die de identiteit van de bedreigde getuige zouden kunnen openbaren. De rechter-commissaris kan, indien nodig, maatregelen treffen om de getuige onherkenbaar te maken (...). Het belang van het verborgen blijven van de identiteit van de bedreigde getuige vordert altijd dat de raadsman afwezig is op het moment dat de rechter-commissaris zich op de voet van het bepaalde in artikel 226c eerste lid, op de hoogte stelt van de identiteit van de bedreigde getuige. Indien de raadsman voorziet dat de relatie met zijn cliënt door de bijwoning van het verhoor onder druk komt te staan, omdat deze verwacht dat hij tijdens het verhoor zal trachten achter de identiteit van de bedreigde getuige te komen, dan zal de raadsman moeten besluiten ervan af te zien om het verhoor bij te wonen. Indien de rechter-commissaris van oordeel is, dat niettegenstaande de geheimhoudingsplicht van de raadsman de anonimiteit van de bedreigde getuige, indien de raadsman het verhoor zou bijwonen, onvoldoende gewaarborgd is, dan zal hij de raadsman de toegang tot het verhoor van de bedreigde getuige moeten ontzeggen"²⁵⁰.

Het voorgaande betekent dat de 'interne openbaarheid' in de relatie tussen de raadsman en de verdachte niet kan worden beperkt, behoudens in de gevallen dat het contact tussen de raadsman en de verdachte in het kader van het vrij verkeer op grond van artikel 50 lid 2 Sv (tijdelijk) wordt verbroken.

Hoewel de raadsman niet verplicht kan worden gegevens voor zijn cliënt geheim te houden²⁵¹, kan het voor de verdediging van belang zijn informatie te krijgen, ook als daarbij als enige alternatief de mogelijkheid geboden wordt, dat kennisneming alleen aan de raadsman wordt toegestaan, in ruil voor diens toezegging dat hij de informatie geheim zal houden voor zijn cliënt. Als de cliënt hiermee instemt, is het voor de verdediging verleidelijk om aan een dergelijke constructie mee te werken. Met name Mevis heeft deze mogelijkheid geopperd voor het geval dat in het vooronderzoek informatie in het belang van het onderzoek tijdelijk aan de verdachte en diens raadsman kan worden onthouden. In die fase zou het gebrek aan equality of arms kunnen worden gecompenseerd, als de mogelijkheid zou bestaan dat aan de raadsman inzage in de stukken wordt gegeven onder de

250 TK 1991-1992, 22 483, nr. 3, p. 23. Zie ook Beijer 1997, p. 151-152. In het rapport van de Commissie Bedreigde Getuigen onder voorzitterschap van J. Rummelink, Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage, 1986, is de optie besproken om de raadsman wel en de verdachte niet bij het verhoor van de bedreigde getuige aanwezig te laten zijn, waarbij de raadsman geheimhouding verschuldigd zou zijn ten opzichte van zijn cliënt. Deze optie is door de commissie verworpen omdat een dergelijke constructie de vertrouwensrelatie onder druk zet. Bovendien zou de raadsman zich tegenover zijn cliënt te goeder trouw kunnen 'verspreken' waardoor de identiteit van de getuige aan zijn cliënt bekend zou kunnen worden.

251 Behalve indien de raadsman bij toeval op de hoogte komt van de identiteit van een bedreigde getuige, zie hiervoor. Dan overtreedt de raadsman art. 272 lid 1 Sr.

voorwaarde dat hij deze informatie (tijdelijk) geheim houdt voor zijn cliënt. Als de cliënt met een dergelijke gang van zaken instemt dan acht Mevis deze wijze van kennisneming "juridisch acceptabel"²⁵².

Het is echter de vraag of Mevis de gevolgen van zijn voorstel, gezien vanuit de positie van de verdediging, wel goed heeft doordacht en of door een dergelijke regeling wel effectief wordt bijgedragen aan de equality of arms. Het voorstel van Mevis heeft betrekking op het vooronderzoek in de situatie dat aan de verdachte in het belang van het onderzoek stukken tijdelijk kunnen worden onthouden. Op een gegeven moment heeft de verdachte op grond van artikel 33 Sv echter recht op kennisneming van alle processtukken. De verplichting van de raadsman gegevens tegenover zijn cliënt geheim te houden geldt dus ook slecht tijdelijk. Ook als de verdachte daarmee instemt, kan dit leiden tot problematische situaties. Het is immers voor de raadsman voorafgaande aan de kennisneming moeilijk te beoordelen wat het effect van deze kennisneming op de te voeren verdediging kan zijn en wat de door hem toegezegde geheimhouding voor gevolgen kan hebben voor de verdedigingsstrategie²⁵³. De raadsman weet immers van te voren niet om welke informatie het gaat en het zal toch de bedoeling zijn, de raadsman inzage te geven in informatie, opdat de raadsman deze in het kader van de verdediging kan benutten. In de voorgesteld constructie is het niet duidelijk, of de toegezegde geheimhouding ook betekent, dat van de raadsman geëist wordt dat hij de informatie slechts op een zodanige wijze voor de verdediging gebruikt en in een eventueel debat op enige zitting in het vooronderzoek (bijvoorbeeld in de raadkamer gevangenhouding, of naar aanleiding van een bezwaarschrift tegen het onthouden van stukken) aan de orde stelt, dat de verdachte niet alsnog op de hoogte komt van gegevens, die men hem beoogt te onthouden. Evenmin is het duidelijk of de raadsman alleen geheimhouding ten opzichte van zijn cliënt verschuldigd is of ook jegens derden. Het is immers niet ondenkbaar dat de raadsman met de verkregen informatie getuigen à décharge zou kunnen benaderen om ontlastende informatie te verzamelen. In het vooronderzoek kan zich hetzelfde probleem voordoen, als waarmee het Amsterdamse hof zich ter terechtzitting zag geconfronteerd in de hiervoor genoemde zaak (§ 2.4.7.7), waarin de verdediging het hof had verzocht buiten de verdediging om kennis te nemen van CID informatie²⁵⁴. Het hof had bezwaren tegen kennisneming van informatie waarover op de zitting niet gedebatteerd kan worden en dit bezwaar geldt even zo goed voor de verdediging. Nog afgezien van dit bezwaar is het ook goed denkbaar, dat de verdachte over kennis beschikt, die nodig is om kritiek uit te kunnen oefenen op het bewijs en de vergaring daarvan, die de raadsman mist. Ook in dat geval is een exclusieve kennisneming door de raadsman voor de verdediging nutteloos, als de raadsman de door hem verkregen informatie niet met zijn cliënt kan bespreken. De verdediging loopt dus een aanmerkelijk risico zich in een onmogelijke positie te manoeuvreren, als de raadsman – met instemming van zijn cliënt – informatie

252 Mevis 1991, p. 30 en 38. In zijn aant. 1c op art. 126aa Sv, T&C Sv 1999, lijkt Mevis ervan uit te gaan dat een dergelijke constructie niet mogelijk is zonder een wettelijke grondslag.

253 Voor wat dit betekent voor de vertrouwensrelatie wordt verwezen naar § 2.4.7.10.

254 HR 18-05-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 123.

geheim moet houden voor zijn cliënt. Desalniettemin zou men kunnen redeneren dat het de verdediging vrijstaat af te zien van kennisneming door de verdachte, als daarmee een verdedigingsdoel bereikt kan worden, zoals bijvoorbeeld de controle van de rechtmatigheid van de verkrijging van een bewijsmiddel. Het kan zijn, dat een exclusieve kennisneming door de raadsman, door de verdachte geprefereerd wordt boven helemaal geen kennisneming. Voor een dergelijke constructie is binnen het wettelijk systeem echter slechts ruimte, als het recht op kennisneming door de verdachte en zijn raadsman op grond van de wet kan worden beperkt, zoals bijvoorbeeld in het vooronderzoek²⁵⁵. Het lijkt immers logisch dat alleen bij het ontbreken van een recht op kennisneming het meerdere (kennisneming uitsluitend door de raadsman) door de rechter onder voorwaarden kan worden toegestaan. Als er eenmaal een recht op kennisneming voor de verdachte bestaat, kan het mindere (kennisneming door de raadsman) door de rechter niet onder voorwaarden worden opgelegd. Maar ook in de jurisprudentie kruipt het bloed waar het niet gaan kan, zo blijkt uit het Dev Sol-arrest dat hierna wordt besproken.

2.4.7.9 De jurisprudentiële uitzondering op de regel: het Dev Sol-arrest

In het Dev Sol-arrest²⁵⁶ heeft de Hoge Raad een buitenwettelijke *modus* gecreëerd, waarbij stukken wel aan de raadsman en niet aan de verdachte ter inzage kunnen worden gegeven. Hierbij maakt de Hoge Raad gebruik van de omstandigheid dat het begrip 'processtuk' in de wet niet is gedefinieerd en dat de wet ook niet regelt welke functionaris beslist omtrent de samenstelling van het dossier. In casu had de verdediging verzocht fotoboeken, aan de hand waarvan de verdachte was geïdentificeerd, aan de processtukken toe te voegen en hierin inzage te krijgen om te kunnen controleren of deze fotoboeken inderdaad, zoals de politie stelde, waren samengesteld uit foto's van personen die betrokken waren bij activiteiten van Dev Sol, een Turkse politieke organisatie die zich schuldig zou maken aan afpersing. De rechtbank en het hof hadden uitgemaakt dat deze fotoboeken, gelet op hun functie in het opsporingsonderzoek, als opsporingsmiddel en niet als processtukken moesten worden beschouwd (en er dus ook geen recht op kennisneming ex art. 30 e.v. Sv ten aanzien van deze stukken bestond TS). Bij de beslissing op het verzoek van de verdediging tot inzage hadden de rechtbank en het hof vervolgens een belangenafweging gemaakt tussen de belangen van de opsporingsautoriteiten en de privacy van de personen waarvan foto's in het fotoboek waren opgenomen enerzijds en het belang van de verdediging van deze boeken kennis te nemen anderzijds. Op grond van deze belangenafweging werd alleen de raadvrouw in de gelegenheid gesteld de fotoboeken in te zien, van welke mogelijkheid de raadvrouw echter weigerde gebruik te maken, primair uit principiële overwegingen, maar ook omdat alleen de verdachte kon beoordelen of de fotoboeken inderdaad een verzameling foto's bevatten van betrokkenen bij Dev Sol. Inzage door de raadvrouw was dus in feite nutteloos.

255 Mevis, T&C Sv 1999, aant. 1c bij art. 126aa Sv.

256 HR 07-05-1996, NJ 1996, 687.

In het Dev Sol-arrest neemt de Hoge Raad als uitgangspunt, dat voorzover het gaat om stukken die van invloed kunnen zijn op het bewijs, de officier van justitie de stukken aan het dossier toevoegt en dat de RC dit tijdens het GVO doet²⁵⁷. Als criterium moet daarbij volgens de Hoge Raad worden gehanteerd, dat in het dossier die stukken dienen te worden gevoegd, die redelijkerwijze van belang kunnen zijn, hetzij voor de verdachte in belastende zin, hetzij voor hem in ontlastende zin. Daarnaast is de rechter ter terechtzitting ambtshalve of op verzoek van de verdediging of op vordering van het OM bevoegd te gelasten dat stukken aan het dossier worden toegevoegd. De Hoge Raad bevestigt dat kennisneming van de processtukken, behoudens uitzonderingen van beperkte duur in het vooronderzoek, niet aan de verdachte en zijn raadsman mag worden onthouden en dat hen hiervan ook afschriften moeten worden verstrekt. Ten aanzien van de fotoboeken, die volgens het hof niet tot de processtukken behoren, overweegt de Hoge Raad dat in het kader van een verweer van de verdediging dat betrekking heeft op de rechtmatigheid of betrouwbaarheid van de verkrijging van enig bewijsmiddel, de beginselen van behoorlijke procesorde met zich meebrengen, dat de verdediging in beginsel de kennisneming van niet tot de processtukken behorende documenten niet mag worden onthouden, maar dat dit niet betekent dat zowel de verdachte als de raadsman zonder meer aanspraak hebben op kennisneming van een hulpmiddel dat door de politie is gebruikt of van andere documentatie. Hiermee heeft de Hoge Raad een nieuw criterium gecreëerd voor de kennisneming van stukken. Door te bepalen dat deze formeel niet tot de processtukken behoren, kan kennisneming uitsluitend aan de raadsman worden toegestaan.

De lijn in het Dev Sol arrest wordt door de Hoge Raad voortgezet in een beschikking betreffende – onder andere – de vraag of van inbeslaggenomen voorwerpen op dezelfde wijze kan worden kennisgenomen als van processtukken²⁵⁸. Naar aanleiding hiervan overweegt de Hoge Raad dat vooropgesteld moet worden dat de verdediging bevoegd is tot kennisneming van de processtukken ingevolge artikel 30 Sv en dat, hoewel zulks niet uitdrukkelijk in de wet is bepaald, moet worden aangenomen, dat de verdediging tijdens het voorbereidend onderzoek in beginsel op gelijke voet inbeslaggenomen voorwerpen in ogenschouw moet kunnen nemen en van de inhoud van inbeslaggenomen voorwerpen moet kunnen kennisnemen. Dan volgt de navolgende zinsnede:

“In uitzonderlijke gevallen geldt die bevoegdheid echter slechts voorzover kennisneming van het inbeslaggenomen bescheid redelijkerwijs mogelijk is zonder dat daardoor ernstig – en ten

257 Overigens is op deze hoofdregel een uitzondering gemaakt in art. 126aa Sv (ingevoerd bij de Wet van 22 juni 1999 (Bijzondere opsporingsbevoegdheden), Stb. 118). Op grond van deze regeling is tijdens het vooronderzoek uitsluitend de OvJ bevoegd de stukken die zijn verkregen door uitoefening van bijzondere opsporingsbevoegdheden in de Titels IVa tot en met Va bij de processtukken te voegen en kunnen de verdachte of diens raadsman de OvJ schriftelijk verzoeken bepaalde stukken aan het dossier toe te voegen. De zittingsrechter kan naderhand ambtshalve of op verzoek van de verdediging bepalen dat stukken alsnog aan de processtukken worden toegevoegd.

258 HR 20-01-1998, DD 1998, 151. Zie voor een bespreking van deze beschikking: Inbeslagneming op een advocatenkantoor II, Rubriek Advocatuur DD 1998, p. 290-292.

opzichte van het belang van de verdediging onevenredig – nadeel voor derden of voor gewichtige opsporingsbelangen teweeg worden gebracht of dreigt te worden teweeggebracht, waarbij onder omstandigheden die kennisneming alleen aan de raadsman kan worden toegestaan of bepaalde maatregelen zoals anonimisering kunnen worden getroffen. De positie van de verdediging in deze fase van het strafproces verschilt niet van die in het kader van het onderzoek ter terechtzitting, alwaar een verzoek als bedoeld in art. 328 in verbinding met art. 309 tweede lid, Sv kan worden gedaan, waarop door de rechter moet worden beslist. Bij een zodanige beslissing behoren in een geval als het onderhavige eveneens de hiervoor genoemde belangen te worden afgewogen”.

Uit deze beschikking blijkt dat de Hoge Raad enerzijds de kennisneming van de inhoud van inbeslaggenomen voorwerpen op één lijn stelt met de kennisneming van processtukken ingevolge artikel 30 Sv, maar anderzijds voor de wijze waarop van deze inhoud kan worden kennisgenomen een belangenafweging toestaat, die de regeling van artikel 30 e.v. Sv volgens de Hoge Raad in het Dev Sol-arrest ten aanzien van stukken die tot de processtukken behoren, na de sluiting van het GVO of betekening van de kennisgeving van verdere vervolging c.q. dagvaarding, niet biedt. In het Dev Sol-arrest heeft de Hoge Raad immers bepaald dat ingevolge artikel 30 Sv processtukken niet anders dan tijdelijk²⁵⁹ aan de verdachte kunnen worden onthouden. Om aan de consequenties van dit uitgangspunt te ontkomen, maakt de Hoge Raad een onderscheid tussen stukken die wél en stukken die niet tot de processtukken behoren. Bij de kennisneming van inbeslaggenomen voorwerpen komt de Hoge Raad via een andere weg tot de mogelijkheid de kennisneming te beperken, namelijk door aansluiting te zoeken bij artikel 309 Sv, waarin in het tweede lid is bepaald dat de voorzitter zo nodig de voorwerpen die als stukken van overtuiging dienen aan de verdachte kan tonen. De term ‘zo nodig’ geeft de rechter een discretionaire bevoegdheid om een dergelijk verzoek al dan niet te honoreren. Kennelijk leidt de Hoge Raad hieruit een bevoegdheid van de rechter af, om het verzoek ook geclausuleerd toe te staan in die zin dat alleen aan de raadsman de inbeslaggenomen voorwerpen worden getoond.

Uit de hiervoor besproken uitspraken blijkt, dat de Hoge Raad, niet zo zwaar tilt aan het beginsel van interne openbaarheid ter terechtzitting als alléén de verdachte van bepaalde informatie wordt uitgesloten en dat de Hoge Raad de rechten van de verdediging voldoende gerespecteerd acht, als alleen de raadsman inzage krijgt²⁶⁰. Het is maar zeer de vraag of de verdediging met een ‘half’ inzagerecht wel materieel gediend is. Het is niet zonder meer zo, dat het voor de verdediging niet uitmaakt of nu aan de verdachte of de raadsman inzage wordt verstrekt. De specifieke omstandigheden van het geval in de Dev Sol-zaak illustreren hoezeer de verdachte door een dergelijke formele invulling van het beginsel van interne

259 Art. 33 Sv.

260 In de hiervoor besproken arresten waarin de Hoge Raad streng toeziet op de handhaving van het beginsel van interne openbaarheid, HR 20-04-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 111 (bedreigde getuige) en HR 18-05-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 123 (CID-informatie), ging het steeds om een situatie dat zowel aan de verdachte als zijn raadsman informatie was onthouden.

openbaarheid in zijn verdediging kan worden geschaad. De rechtbank en het hof in de Dev Sol-zaak konden betrekkelijk 'veilig' toestaan dat de raadvrouw de fotoboeken kon inzien, zonder van haar te eisen dat zij ten opzichte van haar cliënt geheimhouding zou betrachten. De raadvrouw had immers naar voren gebracht dat zij op grond van haar eigen kennis niet kon beoordelen of de personen die waren opgenomen in het fotoboek daadwerkelijk betrokken waren bij activiteiten van Dev Sol. Het was voor de raadvrouw ook onmogelijk de inhoud van de fotoboeken aan haar cliënt te beschrijven. Het stond dus vast dat met een exclusieve kennisneming door de raadvrouw het doel van de verdediging niet kon worden bereikt. Bovendien werd aan de weigering van de raadvrouw op de aangeboden inzagemogelijkheid in te gaan de processuele consequentie verbonden dat het recht op een eerlijk proces niet was geschonden, omdat de raadvrouw de mogelijkheid was geboden de fotoboeken in te zien. Uit het oogpunt van de verdediging bezien, is een dergelijk inzagerecht een wassen neus.

In het Dev Sol-arrest heeft de Hoge Raad een uitzonderingsgrond op het beginsel van interne openbaarheid gecreëerd, waardoor het mogelijk is geworden dat ter zitting zowel het OM, als de rechter, als de raadsman over informatie beschikken, waarover de verdachte zelf in het duister moet blijven tasten²⁶¹. Deze koers van de Hoge Raad is des te opmerkelijker, nu ook in recente wetgeving, met name in de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden²⁶², geen regeling is getroffen voor een exclusieve kennisneming van stukken door de raadsman, terwijl daarvoor, gelet op de onderzoeksbelangen die op het spel staan, wel aanleiding zou zijn geweest. De vraag of er uitzonderingen kunnen worden gemaakt op het beginsel van interne openbaarheid speelt immers met name bij de controle van bijzondere opsporingsbevoegdheden²⁶³. Daar waar beperkingen op het beginsel van interne

261 Zie in dit verband ook de kritische noot van Schalken bij het Dev Sol arrest. Schalken schrijft dat dit arrest een verdere doorbreking betekent van het in Nederland nog steeds zwaarwegende principe dat al hetgeen aan de verdediging wordt toevertrouwd ook ter kennis van de verdachte moet kunnen komen. Ook Mevis schrijft in zijn commentaar bij art. 126aa Sv, T&C Sv 1999, aant. 1a dat volledige informatie bij alle procespartijen tijdens het onderzoek ter terechtzitting vooropstaat en de legitimerende basis is voor de op grond van die discussie genomen beslissingen van de rechter ter terechtzitting. Mevis benadrukt dat het onderzoek ter zitting werkelijk contradictoir moet zijn, hetgeen meer inhoudt dan equality of arms in formele zin. Aan de interne openbaarheid ligt ook de notie ten grondslag dat de verdachte geen kennis of gegevens moeten worden onthouden waarover het OM wel beschikt. Volgens Mevis is de Hoge Raad aan dit uitgangspunt in HR 17-10-1995, NJ 1996, 147, waarin het feit dat het OM kennis kan nemen van stukken die niet tot de processtukken behoren volgens de Hoge Raad geen schending oplevert van het 'equality of arms'-beginsel, te gemakkelijk aan deze notie voorbijgegaan, zie Mevis 1997, p. 926.

262 Wet van 22 juni 1999, Stb. 118.

263 Zie Mevis, T&C Sv 1999, aant. 1c bij art. 126aa Sv. Uit de wetsgeschiedenis van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden blijkt dat de beperkingen op de interne openbaarheid vooral betrekking hebben op het onderzoek naar de rechtmatigheid van de verkrijging van bepaalde gegevens. Het blijft de bedoeling dat de interne openbaarheid ten aanzien van het bewijs gehandhaafd blijft in die zin dat alle vragen die het bewijs betreffen in beginsel altijd volledig ter zitting aan de orde moeten kunnen komen en dat het in het dossier aanwezige materiaal waaruit kan blijken dat de verdachte het strafbare feit heeft begaan, volledig getoetst moet

openbaarheid worden toegestaan, namelijk bij de voeging van de processtukken op grond van artikel 126aa Sv en het horen van getuigen op grond van de artikelen 187-187d Sv²⁶⁴, worden in de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden de verdachte en zijn raadsman over één kam geschoren²⁶⁵.

2.4.7.10 Inzagerecht en vertrouwensrelatie

Het Dev Sol-arrest en de beschikking met betrekking tot de kennisneming van inbeslaggenomen voorwerpen maken niet alleen een inbreuk op het beginsel van interne openbaarheid in het strafproces, maar slaan ook een wig tussen de verdachte en zijn raadsman. Ook als de verdachte, noodgedwongen, instemt met de optie dat alleen zijn raadsman inzage krijgt in bepaalde informatie, komt de vertrouwensrelatie tussen de raadsman en de verdachte onder druk te staan. Het beginsel van interne openbaarheid is niet alleen van belang voor de legitimiteit van de rechterlijke beslissingen, maar ook een essentiële voorwaarde voor de vertrouwensrelatie tussen de verdachte en zijn raadsman. Hier kan een parallel worden getrokken met een geheime procesvoering, waarin de verdachte geen volledige informatie krijgt en maar moeten vertrouwen op de wijsheid en integriteit van de rechter. Een dergelijke gang van zaken wordt niet beschouwd als een eerlijk proces, omdat de verdachte wordt uitgesloten van het beslissingsproces en ook geen inzicht krijgt in de aanvaardbaarheid van de beslissing en de informatie op grond waarvan deze genomen is. Het is niet voor niets dat het beginsel van equality of arms een belangrijk onderdeel uitmaakt van een eerlijke procesvoering en zich verzet tegen een gang van zaken waarbij de rechter ter terechtzitting kennis krijgt van en oordeelt op basis van gegevens, die niet aan de verdachte bekend worden gemaakt en waartegen hij zich dus ook niet kan verdedigen. De legitimiteit van de rechterlijke beslissing ontstaat niet door de autoriteit van de rechter, maar door de eerlijkheid van de procedure en de inzichtelijkheid van zijn beslissing²⁶⁶. Met het vertrouwen van de verdachte in zijn raadsman is het niet anders. Op het moment dat de raadsman beschikt over belangrijke informatie, die hij niet met zijn cliënt kan (of mag) delen, kan dit niet alleen een effectieve verdediging bemoeilijken, maar verliest de verdachte ook de grip op zijn eigen situatie en is hij als procespartij niet meer in staat zelf beslissingen te nemen. Dan is hij overgeleverd aan zijn raadsman, die hem geen volledig inzicht kan geven in de achtergronden van de te voeren verdedigingsstrategie. Het is niet de taak van

264 kunnen worden. De enige uitzondering die op dit uitgangspunt is toegestaan is ten aanzien van de bedreigde getuige (art. 226a e.v.), zie TK 1996-1997, 25 403, nr. 3, p. 20.

264 Op grond van deze regeling kan de RC bepalen dat de verdachte en de raadsman het verhoor van de getuige niet mogen bijwonen, indien de getuige ernstige overlast zal ondervinden of zal worden belemmerd in de uitoefening van zijn ambt of beroep of indien een zwaarwegend opsporingsbelang wordt geschaad.

265 De optie dat aan de raadsman gegevens worden verstrekt die geheim moeten blijven voor de verdachte komt in de wetsgeschiedenis helemaal niet voor. Daar waar de rechten van de verdachte worden beperkt geldt dit steeds ook voor de raadsman, zie bijvoorbeeld TK 1996-1997, 25 403, nr. 3, p. 82-84 en p. 91-92 en TK 1997-1998, 25 403, nr. 7, p. 34-38.

266 Mevis, T&C 1999, aant. 1 bij art. 126aa Sv.

de raadsman om de belangenbehartiging van de verdachte over te nemen, maar om hem bij te staan. Ook al mag de verdachte er van uitgegaan dat de raadsman zijn belangen eenzijdig behartigt, dan nog impliceert dat niet dat de verdachte blind op zijn raadsman moet afgaan. Als de raadsman voor zijn cliënt informatie geheim moet houden, ligt een vertrouwenscrisis voortdurend op de loer. Dit is met name het geval, als de raadsman in een positie wordt gemanoeuvreerd, waarin hem informatie wordt gegeven, die in het belang van de opsporing niet aan de verdachte bekend mag worden gemaakt. Op dat moment wordt de raadsman gedwongen rekening te houden met opsporingsbelangen, een positie die vanuit het perspectief van de verdachte zeker met argwaan zal worden bekeken²⁶⁷.

2.4.7.11 Kennisgeving van processtukken aan de raadsman

Naast de regeling van de kennisneming van de processtukken door de raadsman, bevat artikel 51 Sv nog de bepaling dat de raadsman van alle stukken die ter kennis van de verdachte worden gebracht onverwijld een afschrift krijgt. Het gaat hierbij met name om stukken zoals dagvaardingen, oproepingen en kennisgevingen van (niet) verdere vervolging. Hierdoor is gegarandeerd dat de raadsman gelijk met de verdachte op de hoogte komt van belangrijke beslissingen en stappen in de vervolging en derhalve ook adequaat kan reageren in het geval dat de verdachte de strafprocessuele implicaties van deze kennisgevingen niet overziet en zijn raadsman hiervan niet (tijdig) op de hoogte stelt. Aan de naleving van artikel 51 Sv wordt door de rechter zwaar getild²⁶⁸. De Hoge Raad heeft meermalen overwogen dat dit voorschrift van zo grote betekenis is, dat de niet nakoming daarvan geacht wordt aan een geldige behandeling ter terechtzitting in de weg te staan²⁶⁹. Bovendien dient de rechter, als noch de verdachte noch de raadsman ter

267 Prakken, de raadvrouw in de Dev Sol-zaak, is van mening dat de verdediging informatie, die alleen aan de raadsman wordt gegeven, behoort te weigeren omdat zulke compromissen de vertrouwensrelatie tussen de verdachte en raadsman onduidelijk onder druk zetten. Bovendien zou de verdediging niet moeten meewerken aan het ontstaan van een grijs gebied tussen intern openbare stukken en semi-vertrouwelijke stukken. Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 7 bij de art. 37-51 Sv. Zie ook Mevis 1997, p. 931-932, die stelt dat in de fase van het onderzoek ter terechtzitting van de advocatuur niet kan worden verlangd dat zij akkoord gaat met een modaliteit, waarin de raadsman wel, maar zijn cliënt niet tot het bijwonen van het onderzoek wordt toegelaten.

268 Zie uitgebreid Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 6 bij art. 51 Sv.

269 Zie bijvoorbeeld HR 05-03-1991, NJ 1991, 546; zie voor een andere consequentie van het niet naleven van art. 51 Hof Den Bosch, 02-11-1996, NJ 1996, 155, waarin het hof een verzoek ex art. 89 Sv dat te laat was ingediend, niettemin ontvankelijk verklaart omdat aan de raadsman geen afschrift was verzonden van de kennisgeving van niet verdere vervolging en het voor de hand ligt dat de verzoeker niet op de hoogte was van de procedure ex art. 89 Sv en de raadsman hem door de niet naleving van art. 51 Sv door het OM ook niet over had kunnen informeren; een vergelijkbaar geval is te vinden in de uitspraak Hof Leeuwarden 27-10-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 241, waarin het gaat om een dagvaarding die in persoon is betekend aan een verdachte, die echter de Nederlandse taal niet beheerst. Aan de raadvrouw was geen afschrift ex art. 51 Sv gezonden en zij verscheen ook niet op de zitting. De verdachte werd bij verstek veroordeeld en stelde te laat hoger beroep in (later dan 14

zitting is verschenen en/of de afwezigheid van de raadsman niet kan worden verklaard, ambtshalve te onderzoeken of artikel 51 Sv is nageleefd²⁷⁰. Voorwaarde voor de naleving van artikel 51 Sv is wel, dat de autoriteiten op de hoogte zijn van het optreden van een raadsman. Als de raadsman zich niet gesteld heeft²⁷¹, dan hoeft de rechter niet te controleren of artikel 51 Sv is nageleefd²⁷². De niet naleving van artikel 51 Sv brengt geen nietigheid van het onderzoek met zich als uit het dossier blijkt dat de raadsman anderszins op de hoogte is van de datum van de zitting²⁷³, of als de raadsman zich er niet op beroepen heeft dat hij niet in kennis is gesteld van de zitting²⁷⁴, of als de verdachte geen prijs stelt op bijstand van zijn raadsman²⁷⁵. Tot slot bestaat er een aanspraak op aanhouding van de behandeling als de raadsman geen afschrift heeft ontvangen van de dagvaarding en daardoor te laat op de hoogte is gekomen van de datum van de zitting en de zaak onvoldoende heeft kunnen voorbereiden²⁷⁶.

2.4.8 Bevoegdheden die uitsluitend aan de verdachte zijn toegekend

Uit de voorgaande inventarisatie van bepalingen waarin aan de verdachte en/of zijn raadsman bevoegdheden of rechten worden toegekend blijkt dat, in de structuur van het Wetboek van Strafvordering, bevoegdheden die aan de verdachte zijn toegekend, niet zonder meer ook aan de raadsman toekomen. Voor de toekenning van bevoegdheden aan de raadsman is steeds een expliciete wettelijke regeling vereist, hetzij doordat de desbetreffende bepaling de bevoegdheid mede aan de raadsman toekent, hetzij doordat voor een hele fase, zoals het GVO en het onderzoek ter terechtzitting, aan de raadsman overeenkomstige bevoegdheden als aan de verdachte zijn toegekend. Er blijven bepalingen over, waarbij de bevoegdheid uitsluitend aan de verdachte is toegekend. Dit geldt bijvoorbeeld voor het instellen en afstand doen van rechtsmiddelen. Ook als de afstand van een rechtsmiddel ter zitting kan worden gedaan, zoals dat bij de politierechter op

dagen na de einduitspraak, art. 408 lid 1 Sv). Het hof bepaalde dat gelet op deze omstandigheden de verdachte toch ontvankelijk was in zijn hoger beroep.

270 HR 01-07-1997, NJ 1997, 675; HR 21-04-1998, NJ 1998, 696; HR 12-01-1999, NJ 1999, 276.

271 Art. 39 Sv, zie ook § 2.3.4.

272 HR 18-12-1979, NJ 1980, 206; HR 18-02-1997, NJ 1997, 516. Dit geldt ook in een geval waarin de raadsman is toegevoegd, maar heeft verzuimd een stelbrief te sturen: HR 14-04-1981, NJ 1981, 446.

273 HR 16-06-1998, NJB 1998, 102, p. 1360; HR 08-09-1998, NJ 1998, 905; HR 19-01-1999, NJ 1999, 252; HR 09-03-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 51.

274 HR 10-03-1998, DD 1998, 199.

275 HR 18-02-1997, NJ 1997, 517; zie in dit verband ook Hamer en Kengen 1998.

276 HR 05-03-1991, NJ 1991, 546; zeer scherp heeft het Amsterdamse Hof zich uitgelaten in een arrest van 13-04-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 133, waarin het hof overweegt dat de rechtbank de zaak met grove veronachtzaming van de rechten van de verdediging, in het bijzonder het recht zich ter zitting te verweren en zich daartoe op doeltreffende wijze te laten bijstaan door een raadsman, had behandeld. De rechtbank had nagelaten te onderzoeken of art. 51 Sv was nageleefd en had een verzoek van de raadsman om aanhouding omdat hij zich niet had kunnen voorbereiden, nu hij eerst kort tevoren van de zitting op de hoogte was gekomen, afgewezen.

grond van artikel 381 Sv mogelijk is en bij de kantonrechter op grond van artikel 397a Sv, komt deze bevoegdheid uitsluitend aan de verdachte toe en valt deze dus niet onder de bevoegdheden van de verdachte die op grond van artikel 331 Sv mede aan zijn raadsman toekomen²⁷⁷. Ten aanzien van deze handelingen is wel voorzien in een machtigingsregeling in artikel 450 Sv, die overigens niet alleen betrekking heeft op raadslieden maar ook op derden die door de verdachte of andere belanghebbende kunnen worden gemachtigd een rechtsmiddel in te dienen. Deze regeling wordt in § 2.4.9 hierna besproken.

Daarnaast zijn er ook bepalingen waarop deze machtigingsregeling niet van toepassing is en waarbij evenmin aan de raadsman een overeenkomstige bevoegdheid is toegekend. De bevoegdheid van de verdachte ex artikel 263 Sv, om getuigen à décharge ter terechtzitting te laten oproepen door deze schriftelijk op te geven bij het parket, is bijvoorbeeld niet met zoveel woorden ook aan de raadsman toegekend²⁷⁸. De artikelen 89, 591 en 592 Sv, die betrekking hebben op schadevergoeding terzake van ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis c.q. vergoeding van de gemaakte proceskosten, voorzien evenmin in de mogelijkheid dat deze ook door de advocaat namens de gewezen verdachte kunnen worden ingediend. Op dergelijke verzoeken is de machtigingsregel van artikel 450 Sv niet van toepassing, omdat het niet gaat om het aanwenden van een rechtsmiddel. In de praktijk wordt er, bij de opgave van getuigen ex artikel 263 Sv, echter geen enkel probleem van gemaakt, dat deze opgave door de raadsman wordt gedaan. Dit blijkt bijvoorbeeld impliciet uit HR 01-10-1991, NJ 1992, 198, waarin de Hoge Raad overweegt: "doch uit geen der stukken kan blijken dat *de verdachte en/of zijn raadsman gebruik hebben gemaakt van de hun* (cursief TS) op grond van artikel 263 Sv toekomende bevoegdheid etc." en – wederom impliciet – bijvoorbeeld uit de conclusie van de PG bij HR 16-11-1993, NJ 1994, 428, waarin deze opmerkt: "Uit de stukken blijkt niet dat *door of namens verzoeker* (cursief TS) vervolgens op de voet van artikel 263 Sv is gevraagd de getuige alsnog op te roepen"²⁷⁹.

Minder soepel is de jurisprudentie als het gaat om de verzoeken van gewezen verdachten tot vergoeding van schade ten gevolge van ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis en proceskosten op grond van de artikelen 89, 591 en 591a Sv. De Hoge Raad is onverbiddelijk in de afwijzing van de mogelijkheid dat verzoeken tot schadevergoeding door een advocaat namens de gewezen verdachte kunnen worden ingediend, ook al verklaart de advocaat tot de indiening van het

²⁷⁷ HR 23-11-1976, NJ 1977, 535.

²⁷⁸ Dit geldt bijvoorbeeld ook bij art. 267 Sv, waarin is bepaald dat de verdachte indien de dagvaarding is ingetrokken, de rechtbank kan vragen een termijn te stellen waarbinnen de OvJ een nieuwe dagvaarding moet doen uitgaan.

²⁷⁹ Ook verzoeken van de raadsman die gebaseerd waren op bevoegdheden in het GVO, die voor de inwerkingtreding van art. 241b Sv (Wet herziening GVO 27 mei 1999, Stb. 243), uitsluitend aan de verdachte toekwamen, werden ontvankelijk verklaard: zie Rb Leeuwarden 19 januari 1978, NJ 1978, 612 (opgave getuigen aan RC ex art. 208 Sv); Rb Haarlem 20 mei 1987, NJ 1988, 600 en HR 11 december 1990, NJ 1991, 342, in welk laatste arrest de Hoge Raad heeft overwogen, dat geen rechtsregel verbiedt dat een verzoek van de verdachte tot heropening van het GVO als bedoeld in art. 238 lid 2 Sv namens deze wordt ingediend door zijn raadsman.

verzoek door zijn cliënt bepaaldelijk gevolmachtigd te zijn. De Hoge Raad overweegt hierbij steevast dat noch bij desbetreffende bepalingen, noch elders in het Wetboek van Strafvordering is voorzien in de indiening van deze verzoeken door een gemachtigde, zodat de Hoge Raad aanneemt dat de wetgever van vertegenwoordiging niet heeft willen weten, temeer nu in het derde lid van artikel 98 Sv en het derde lid van artikel 591a Sv wel uitdrukkelijk is voorzien in de mogelijkheid van bijstand door een advocaat bij het verhoor van de verzoeker in raadkamer²⁸⁰. De ratio voor het vasthouden aan de vormvereisten bij de indiening van een verzoek ex artikel 591a Sv wordt wel gezocht in de omstandigheid dat de advocaat hier zelf belang bij heeft, omdat het verzoek mede betrekking heeft op de vergoeding van zijn kosten²⁸¹. Voor wat betreft de verzoeken om schadevergoeding wegens ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis speelt dit argument echter niet. Hoewel het vereiste van persoonlijke indiening enigszins is gerelativeerd, door een dergelijk verzuim voor gedekt te houden als de verzoeker persoonlijk ter terechtzitting verschijnt²⁸², blijft de Hoge Raad vasthouden aan het uitgangspunt dat de artikelen 89, 591 en 591a Sv vertegenwoordiging niet toelaten omdat dit in de wet niet geregeld is²⁸³.

Geconcludeerd kan worden dat de jurisprudentie op het punt van de formele bevoegdheidsverdeling tussen de (gewezen) verdachte en de raadsman, in de situaties dat bevoegdheden uitsluitend aan de verdachte/verzoeker zijn toegekend, niet erg consistent is en dat niet in alle gevallen streng de hand wordt gehouden aan een persoonlijk verzoek van de verdachte/verzoeker als de bevoegdheid niet ook aan diens raadsman toekomt of de raadsman anderszins op grond van het wetboek gemachtigd kan worden de verdachte/verzoeker te vertegenwoordigen²⁸⁴. Om niet ontvankelijkheid te voorkomen is het voor de verdediging de zekerste optie om verzoeken op grond van een bevoegdheid die uitsluitend aan de verdachte/verzoeker is toegekend, mede door de verdachte/verzoeker te laten ondertekenen. Hoezeer de raadsman moet opletten of hem wel een bepaalde bevoegdheid toekomt blijkt uit een uitspraak van het Hof Amsterdam in het kader van een

280 HR 04-12-1979, NJ 1980, 160; HR 01-09-1987, NJ 1988, 194, beide arresten zijn gewezen naar aanleiding van een verzoek tot cassatie in het belang der wet.

281 Pelser, T&C Sv 1999, aant. 5 bij art. 591 Sv en zie ook de vordering tot cassatie in het belang der wet van de PG in HR 01-09-1987, NJ 1988, 194.

282 HR 29-11-1991, NJ 1992, 482.

283 HR 02-02-1993, NJ 1993, 553.

284 Naast de hiervoor genoemde informele opstelling ten aanzien van het opgeven van getuigen ex art. 263 Sv kan ook nog gewezen worden op de procedure ex art. 12 Sv (beklag over niet vervolgen), waarin een beklag kan worden gedaan door een gemachtigde, hoewel de wet daar niets over bepaalt; zie Valkenburg, T&C Sv 1999, aant. 2b bij art. 12 Sv; Hof Arnhem 24-09-1991, NJ 1992, 66. Minder soepel is het Hof Amsterdam in zijn arrest van 26-10-1996, NJ 1997, 94, waarin het hof overweegt dat ingevolge het bepaalde in artikel 36 lid 1 Sv het verzoekschrift door de verdachte zelf moet worden ingediend en dat nu het verzoekschrift niet door de verdachte zelf is ondertekend en deze ook niet bij de behandeling in raadkamer is verschenen aan dit voorschrift niet is voldaan zodat de verdachte in zijn verzoek niet kan worden ontvangen. Overigens is vanaf 1 februari 2000 bij de invoering van de Wet van 27 mei 1999 (Herziening GVO), Stb. 243, de raadsman op grond van art. 36d Sv wel bevoegd een verzoek als bedoeld in art. 36 Sv te doen.

wrakingsverzoek dat door de raadsman van een veroordeelde tegen wie een ont nemingsprocedure ex artikel 36 e Sr was ingesteld was ingediend. In deze zaak had alleen de raadsman het wrakingsverzoek ondertekend en was de veroordeelde bij de behandeling van het verzoek in raadkamer niet verschenen. Dat de raadsman in raadkamer verklaarde dat zijn cliënt hem mondeling had gemachtigd het wrakingsverzoek in te dienen en hem bij de behandeling in raadkamer te vertegenwoordigen, was volgens het Hof niet voldoende, omdat artikel 331 Sv op de onderhavige procedure niet van toepassing is en bij de indiening van een wrakingsverzoek evenmin is voorzien in een bepaling als artikel 450 Sv²⁸⁵.

2.4.9 *Vertegenwoordigen bij het aanwenden rechtsmiddelen*

In de vorige paragraaf is vermeld dat het instellen van rechtsmiddelen²⁸⁶ in beginsel is voorbehouden aan de verdachte of andere belanghebbende die niet (meer) de status van verdachte heeft. Voor het aanwenden van een rechtsmiddel is voorzien in een machtigingsregeling, die de advocaat in staat stelt zijn cliënt hierbij te vertegenwoordigen. In artikel 450 lid 1 sub a Sv is bepaald dat het instellen van rechtsmiddelen waarop de regeling van artikel 449 Sv van toepassing is, ook kan geschieden door een advocaat, indien deze verklaart daartoe door degene die het middel aanwendt, bepaaldelijk te zijn gevolmachtigd. Bij de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 bepaalde artikel 450 Sv dat de raadsman (curs. TS) die verklaarde daartoe door de verdachte bepaaldelijk te zijn gevolmachtigd een rechtsmiddel kon instellen. Dit betekende dat alleen de raadsman, die de verdachte in de procedure had bijgestaan, een rechtsmiddel namens de verdachte kon instellen. Bij wet van 29 november 1935²⁸⁷, in werking getreden op 1 februari 1940²⁸⁸, is de term 'raadsman' vervangen door 'advocaat', waardoor iedere advocaat die verklaart daartoe bepaaldelijk te zijn gemachtigd een rechtsmiddel namens de verdachte kan instellen²⁸⁹. Dit heeft tot gevolg dat voor het instellen van rechtsmiddelen de advocaat die door de verdachte gemachtigd is, ook een andere advocaat kan inschakelen, wat gemakkelijk is als het rechtsmiddel moet worden ingesteld in een ander arrondissement of ressort dan waar de advocaat kantoor houdt²⁹⁰. Dat de advocaat bij het instellen van rechtsmiddelen moet verklaren daartoe bepaaldelijk gevolmachtigd te zijn, betekent dat het moet gaan om een volmacht van de cliënt die specifiek betrekking heeft op het instellen van het rechtsmiddel.

285 Hof Amsterdam 27-01-1999, NJ 1999, 254.

286 Hieronder worden in dit kader verstaan de gewone rechtsmiddelen: hoger beroep, cassatie en de klage- of bezwaarschriften, zie De Hullu, T&C Sv 1999, aant. 4 bij de Inleidende opmerkingen bij Boek III, Titel IV.

287 Stb. 1935, 685.

288 Stb. 1939, 285.

289 Dit geldt ook voor het indienen van een beroep op grond van de WAHV. Zie Van der Veen 2000.

290 HR 22-03-1988, NJ 1988, 849, maar de advocaat mag niet iemand anders, bijvoorbeeld de griffiedewerker machtigen: HR 25-03-1997, NJ 1998, 50. Zie voor verdere deformalisering Elsinga 1998, p. 149-151 en p. 189 en De Hullu, T&C Sv 1999, aant. 3d bij art. 450 Sv.

In artikel 452 Sv is bepaald dat de regeling van artikel 450 Sv van overeenkomstige toepassing is op het indienen van schrifturen. Het gaat hierbij om de schrifturen die door de verdachte, die een rechtsmiddel heeft ingesteld, kunnen worden ingediend op grond van de artikelen 410 Sv (de appelschriftuur), 433 Sv (de cassatieschriftuur naar aanleiding van het cassatieberoep door het OM) en 437 Sv (de cassatieschriftuur naar aanleiding van het door de verdachte ingestelde cassatieberoep). Ook hier zijn de vormvereisten gedeformaliseerd. Zo hoeft de omstandigheid dat de advocaat in de schriftuur heeft nagelaten te stellen dat hij tot de indiening daarvan bepaaldelijk is gevolmachtigd er niet meer toe te leiden dat op de schriftuur geen acht wordt geslagen en is ook het ontbreken van de persoonlijke ondertekening door de advocaat niet meer fataal²⁹¹. Ook kan een cassatieschriftuur in de Engelse taal worden ingediend²⁹². Aan de deformalisering zijn echter grenzen. Zo werd er geen acht geslagen op een cassatieschriftuur waarin de advocaat niet had vermeld dat hij tot het indienen bepaaldelijk was gemachtigd en welke schriftuur per opdracht door de secretaresse was ondertekend²⁹³. Naast de advocaat die verklaart daartoe door zijn cliënt uitdrukkelijk te zijn gevolmachtigd kan ook een derde, die door de verdachte bij bijzondere volmacht schriftelijk is gemachtigd, namens de verdachte een rechtsmiddel instellen. De advocaat heeft geen schriftelijke volmacht nodig.

2.4.9.1 'Op zijn woord geloofd'

Dat de advocaat geen schriftelijke volmacht nodig heeft bij het instellen van rechtsmiddelen of indienen van bezwaarschriften en schrifturen, betekent dat de advocaat die namens de verdachte een rechtsmiddel instelt, op zijn woord geloofd wordt dat hij door de verdachte is gemachtigd. De Hoge Raad heeft dit uitdrukkelijk beslist in een zaak waarin het OM betwistte dat de advocaat bij de instelling van het rechtsmiddel op de griffie naar waarheid had verklaard, dat hij door de verdachte bepaaldelijk gevolmachtigd was²⁹⁴. Uit het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep blijkt dat de verdachte op de zitting heeft verklaard dat hij er niet mee bekend was dat de zaak in hoger beroep zou dienen en dat hij naderhand van de verzekering (het ging om een verkeersongeluk) bericht heeft gekregen over het hoger beroep. Daarop verklaart zijn raadsman dat hij in eerste aanleg bij de kantonrechter als gemachtigde van de verdachte was opgetreden en dat de verdachte hem bij het vooroverleg voor de zitting had gezegd dat hij onschuldig was. Toen hij toch veroordeeld werd heeft de raadsman diezelfde dag hoger beroep aangetekend. De rechtbank overweegt vervolgens:

"dat geappelleerde appellant niet ontvankelijk acht in zijn hoger beroep nu dit hoger beroep is ingesteld door Mr. J.W. Koorn, adv. te Amsterdam zonder dat deze, gelijk door appellant

291 HR 23-02-1993, DD 1993, 322 (ondertekening door een kantoorgenoot).

292 HR 03-11-1998, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, 194 (anders dan De Hullu in T&C Sv 1999, aant. 2e bij art. 452 Sv stelt).

293 HR 09-02-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 37. Zie voor de deformalisering bij de indiening van schrifturen verder Elzinga 1998 I, p. 202-210.

294 HR 23-06-1964, NJ 1965, 129.

t. t.r.z. is toegegeven, door appelland, overeenkomstig het bepaalde in art. 450 eerste lid, Sv. daartoe bepaaldelijk is gevolmachtigd en appelland op geen andere formeel juist te achten wijze dit appel heeft ingesteld of heeft doen instellen;

dat de Rb. dit verweer verwerpt nu Mr. Koorn voornoemd, blijkens de akte van de Griffie van het Ktg. te Sneek d.d. 7 juni 1963 bij het instellen van het hoger beroep tegen voormeld vonnis heeft verklaard hiertoe bepaaldelijk te zijn gevolmachtigd en voor het op deze wijze aanwenden van een rechtsmiddel niet meer is vereist dan dat de betrokkene advocaat is en verklaart als hiervoren aangegeven (HR 7 april 1959, NJ 1959 No. 352);

dat daarenboven naar het oordeel der Rb. de raadsman zich gemachtigd mocht achten zonder nader overleg te appelleren van het veroordelend vonnis van de Ktr., gelet op de uitdrukkelijke verklaring van de verd. te zijnen kantore voor de behandeling in prima, dat deze zich onschuldig achtte, en bovendien de verd. in hoger beroep door zijn houding t. t.r.z. het instellen van dit hoger beroep heeft gesanctioneerd";

Uit deze gang van zaken maakt de PG in zijn conclusie in de cassatieprocedure op, dat het dus duidelijk is dat de verdachte zijn raadsman niet bepaaldelijk heeft gemachtigd hoger beroep in te stellen en dat de rechtbank de verdachte in hoger beroep niet ontvankelijk had moeten verklaren. De Hoge Raad volgt de PG echter niet en overweegt:

"dat blijkens art. 450 Sv. het aanwenden van de daarin bedoelde rechtsmiddelen kan geschieden door een bij bijzondere volmacht schriftelijk gemachtigde, doch een advocaat tot overlegging van zodanige volmacht niet gehouden is, indien deze verklaart daartoe door dengene die het middel aanwendt, bepaaldelijk te zijn gevolmachtigd;

dat de wetgever bij de toekenning van deze faciliteit kennelijk is geleid door de gedachte dat de advocaat, die deel uitmaakt van den stand der advocaten en dienvolgens is onderworpen aan tuchtrechtelijk toezicht, een juist en verantwoord gebruik zal maken van deze hem toegekende bevoegdheid;

dat met deze wettelijke regeling zich niet verdraagt een door den rechter ambtshalve of op vordering van den OvJ ingesteld onderzoek omtrent de vraag of de advocaat naar waarheid de verklaring heeft afgelegd dat hij door dengene die het rechtsmiddel aanwendt, bepaaldelijk is gevolmachtigd;

dat immers een dergelijk onderzoek zou insluiten het verlangen naar krachtiger waarborgen t.a.v. de waarachtigheid van meerbedoelde verklaring dan door den wetgever voldoende zijn geacht;

dat echter dan verd. niet het recht kan worden ontzegd om het initiatief te nemen ter bestrijding van de deugdelijkheid van de door den advocaat afgelegde verklaring dat deze door hem, verd., bepaaldelijk was gevolmachtigd en dienvolgens te betogen dat door hem, verd., geen prijs wordt gesteld op behandeling zijner zaak in hogere instantie;

dat bij gebreke in het strafproces van een bijzondere wettelijke regeling als t.a.v. den procureur gegeven in de dertiende afdeling van titel III boek I van het WvBRv. tot ontkentenis van gerechtelijke verrichtingen, dat initiatief door den verd. dient te worden genomen, die zulks zal kunnen doen ter gelegenheid van zijn verschijning op de terechtzitting in hogere aanleg

alwaar de strafzaak zal worden behandeld, waarna de rechter omtrent het aldus gerezen geschil nopens de ontvankelijkheid der voorziening zal moeten beslissen;

dat van een zodanig initiatief door of namens den gereq. te dezen niet blijkt, zodat, wat er zij van de gronden waarop de Rb. de ontvankelijkverklaring van het hoger beroep heeft doen steunen, zij blijkens het hiervoren overwogene tot een juiste beslissing is gekomen waartegen het middel van den req. zich vruchteloos keert".

Deze uitspraak betekent dat het ontbreken van een machtiging bij het instellen van het rechtsmiddel voor gedekt wordt gehouden als de verdachte het (achteraf) op de zitting klaarblijkelijk eens is met het instellen van het rechtsmiddel en dat de rechter alleen een onderzoek mag instellen naar het ontbreken van de machtiging, als de verdachte zich daarop beroept en de aanwending van het rechtsmiddel niet op prijs stelt²⁹⁵. Ook als de advocaat ter zitting in hoger beroep verklaart dat hij door de verdachte niet gemachtigd was hoger beroep in te stellen, moet niet-ontvankelijkheid volgen. Dit blijkt uit een zaak waarbij de advocaat op de terechtzitting in hoger beroep, waar de verdachte niet was verschenen, had verklaard dat hij namens zijn cliënte hoger beroep had aangetekend zonder met haar contact te hebben gehad. Hij had als een soort zaakwaarnemer gehandeld, omdat hij van mening was dat hij dat moest doen. De verdachte werd desondanks door het hof ontvankelijk verklaard. Naar aanleiding hiervan overweegt de Hoge Raad dat het hof de verdachte niet ontvankelijk had moeten verklaren in haar hoger beroep, nu de advocaat zelf ter zitting had verklaard tot het instellen van hoger beroep niet door de verdachte te zijn gemachtigd en de verdachte niet ter zitting was verschenen en dus geen blijk kon geven prijs te stellen op de behandeling in hoger beroep²⁹⁶.

Samenvattend kan worden gesteld, dat als de advocaat bij het instellen van een rechtsmiddel verklaart daartoe door de verdachte uitdrukkelijk te zijn gemachtigd, ervan wordt uitgegaan dat dit juist is, tenzij de verdachte zich hiertegen verzet of de advocaat zelf achteraf aangeeft niet gemachtigd te zijn geweest en niet kan worden nagegaan of de verdachte instemt met de aanwending van het rechtsmiddel.

295 In zijn noot bij dit arrest merkt Van Berckel op dat de verdachte wiens raadsman, zonder uitdrukkelijke machtiging, een rechtsmiddel heeft ingetrokken ex art. 454 Sv, op welke intrekking eveneens de machtigingsregeling van art. 450 Sv van toepassing is, met lege handen staat omdat in dergelijke gevallen, als het OM geen appel heeft ingesteld, geen zitting meer volgt, met name niet nu in art. 453 Sv is bepaald dat een rechtsmiddel na intrekking niet meer opnieuw kan worden ingesteld. Zie echter een dergelijk geval, waarin wel een zitting volgde (waarschijnlijk omdat het OM ook appel had ingesteld, maar dat is uit de gepubliceerde tekst niet op te maken), HR 12-06-1979, NJ 1979, 571, waarin de Hoge Raad beslist dat de rechtbank ten onrechte de verdachte niet ontvankelijk verklaarde in een appel, omdat de raadsman van de verdachte (abusievelijk) het appel had ingetrokken.

296 HR 06-06-1989, NJ 1990, 30; Hof Amsterdam 28-04-1998, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, 121; zie hiervoor ook Elzinga 1998 I, p. 146-149.

Dat de advocaat op zijn woord geloofd moet worden, wordt als een van de privileges van de advocatuur beschouwd²⁹⁷. Ook in civiele en bestuursrechtelijke zaken hoeft de advocaat geen schriftelijke machtiging te overleggen aan de rechter waaruit moet blijken dat hij gemachtigd is voor zijn cliënt op te treden²⁹⁸. Betekent dit nu, dat de stelling dat de advocaat op zijn woord moet worden geloofd in zijn algemeenheid opgaat? Deze vraag komt aan de orde in een zaak waarin de raadsman verzoekt om oproeping van een getuige, die reeds in het vooronderzoek is gehoord en onder druk een onjuiste verklaring zou hebben afgelegd. De raadsman verklaart ter zitting dat hij beschikt over een brief van deze getuige, waaruit dit zou blijken. Desgevraagd weigert de raadsman echter de brief aan het hof over te leggen omdat dat hij zich, gelet op de overige inhoud van die brief, hiertoe niet vrij voelt. Het hof wijst het verzoek de getuige ter zitting te horen af met de motivering dat de raadsman de brief van de getuige, waarover hij zegt te beschikken heeft geweigerd aan het hof over te leggen en het hof het door de raadsman gestelde niet aannemelijk acht. Naar aanleiding van deze beslissing wordt in cassatie aangevoerd dat de raadsman geacht kan worden ter zitting de inhoud van de brief van de getuige, voorzover relevant, te hebben weergegeven en in de overlegging van de brief aan het hof geen meerwaarde is gelegen:

"Uitgangspunt dient immers te zijn dat een advocaat, wanneer hij ter zitting uitlatingen doet, op zijn woord wordt geloofd. M.a.w. wanneer een raadsman ter zitting verklaart: 'Ik heb in mijn dossier een brief waarin A verklaart onder druk in strijd met de waarheid te hebben verklaard, maar ik voel mij niet vrij die brief aan U, Hof, te overleggen', dan kan de reactie van dat Hof niet zijn 'indien je die brief niet laat zien, dan geloven we je niet, althans dan is hetgeen je stelt voor ons niet aannemelijk'".

AG Van Dorst merkt in zijn conclusie naar aanleiding van dit cassatiemiddel op, dat anders dan de steller van het middel aanvoert en met hem vele andere advocaten wellicht menen, de stelling dat 'een advocaat op zijn woord wordt geloofd' geen deel uitmaakt van het geldende Nederlandse strafprocesrecht. Hij meent dat deze dwaling is veroorzaakt door een te ruime betekenis die wordt toegekend aan de rechtspraak inzake het aanwenden van rechtsmiddelen ex artikel 450 Sv. Buiten het terrein van rechtsmiddelen en schrifturen zijn er bij zijn weten geen kwesties waarbij de wetgever de enkele verklaring van een advocaat voldoende waarborg acht voor de waarachtigheid van diens mededelingen. De stelling, dat de rechter zonder meer zou moeten afgaan op hetgeen de raadsman stelt, zou veel procesregels die betrekking hebben op het onderzoek ter terechtzitting overbodig maken en daarom alleen al acht Van Dorst deze evident onjuist. Dat betekent overigens niet dat de rechter niet *bevoegd* zou zijn de raadsman op zijn woord te geloven, maar dat de rechter daartoe *verplicht* zou zijn gaat te ver. De Hoge Raad verwierpt het middel en overweegt dat het hof niet gehouden was uit te gaan van de juistheid van hetgeen de raadsman had gesteld en in dit geval in zijn beschou-

²⁹⁷ Zie bijvoorbeeld De Roos en Serrarens 1993, p. 127.

²⁹⁸ Zie voor bestuurszaken art. 8:24 lid 3 Awb. In civiele procedures kunnen handelingen van de procureur in naam van een partij, zonder dat de partij daartoe een schriftelijke machtiging heeft gegeven, later door de partij worden ontkend, zie art. 263 e.v. Rv.

wingen mocht betrekken dat de raadsman de brief niet heeft overgelegd zodat de inhoud en de herkomst van de brief niet konden worden onderzocht. De Hoge Raad neemt daarbij mede in aanmerking dat de raadsman niet heeft aangegeven waarom hij zich niet vrij achtte de – niet van zijn cliënt afkomstige – brief niet over te leggen²⁹⁹. De beschouwingen van Van Dorst en de beslissing van de Hoge Raad zijn naar mijn mening juist. Er is geen wettelijke grondslag voor de algemene stelling dat de advocaat op zijn woord zou moeten worden geloofd, in die zin dat naar de juistheid van de door de advocaat gesteld feiten in het kader van de verdediging geen onderzoek zou mogen plaatsvinden. Ook de bronnen van de advocaat kunnen immers, zonder dat hij zich daarvan bewust is, onbetrouwbaar zijn³⁰⁰.

Naar mijn mening heeft het adagium dat de advocaat op zijn woord moet worden geloofd niet zozeer betrekking op de feiten die de advocaat in het kader van een procedure naar voren brengt, maar meer op de verhouding tussen hem en zijn cliënt. Als de advocaat, in de situaties dat hij daartoe volgens het Wetboek van Strafvordering bevoegd is, namens zijn cliënt een proceshandeling verricht of het woord voert, moet ervan uit worden gegaan dat de advocaat hiertoe inderdaad door de cliënt gemachtigd is en mag dit gegeven op zichzelf niet aan een onderzoek worden onderworpen door een andere procesdeelnemer, zoals het OM of de rechter. Zolang de verdachte niet aangeeft dat de raadsman niet namens hem handelt (of omgekeerd), moet ervan uit worden gegaan dat dit het geval is. Dit uitgangspunt ligt ten grondslag aan de machtigingsregeling van artikel 450 Sv en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie en ook aan de regeling van artikel 279 Sv, op grond waarvan de advocaat die verklaart daartoe uitdrukkelijk door zijn cliënt te zijn gemachtigd de verdediging mag voeren, zonder dat de advocaat daartoe een schriftelijke machtiging moet overleggen. Het is niet aan de rechter of het OM te onderzoeken of de raadsman daadwerkelijk de opdracht heeft om de verdediging te voeren. Een dergelijk onderzoek zou een inbreuk opleveren op de vertrouwensrelatie tussen de verdachte en de raadsman. Dit kan worden afgeleid uit een arrest van de Hoge Raad waarin het volgende speelde. Op de zitting van het hof deelt de daar verschenen raadsman mee dat zijn cliënt naar Australië is geëmigreerd en verzoekt hij om te worden toegelaten tot de verdediging³⁰¹. De PG verzet zich hiertegen en het hof wijst het verzoek van de raadsman af “nu uit niets gebleken is dat de raadsman van de niet-verschenen verdachte (nog) op-

299 HR 20-01-1998, NJ 1998, 425; zie over deze zaak ook: De raadsman op zijn woord geloofd?, Rubriek Advocatuur DD 1998, p. 293-294.

300 Overigens moet de advocaat ook in situaties waarin hij vroeger op zijn woord werd geloofd, zoals bij binnenkomst in een penitentiaire inrichting, tegenwoordig door middel van een advocatenpas aantonen dat hij daadwerkelijk advocaat is, zie de ministeriële circulaire Toegangscontrole bezoekers aan de P I's, 752556/99/DJI van 20 mei 1999. Ook in bestuursrechtelijke zaken kan op grond van art. 2:1 Awb door het bestuursorgaan van de advocaat worden gevraagd om overlegging van een machtiging en in de Straatsburgse klachtprocedure is dit eveneens voorgeschreven.

301 Dit arrest dateert nog van vóór de uitspraken van het EHRM in de zaken Lala en Pelladoah, EHRM 22-09-1994, NJ 1994, 733 toen de raadsman alleen bij verstek de verdediging mocht voeren als hiertoe klemmende redenen konden worden aangevoerd; zie voor het optreden bij verstek nader § 2.6 e.v.

dracht heeft diens verdediging te voeren". In cassatie wordt aangevoerd dat het niet de taak is van de rechter om ambtshalve te onderzoeken of de raadsman nog opdracht heeft de verdediging te voeren, in de eerste plaats omdat een dergelijk onderzoek de vertrouwensrelatie tussen cliënt en advocaat raakt en de rechter niet bevoegd is zich daarin te mengen en in de tweede plaats omdat een oordeel over de vraag of de raadsman nog opdracht heeft de verdediging te voeren uitsluitend kan berusten op concrete feiten en omstandigheden die door of namens de verdachte daarvoor worden aangedragen. In dit geval was dat laatste niet gebeurd. De Hoge Raad acht het middel gegrond en stelt vast dat de raadsman, die ter zitting was verschenen, ingevolge artikel 41 lid 1, onder b Sv was toegevoegd en niet was vervangen door een andere toegevoegde of gekozen raadsman. Aangezien de toevoeging geschiedt voor de gehele aanleg waarin zij heeft plaatsgehad, heeft het hof, volgens de Hoge Raad, het verzoek van de raadsman om de verdediging te mogen voeren afgewezen op een grond, die deze afwijzing niet kan dragen, omdat door het hof niet is vastgesteld dat door de verdachte geen prijs werd gesteld op verdediging³⁰². Eenzelfde redenering wordt gevolgd in een geval waarin de gekozen raadsman zich ter zitting van de rechtbank terug heeft getrokken, nadat hem niet werd toegestaan bij verstek de verdediging te voeren. In cassatie werd aangevoerd dat het hof de zaak naar de rechtbank had moeten verwijzen omdat de rechtbank, na het terugtreden van de raadsman, ambtshalve ex artikel 41 Sv een raadsman had moeten toevoegen. De Hoge Raad neemt de conclusie van de PG over bij de verwerping van het cassatieberoep. De PG concludeert dat het hof zijns inziens terecht geoordeeld heeft dat in de gegeven situatie de rechtbank niet ambtshalve een raadsman had moeten toevoegen en veronderstelt dat de rechtbank en het hof ervan zijn uitgegaan dat de gekozen raadsman zijn beslissing om als raadsman terug te treden niet zal hebben genomen dan na overleg met zijn cliënt en het voorts tot zijn plicht zal hebben gerekend die maatregelen te nemen die nodig zijn om schade voor zijn cliënt te voorkomen. Volgens de PG zou dit anders zijn geweest als aannemelijk was geworden dat de beslissing van de raadsman om terug te treden in strijd was met de wil van zijn cliënt³⁰³.

In een geval waarbij de advocaat niet verder wilde pleiten, nadat het hof een verzoek tot het oproepen van getuigen had afgewezen, stelde de verdachte in cassatie het hier (achteraf) niet mee eens te zijn geweest. Volgens de verdachte had het afzien van pleidooi gelijk moeten worden gesteld met het neerleggen van de verdediging en had aan de verdachte op grond van artikel 41 Sv een advocaat moeten worden toegevoegd toen zijn raadsman niet verder wilde pleiten. Omdat uit het proces-verbaal ter terechtzitting niet bleek dat de raadsman zich daadwerkelijk had teruggetrokken, werd het middel verworpen. Leijten gaat in zijn conclusie in op de situatie dat de raadsman een conflict krijgt met het gerecht en weigert verder de verdediging te voeren. Ook in een dergelijk geval, moet volgens Leijten, alleen als de verdachte uitdrukkelijk verzoekt om toevoeging van een andere

302 HR 16-02-1982, NJ 1982, 426.

303 HR 08-10-1991, NJ 1992, 155.

raadsman, een dergelijk verzoek worden gehonoreerd. Het afzien van pleidooi kan immers ook een verdedigingsstrategie zijn³⁰⁴.

Een uitzonderlijk geval waarbij de rechter wel in het belang van de verdachte ingreep, speelde bij de rechtbank Arnhem waar een verdachte terechtstond voor drie gewelddadige overvallen en een steekpartij. Ter zitting bleek dat de raadsman, die de zaak had overgenomen van een collega, de stukken nauwelijks had bekeken en bovendien constateerde dat hij veel minder stukken had dan de rechtbank en de officier van justitie. Toen hij een exemplaar van het vuistdikke dossier van de officier van justitie kreeg, vroeg hij 10 minuten schorsing om het dossier te bekijken en te overleggen met zijn cliënt. Na de schorsing gaf hij aan dat de behandeling wat hem betrof kon worden voortgezet. Daar dacht de rechtbank anders over. De rechtbank hield de zaak aan omdat voor een goede verdediging van de belangen van de verdachte volgens de rechtbank meer dan tien minuten nodig was om het dossier te bestuderen³⁰⁵.

De terughoudendheid van de rechter om zich te mengen in de verhouding tussen de raadsman en de verdachte houdt nauw verband met het uitgangspunt dat de wijze waarop de verdediging wordt gevoerd een zaak is die alleen de verdediging zelf aangaat. Het is in het belang van een juiste rolverdeling binnen het strafproces, dat de rechter zich hiermee niet ambtshalve of ongevraagd gaat bemoeien. Behoudens een uitdrukkelijk andersluidend standpunt van de verdachte, moet de rechter ervan uitgaan, dat datgene wat de raadsman naar voren brengt, of juist niet naar voren brengt, de instemming van de verdachte heeft³⁰⁶.

2.4.9.2 *Geen machtiging: advocaat strafbaar wegens valselijk laten opmaken van een akte?*

Als een advocaat een rechtsmiddel instelt, zonder dat hij daartoe bepaaldelijk is gevolmachtigd, heeft dit geen consequenties voor de ontvankelijkheid van de verdachte indien de verdachte daar zelf geen bezwaar tegen maakt. De advocaat kan echter wel worden vervolgd wegens het valselijk laten opmaken van een akte³⁰⁷. Dit speelde in een zaak waarbij een advocaat voor een cliënte, die namens andere personen drie klaagschriften tot teruggave van inbeslaggenomen goederen wilde indienen ter griffie, maar slechts over één schriftelijke machtiging beschikte, de klaagschriften heeft ingediend alsof hij door de betrokkenen daartoe bepaaldelijk zou zijn gemachtigd. In de tegen de advocaat aangespannen strafzaak verklaart deze dat hij de klaagschriften heeft ingediend "zogenaamd namens de ondertekenaars", terwijl hij niet gemachtigd was door die personen om namens hen op te treden. In cassatie beroept de advocaat zich op de jurisprudentie van de Hoge Raad dat noch de rechter noch de officier van justitie een onderzoek mogen

304 Zie de conclusie van Leijten bij HR 24-09-1985, NJ 1986, 611 en HR 10-10-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 221.

305 Advocaat moet eerst bijlezen, De Gelderlander 23 februari 2000.

306 Zie voor de onafhankelijkheid van de verdediging ook Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 4 bij de art. 37-51 Sv.

307 Art. 227 Sr.

instellen naar de waarheid van zijn verklaring ter griffie, dat hij door de indieners bepaaldelijk is gevolmachtigd³⁰⁸. Deze stelling wordt door de Hoge Raad verworpen. Weliswaar onderzoekt de rechter de deugdelijkheid van de verklaring, dat de advocaat tot het instellen van het rechtsmiddel bepaaldelijk is gevolmachtigd alleen als de betrokkene namens wie het rechtsmiddel is ingesteld daar het initiatief toe neemt, maar dit brengt volgens de Hoge Raad niet mee dat de omstandigheid, dat van een zodanig initiatief niet is gebleken, in de weg zou staan aan een strafvervolgning van een advocaat wegens het valselijk in een akte doen opnemen dat hij tot het aanwenden van het rechtsmiddel bepaaldelijk is gevolmachtigd. Volgens de Hoge Raad is in dit geval het aan de advocaat tenlastegelegde feit ook bewezen, omdat er geen enkele omstandigheid was om aan te nemen dat de advocaat ervan uit had mogen gaan dat hij gemachtigd was of op enigerlei wijze impliciet gemachtigd was³⁰⁹.

2.4.10 Bevoegdheden die uitsluitend aan de raadsman zijn toegekend

Op de regel dat de verdachte het recht heeft zichzelf te verdedigen en dat rechtsbijstand hierbij niet verplicht is³¹⁰, is een uitzondering gemaakt in de cassatieprocedure. Al vanouds geldt in de cassatieprocedure dat alleen de raadsman van de verdachte bevoegd is ter zitting van de Hoge Raad het woord te voeren³¹¹. De ratio hiervan is dat het in de cassatieprocedure uitsluitend gaat om juridische kwesties en de raadsman beter in staat wordt geacht hierop in te gaan dan de verdachte. De cassatieprocedure is in 1999 en 2000 ingrijpend gewijzigd in een drietal wetten, waarbij onder andere een verplichte cassatieschriftuur en verplichte procesvertegenwoordiging zijn ingevoerd³¹². Verder is per 1 juni 1999 ook voor de herzieningsprocedure bepaald dat alleen de raadsman de herzieningsaanvraag bij de Hoge Raad mondeling kan toelichten (art. 463 Sv). Voorheen golden voor de behandeling in raadkamer de algemene bepalingen voor de raadkamerprocedure

308 Hij beroept zich hierbij op de in § 2.4.9.1 geciteerde overwegingen uit HR 23-06-1964, NJ 1965, 129.

309 HR 26-03-1991, NJ 1991, 612.

310 Zie § 2.4.1.

311 Art. 439 Sv (oud), zie De Hullu 1989, p. 240.

312 Bij Wet van 1 oktober 1998, Stb. 591, in werking getreden op 1 juni 1999, is een schriftuurstermijn voor de verdachte ingevoerd, met dien verstande dat een cassatieschriftuur binnen twee maanden na betekening van de aanzegging aan de verdachte, dat de stukken van het geding bij de Hoge Raad zijn binnengekomen, moet worden ingediend (art. 437 lid 2 Sv). Hiermee is een einde gekomen aan de praktijk dat de cassatieschriftuur door of namens de verdachte tot de laatste dag voor de zitting kon worden ingediend en als dit niet meer mogelijk was, dat de raadsman de middelen van cassatie bij pleidooi op de zitting kon presenteren. Zie voor een bespreking van de praktische consequenties van deze wijziging voor de verdediging: Sjöcrona en Brouwer 1999, p. 601-603. Bij wet van 28 oktober 1999, Stb. 469, in werking getreden op 1 januari 2000, is het cassatieberoep in de Mulderzaken (Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften) vervangen door hoger beroep bij het gerechtshof Leeuwarden). Tot slot is bij wet van 28 oktober 1999, Stb. 467, in werking getreden op 1 oktober 2000, het cassatieberoep in lichte overtredingszaken afgeschaft en is een verplichte cassatieschriftuur en verplichte procesvertegenwoordiging ingevoerd.

(art. 21-25 Sv). De indiening van de herzieningsaanvraag is echter vormvrij gebleven³¹³.

Hierna zal op de invoering van de verplichte procesvertegenwoordiging in cassatie worden ingegaan nu deze van invloed is op de positie van de raadsman en de relatie tussen de raadsman en de verdachte.

2.4.10.1 Naar een verplichte procesvertegenwoordiging in cassatie

De blauwdruk voor de wetswijzigingen in de cassatieprocedure is te vinden in het rapport van de Commissie Haak van december 1996³¹⁴. Deze commissie is ingesteld door de minister van justitie in verband met de overbelasting van de Hoge Raad door het groeiende aantal cassatieberoepen in strafzaken. De commissie krijgt als opdracht, te bezien in hoeverre de instroom van zaken bij de strafkamer kan worden beperkt, dan wel of er andere voorzieningen kunnen worden getroffen om de belasting van de Hoge Raad te beperken. De commissie stelt onder andere voor, een verplichte cassatieschriftuur in te voeren³¹⁵ en een verplichte procesvertegenwoordiging door een gespecialiseerde advocaat. Volgens het stelsel, zoals dat gold ten tijde van het uitbrengen van het rapport van de commissie Haak, mocht weliswaar uitsluitend de raadsman pleiten voor de Hoge Raad, maar omdat de cassatieprocedure voornamelijk een schriftelijke procedure is, stelde dit vereiste als mogelijke drempel voor de verdachte weinig voor³¹⁶. Een verdachte die cassatieberoep instelde, was niet verplicht een cassatieschriftuur in te dienen. Bovendien kon een cassatieschriftuur door de verdachte zelf ingediend worden. Omdat de Hoge Raad in de cassatieprocedure ambtshalve toetst, kon de verdachte ook zonder de indiening van cassatiemiddelen een kans wagen om een gunstigere uitspraak te krijgen. In de praktijk is echter gebleken dat de ongemotiveerde cassatieberoepen wel een aanslag vormen op de werkcapaciteit, maar slechts zelden leiden tot ambtshalve cassatie. De commissie Haak verwacht dat de verplichte cassatieschriftuur en de verplichte procesvertegenwoordiging tot gevolg zullen hebben dat de verdachte niet meer lichtvaardig een cassatieberoep zal doorzetten, omdat hij gedwongen wordt zijn bezwaren kenbaar te maken en dit bovendien via een raadsman moet doen. In de gevallen dat de verdachte niet geteineerd is, kan dit betekenen dat voor het cassatieberoep ook een financiële drempel wordt opgeworpen, doordat de verdachte een eigen bijdrage moet betalen als hij in aanmerking komt voor gefinancierde rechtsbijstand, of doordat de

313 Art. 463 Sv is ingevoerd bij Wet van 1 oktober 1998, Stb. 591, in werking getreden op 1 juni 1999.

314 Rapport van de Commissie Werkbelasting Strafkamer Hoge Raad, De toegang tot de cassatierechter in strafzaken, december 1996.

315 Op straffe van niet-ontvankelijkverklaring van het cassatieberoep.

316 Van de mogelijkheid om tijdens de zitting van de Hoge Raad het woord te voeren (art. 439 Sv oud), werd dan ook voornamelijk gebruik gemaakt in een situatie dat de cassatiemiddelen niet tijdig konden worden ingediend. De cassatiemiddelen konden in de oude regeling nog bij pleidooi naar voren worden gebracht, maar moesten ook in dat geval voor het sluiten van de zitting op schrift aan de Hoge Raad worden overhandigd.

verdachte zelf de kosten van een raadsman moet betalen. Ook dit financiële aspect zal een drempelverhogende effect hebben.

Daarnaast verwacht de commissie dat de verplichte inschakeling van een advocaat de kwaliteit en doelmatigheid van de rechtsbedeling in cassatie ten goede komt, omdat de Hoge Raad zich dan niet meer hoeft bezig te houden met het onderzoeken van ongemotiveerde en kansloze cassatieberoepen. De commissie realiseert zich daarbij dat de mate waarin de verplichte procesvertegenwoordiging zal bijdragen tot een kwaliteitsverbetering van de cassatieprocedure voor een belangrijk deel afhangt van de wijze waarop de advocatuur haar rol zal vervullen en de deskundigheid waarmee dit zal gebeuren. De advocaat zal aan de verdachte een advies moeten uitbrengen over de haalbaarheid van het cassatieberoep en van de advocatuur mag volgens de commissie worden verwacht dat in de zaken waarin de advocaat geen gronden voor cassatie aanwezig acht en derhalve geen aanleiding ziet om middelen te formuleren, de advocaat de verdachte zal adviseren het cassatieberoep niet door te zetten³¹⁷. Om ervoor te zorgen dat de advocaat niet alleen op grond van financiële overwegingen een cassatieberoep handhaaft, adviseert de commissie het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand zodanig aan te passen, dat de vergoeding voor de toegevoegde advocaat bij intrekking van het beroep in een redelijke verhouding staat tot de van de advocaat verwachte inspanningen ten aanzien van de advisering en dat de vergoeding niet lager zal zijn dan de vergoeding bij de handhaving van het beroep³¹⁸. Verder komt het de commissie ook gewenst voor dat binnen de advocatuur meer specialistische deskundigheid wordt opgebouwd met betrekking tot de cassatie in strafzaken en beveelt de commissie aan dat in overleg met de Nederlandse Orde van Advocaten moet worden gezien of binnen de strafrechtadvocatuur kan worden gekomen tot een groep gespecialiseerde cassatie-advocaten die de strafzaken in cassatie voor hun rekening kunnen nemen. Daarbij bepleit de commissie dat de opleidingseisen voor de in cassatie optredende advocaten een verplichtend karakter krijgen. De commissie realiseert zich dat als alleen gespecialiseerde advocaten kunnen optreden in cassatiezaken, dit een beperking van de vrije advocatenkeuze tot gevolg zal hebben en hiertoe is een wetswijziging nodig³¹⁹.

Het voorstel van de commissie Haak, met betrekking tot de verplichte cassatieschriftuur en de verplichte procesvertegenwoordiging bij de indiening hiervan, is in de wet overgenomen. Artikel 437 lid 2 Sv bepaalt dat de verdachte door of namens wie beroep in cassatie is ingesteld, op straffe van niet-ontvankelijkheid verplicht is binnen twee maanden nadat de in het eerste lid van artikel 435 bedoelde aanzegging is betekend, bij de Hoge Raad door zijn raadsman een schriftuur te doen indienen, houdende middelen van cassatie³²⁰. De raadsman is daar-

317 Rapport Commissie Haak, p. 37-38.

318 Rapport Commissie Haak p. 60.

319 Rapport Commissie Haak, p. 60-62. Volgens het huidige systeem geldt het uitgangspunt van art. 37 Sv ook in cassatiezaken, hetgeen betekent dat alle in Nederland en in de Europese Unie ingeschreven advocaten kunnen optreden in cassatiezaken.

320 Wet van 28 oktober 1999, Stb. 467, in werking getreden op 1 oktober 2000.

mee de enige persoon geworden die een cassatieschriftuur kan indienen³²¹. De eis tot wettelijke vastlegging van specialisatie-eisen ten aanzien van de advocaten die in strafrechtelijke cassatiezaken kunnen optreden, zoals voorgesteld door de Commissie Haak, zijn echter niet overgenomen³²². Het beleid van de Nederlandse Orde van Advocaten om specialisatie te bevorderen wordt vooralsnog afdoende geacht³²³. Dit betekent dat in beginsel iedere advocaat die zich deskundig acht, als raadsman in cassatie kan optreden. Voor wat betreft de vergoeding voor de werkzaamheden van de raadsman die op toevoegingsbasis optreedt, is geregeld dat de raadsman op wiens advies het cassatieberoep wordt ingetrokken eenzelfde vergoeding krijgt als de raadsman die geen middelen indient, namelijk 50% van de vergoeding die wordt betaald als er wel cassatiemiddelen zijn ingediend³²⁴. Verder is het stelsel van rechtsbijstand zodanig gewijzigd dat in beginsel in alle gevallen waarin cassatieberoep openstaat, een toevoeging kan worden afgegeven indien aan de financiële eisen wordt voldaan, zodat eenieder die cassatieberoep kan instellen zich ook kan voorzien van rechtsbijstand³²⁵.

2.4.10.2 De verantwoordelijkheid van de raadsman in cassatiezaken

De Nederlandse Orde van Advocaten heeft naar aanleiding van het wetsvoorstel de vraag opgeworpen, hoe de verplichting voor de verdachte om een advocaat in te schakelen zich verhoudt met het beginsel dat een ieder zichzelf moet kunnen verdedigen. In de Memorie van Toelichting wordt naar aanleiding hiervan opgemerkt dat, nog afgezien van het stelsel van verplichte procesvertegenwoordiging op gebieden buiten strafvordering, dit beginsel al is doorbroken in economische en Antilliaanse en Arubaanse strafzaken. Bovendien wordt het in het belang van de verdachte geacht dat hij in de cassatieprocedure, waarin een specifieke juridi-

321 Doordat de mogelijkheid van ambtshalve cassatie gehandhaafd is gebleven, is de cassatieschriftuur echter niet bepalend voor de omvang van het cassatieberoep. In het oorspronkelijke wetsvoorstel wilde de minister de ambtshalve cassatie afschaffen (TK 1997-1998, 26 027, nr. 3, p. 130). Hierop is de minister echter later teruggekomen (TK 1998-1999, 26 027, nr. 5, p. 6).

322 De Orde van Advocaten heeft zich hierover, in navolging van de Adviescommissie Strafrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten in een preadvies d.d. 4 maart 1997, ook terughoudend uitgelaten en heeft naar voren gebracht dat de advocaat die zich onvoldoende geveerd voelt om zelf in een cassatieprocedure op te treden zijn cliënt in de regel doorverwijst naar een gespecialiseerde advocaat en dat het al praktijk is, dat veel cassatiezaken worden behandeld door een relatief beperkte groep van advocaten. Bovendien wordt specialisering binnen de balie al op diverse wijzen gestimuleerd. De Orde ziet geen noodzaak deze ontwikkeling te formaliseren.

323 TK 1997-1998, 26 027, nr. 3, p. 12.

324 TK 1997-1998, 26 027, nr. 3, p. 18; zie ook art. 15 Besluit vergoedingen rechtsbijstand 2000, Besluit van 21 december 1999, Stb. 580.

325 TK 1997-1998, 26 027, nr. 3, p. 17-18. Op het opwerpen van een financiële drempel is in de literatuur kritiek geleverd, zie Elzinga 1999, p. 718-719, die stelt dat de hoogte van de financiële drempel met name voor verdachte die niet in aanmerking komen voor gefinancierde rechtsbijstand nauwelijks kan worden bepaald. Kwaliteitsverbetering van de cassatierechtpraak komt in dat geval voor rekening van de verdachte.

sche deskundigheid is vereist, wordt voorzien van rechtsbijstand³²⁶. Ook wordt in de Memorie van Toelichting, in navolging van de commissie Haak, geconstateerd dat het werkbeparende effect van de verplichte procesvertegenwoordiging in belangrijke mate afhankelijk zal zijn van de wijze waarop de advocatuur hiermee omgaat³²⁷. Noch in het rapport van de commissie Haak, noch in de wetsgeschiedenis, is echter uitgewerkt welke gevolgen de verplichte procesvertegenwoordiging heeft voor de relatie tussen de raadsman en zijn cliënt. Het beginsel dat een verdachte het recht heeft zichzelf te verdedigen impliceert immers ook dat de verdachte in de relatie tot zijn raadsman dominus litis is. Verplichte procesvertegenwoordiging vormt een inbreuk op dit uitgangspunt. Er wordt van uitgegaan dat de advocaat die geen gronden voor cassatie aanwezig acht, zijn cliënt zal adviseren het beroep in te trekken, maar er is geen aandacht besteed aan de vraag hoe de advocaat moet handelen in het geval dat een cliënt zich niet wil neerleggen bij een negatief advies³²⁸. De aandacht in de discussie is vooral uitgegaan naar de werklastvermindering voor de Hoge Raad als de advocaat zijn zeeffunctie serieus neemt en naar de kwaliteitsverbetering van de cassatieprocedure³²⁹, maar nauwelijks naar de invloed die het instituut van verplichte procesvertegenwoordiging heeft op de positie van de raadsman in het strafproces. Elzinga merkt op dat de advocaat in feite wordt gebruikt als instrument om de toegang tot de cassatierechtspraak te bewaken. Hij vraagt zich af of dit gelet op de partijdige positie die de advocaat per definitie inneemt, ook wel zo zal uitpakken. Daarbij maakt het volgens Elzinga ook nog uit op welke wijze de advocaat, die een sleutelpositie gaat innemen in de cassatieprocedure, de zaak van zijn cliënt gaat beoordelen. De Commissie Haak stelt voor dat de advocaat de *haalbaarheid* van een cassatieberoep zou moeten toetsen. Dit is echter een ander soort benadering dan een beoordeling waarin getoetst wordt of een middel *verdedigbaar* is. Naar de mening van Elzinga moet de advocaat het niet laten bij een haalbaarheidstoets, maar uitgaan van de verdedigbaarheid van een middel, omdat dit essentieel is voor de rechtsontwikkeling, die het vaak moet hebben van op het eerste gezicht kansloze beroepen³³⁰.

2.5 Tussenbalans

In het voorgaande zijn nog niet alle strafprocessuele bepalingen, die van belang zijn voor de verdediging aan de orde geweest. Met name het recht op vrij ver-

326 TK 1997-1998, 26 027, nr. 3, p. 11.

327 TK 1997-1998, 26 027, nr. 3, p. 12.

328 Dit is een vraag die de Adviescommissie Strafrecht in haar preadvies van 4 maart 1997 naar aanleiding van het wetsvoorstel aan de orde stelt. Op deze vraag is echter in de parlementaire behandeling niet ingegaan.

329 Zie in dit verband ook J. Leijten 1997 II, p. 281-283, die vooral verwachtingen heeft ten aanzien van de kwaliteitsverbetering en Roording 1999, p. 138-140, die schrijft dat het te hopen valt dat de balie serieus werk maakt van de verplichte rechtsbijstand in cassatie zodat de verplichte rechtsbijstand niet neerkomt op gedwongen winkelnering voor de verdachte maar een echte impuls levert voor de kwaliteit van de strafrechtspleging.

330 Elzinga 1998, p. 340.

keer, het verschoningsrecht en de relevante verdragsbepalingen zullen nog besproken worden. Toch lijkt het zinvol om een pas op de plaats te maken, om te bezien wat de analyse tot nu toe aan inzichten oplevert voor de beantwoording van de vragen die in dit hoofdstuk centraal staan, namelijk:

- in hoeverre uit de, voor de verdediging relevante, strafvorderlijke bepalingen normen kunnen worden afgeleid voor het optreden van de raadsman in strafzaken;
- zo dit het geval is of deze normen de partijdige belangenbehartiging ondersteunen of juist beperken;
- en in hoeverre de onafhankelijkheid van de raadsman, zowel ten aanzien van de overheidsorganen die bij de rechtspleging zijn betrokken als ten aanzien van de verdachte, hierbij een rol speelt.

2.5.1 *De organisatie van de rechtsbijstand*

In § 2.3-§ 2.3.5.9 zijn de organisatorische bepalingen en de bepalingen die betrekking hebben op de bijstand van de verdachte geïnventariseerd. Expliciete normen voor het optreden van advocaten in strafzaken bevatten deze bepalingen niet. Relevant is wel dat advocaten op grond van artikel 37 Sv een monopolie hebben op het gebied van het verlenen van rechtsbijstand in strafzaken. Meer kwalitatieve eisen dan het zijn van advocaat, stelt het Wetboek van Strafvordering niet. De normering van de deskundigheidsvereisten vindt buiten het bestek van het Wetboek van Strafvordering plaats, namelijk in het kader van de Wet op de rechtsbijstand³³¹ en Advocatenwet. Illustratief voor de terughoudendheid van de wetgever om inhoudelijke eisen te stellen aan de specialistische deskundigheid van de advocaat is, dat ondanks voorstellen die daartoe door de commissie Haak, in verband met de verplichte procesvertegenwoordiging in cassatie, zijn gedaan, de kwaliteitsbewaking van het optreden van advocaten in cassatiezaken aan de Orde van Advocaten wordt overgelaten³³². Het beleid van de Orde op het gebied van opleidingsactiviteiten, zoals de beroepsopleiding, de permanente opleiding, de bevordering van specialisatie en het tuchtrecht worden in beginsel als afdoende beschouwd. In zekere zin lijkt hiermee de onafhankelijkheid van de advocatuur te worden gerespecteerd. Via de Wet op de rechtsbijstand vindt er echter in toenemende mate een inmenging plaats in de beroepsuitoefening, onder andere door middel van de inschrijvingsvoorwaarden voor deelname aan het systeem van gefinancierde rechtsbijstand³³³. Daaruit blijkt dat de kwaliteitsbewaking van de gefinancierde rechtsbijstand niet meer uitsluitend aan de Orde wordt overgelaten. Het stellen van deskundigheidsvoorwaarden is in het belang van de rechtzoekende (de verdachte) te rechtvaardigen en in zoverre kunnen tegen de voorwaarden van de Raden voor rechtsbijstand geen bezwaren worden ingebracht. Dat wordt anders, als de Raden voor rechtsbijstand gedetailleerde richtlijnen gaan ge-

331 Zie § 2.3.5.7.

332 Zie § 2.4.10.1.

333 Zie § 2.3.5.7.

ven met betrekking tot de wijze waarop raadslieden hun bijstand dienen te verlenen³³⁴. Daarbij moet in het oog worden gehouden dat de Raden ook belast zijn met de controle en toekenning van toevoegingsvergoedingen en dat zij kunnen beslissen of in bewerkelijke zaken een extra vergoeding wordt toegekend. Weliswaar bezitten de Raden voor Rechtsbijstand, rechtspersoonlijkheid teneinde een zekere onafhankelijkheid van de overheid te waarborgen³³⁵, voor hun beleid en uitoefening van hun taken zijn zij verantwoording schuldig aan de minister van justitie³³⁶. Met name in de combinatie van regelgevende en controlerende bevoegdheden schuilt een bedreiging voor de onafhankelijkheid van de advocaat. De Raden voor rechtsbijstand hebben namelijk ook tot taak te zorgen voor een zo doelmatig mogelijke besteding van de ter beschikking staande middelen³³⁷, hetgeen in de praktijk betekent dat de Raden het overheidsbudget dat bestemd is voor gefinancierde rechtsbijstand moeten bewaken. Als de Raden daarbij de noodzaak werkzaamheden in het kader van de rechtsbijstand gaan toetsen, kan de onafhankelijke beroepsuitoefening van de advocaat in het gedrang komen³³⁸.

Het overgrote deel van de organisatorische bepalingen in het Wetboek van Strafvordering heeft betrekking op de toevoegingsregeling, waarmee het belang gediend is dat wordt toegekend aan het recht van de verdachte op rechtsbijstand in strafzaken. Op een aantal punten van deze regeling en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie is – gezien vanuit de positie van de verdachte – kritiek uit te oefenen, met name als het gaat om de garantie van vrije advocatenkeuze bij ambtshalve toevoegingen en de verplichting van de verdachte tot het betalen van een eigen bijdrage in de kosten van rechtsbijstand in sommige gevallen. Opmerkelijk is dat de toevoegingsvoorwaarden van het Wetboek van Strafvordering en die van de WRB niet op elkaar zijn afgestemd. Dit kan tot strubbelingen leiden als de rechter een last tot toevoeging verstrekt en de betrokken advocaat al aan zijn maximum aantal toegevoegde zaken zit volgens regelingen op basis van de WRB³³⁹. Tegenstrijdig is ook dat de WRB uitgaat van het recht op vrije advocatenkeuze, terwijl dit recht volgens de Hoge Raad aan de verdachte, ten aanzien van wie door de rechter op grond van het Wetboek van Strafvordering een last tot toevoeging wordt gegeven, niet toekomt³⁴⁰. Doordat aan gedetineerde verdachten altijd ambtshalve en kosteloos een advocaat wordt toegevoegd en hiernaast ook is voorzien in een toevoegingsregeling op verzoek³⁴¹, kan per saldo worden gecon-

334 Zoals bijvoorbeeld de Regeling strafpiket van de RvR Leeuwarden, zie § 2.3.5.7.

335 Art. 2 WRB.

336 Art. 7 en 9 WRB.

337 Zie § 2.3.5.7.

338 Zie Spronken 1996 II en Verkijk 1999 en 2000.

339 Zie § 2.3.5.8.

340 Zie § 2.3.5.9.

341 Zie § 2.3.5.3. Van belang is hierbij ook dat in beginsel door het Bureau Rechtsbijstandvoorziening een toevoeging wordt afgegeven in zaken die bestraft kunnen worden met een geldboete van f. 400,- of meer.

cludeerd dat door de toevoegingsregeling een belangrijke voorwaarde voor het effectueren van het recht op rechtsbijstand wordt vervuld³⁴².

2.5.2 Het recht op bijstand

Voor wat betreft het recht van de verdachte op bijstand van een raadsman is artikel 28 Sv een sleutelbepaling. Hierin is vastgelegd dat de verdachte de bevoegdheid heeft zich te doen bijstaan door een of meer raadslieden. De restrictieve uitleg van deze bepaling, namelijk dat de verdachte zich alleen *dán* kan laten bijstaan als de wet dit uitdrukkelijk (nader) bepaalt, verraadt een sterk inquisitoir gekleurde denkwijze. De redactie van artikel 28 Sv zou ook een meer accusatoire benadering toelaten, in die zin dat de bevoegdheid van de verdachte zich te laten bijstaan steeds geldt, tenzij de wet dit uitdrukkelijk uitsluit. De verschillen van opvattingen over de omvang van de bevoegdheid van de verdachte om zich te laten bijstaan en overleg te voeren met zijn raadsman, die bijvoorbeeld tot uitdrukking komen in de discussie over het recht van de verdachte om zich tijdens het politieverhoor te laten bijstaan³⁴³ en in de discussie over de vraag of de passage 'zich in verbinding stellen' in artikel 28 lid 2 Sv ook een recht op overleg inhoudt³⁴⁴, gaan dieper dan technische en juridische vragen van wetsuitlegging. Het gaat hierbij om *principiële verschillen van inzicht over de grondslagen van het Nederlandse strafproces*. Duidelijk is dat met name in de beginfase van het strafvorderlijke onderzoek, waarin het onderzoeksbelang voorop staat, de inquisitoire benaderingswijze de voorrang krijgt. Het recht op bijstand is geen algemeen recht, maar een recht dat ondergeschikt is aan het onderzoeksbelang. Daarom wordt dit recht steeds afgewogen tegen het onderzoeksbelang en moet dit in nadere bepalingen van het wetboek zijn uitgewerkt. Uit de wijze waarop dat is gebeurd, is af te leiden dat in het Wetboek van Strafvordering onder 'bijstaan' voornamelijk processuele bijstand wordt verstaan³⁴⁵. Deze beperkte invulling van het begrip 'bijstaan' heeft consequenties voor de interpretatie van het recht op contact van de verdachte met zijn raadsman. De verdachte kan aan artikel 28 lid 2 Sv volgens de huidige stand van zaken in de jurisprudentie geen algemeen recht ontnemen, steeds als hij daartoe behoefte heeft, te overleggen met zijn raadsman³⁴⁶. Verder is van belang dat de bevoegdheden van de raadsman die de verdachte bijstaat, behoudens tijdens het GVO en het onderzoek ter terechtzitting waarbij aan de raadsman alle bevoegdheden zijn toegekend die ook aan de ver-

342 In de bespreking van de toevoegingsregeling is niet ingegaan op de vergoedingen die worden toegekend aan toegevoegde advocaten. De toevoegingsvergoeding is in het gehele systeem van gefinancierde bijstand een voortdurend punt van kritiek, in die zin dat de vergoedingen in de meeste situaties maar een fractie vormen van de honoraria die in rekening worden gebracht als de cliënt zelf zijn rechtsbijstand bekostigt. In die zin worden de kosten van gefinancierde rechtsbijstand voor een deel afgewenteld op de advocaten, zie: Nieuwsbrief Strafrecht 1999, p. 236-240 en voor een schets van de algemene problematiek Van Nispen 1998.

343 Zie § 2.4.2.

344 Zie § 2.4.3.2-§ 2.4.3.5.

345 Zie § 2.4.3.3.

346 Zie voor een uitgebreidere bespreking van het recht op vrij verkeer § 2.9 e.v.

dachte toekomen, per situatie nader zijn uitgewerkt, zoals bijvoorbeeld het recht om opmerkingen te maken bij een verhoor, het recht om vragen te (laten) stellen aan getuigen, het recht om aanwijzingen te geven bij een doorzoeking van plaatsen en het recht om te verzoeken een verklaring woordelijk op te nemen in het proces-verbaal.

2.5.3 *Vrijheid van verdediging*

In het Wetboek van Strafvordering wordt nergens inhoudelijk gedefinieerd wat verdediging is, of voorgeschreven hoe de verdediging gevoerd zou moeten worden³⁴⁷. Het ontbreken van dergelijke voorschriften geeft ruimte voor een (van de overheid) onafhankelijk en partijdig optreden van de raadsman³⁴⁸. De verdachte en zijn raadsman hebben de vrijheid de verdediging naar eigen inzicht te voeren. Uit de jurisprudentie met betrekking tot het aanwenden van rechtsmiddelen en het optreden van de raadsman ter terechtzitting blijkt dat de rechter terughoudend is om zich te mengen in de verhouding tussen de raadsman en de verdachte en dat hierbij het uitgangspunt wordt gehanteerd dat de manier waarop de verdediging wordt gevoerd, alleen de verdediging zelf aangaat³⁴⁹.

De wijze waarop de verdediging wordt gevoerd kan hoogstens worden beperkt door de voorzitter op de zitting die de leiding van de zaak heeft en op grond van artikel 272 Sv ordemaatregelen kan nemen, als de verdachte of zijn raadsman nodeloos in herhaling vallen, niet ter zake doende kwesties willen bespreken of de voortgang van de zitting verstoren. Het uitgangspunt is echter dat het de raadsman vrij staat alles naar voren te brengen wat hem in het kader van de verdediging dienstig voorkomt³⁵⁰. De normering van het optreden van de raadsman vindt niet plaats via het Wetboek van Strafvordering maar via de Advocatenwet³⁵¹ en het Wetboek van Strafrecht³⁵². Wel kan uit de jurisprudentie, die in het vorige hoofdstuk is besproken, worden afgeleid dat de raadsman bij de uitoefening van verdedigingsbevoegdheden alert moet zijn, willen er geen rechten verspeeld worden³⁵³.

³⁴⁷ Zie met name § 2.4.3.6.

³⁴⁸ Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 4 bij de art. 37-51 Sv en zie ook haar oratie: Prakken 1999 II, p. 15.

³⁴⁹ Zie de jurisprudentie genoemd in § 2.4.9.1. Dat dit uitgangspunt van non-interventie niet altijd in het voordeel van de verdachte is, blijkt uit HR 26-05-1998, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, 116, waarin de Hoge Raad overweegt dat het voor de verantwoordelijkheid van de verdachte komt contact te onderhouden met zijn raadsman, evenals eventuele tekortkomingen in de bijstand. Alleen in bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld als de raadsman zijn opdracht neerlegt en daarbij onzorgvuldig jegens zijn cliënt handelt, kan hierover volgens de Hoge Raad anders worden geoordeeld.

³⁵⁰ § 2.4.7.4.

³⁵¹ Met name art. 46 Advocatenwet en de daarop gebaseerde Gedragsregels 1992, zie verder hoofdstuk 4.

³⁵² De raadsman mag immers geen strafbare feiten plegen.

³⁵³ § 1.10.4.

2.5.4 *Verhouding raadsman-verdachte*

Een centraal uitgangspunt, dat bepalend is voor de verhouding tussen de raadsman en de verdachte, is, dat de verdachte in beginsel niet verplicht is zich door een raadsman te laten bijstaan³⁵⁴. Artikel 28 Sv bepaalt dat de verdachte *bevoegd* zich door een raadsman te laten bijstaan en ingevolge artikel 37 Sv in beginsel ook vrij is in de keuze van zijn raadsman. Ook ingeval van een ambtshalve toevoeging van een raadsman kan de verdachte rechtsbijstand weigeren en ervoor kiezen zichzelf te verdedigen. Een belangrijk gevolg hiervan is, dat de verdachte in de relatie met zijn raadsman *dominus litis* is³⁵⁵. Opvattingen van de raadsman over hoe de verdediging gevoerd moet worden, zijn niet doorslaggevend. Het is de taak van de raadsman de verdachte *bij te staan*, niet om de verdediging over te nemen en dat betekent dat de verdachte ook in zijn eigen verdediging het laatste woord heeft. Als de verdachte niet tevreden is over de wijze waarop de verdediging gevoerd wordt, kan hij een andere raadsman kiezen, of de verdediging zelf voeren zoals hem dat goed dunkt.

Dat de verdachte *dominus litis* is kan ook worden afgeleid uit de systematiek van toekenning van rechten en bevoegdheden aan de verdediging. In het Wetboek van Strafvordering worden de rechten en bevoegdheden primair aan de verdachte toegekend en komen deze alleen dan mede aan de raadsman toe, indien dit uitdrukkelijk is bepaald. Afgezien van de 'artikel 331-formule'³⁵⁶ die van toepassing is tijdens het GVO en het onderzoek ter terechtzitting, komen aan de raadsman in alleen dan gelijke bevoegdheden toe als aan de verdachte, indien daarvoor een grondslag in de wet kan worden gevonden. Ook al kan de raadsman, als aan hem overeenkomstige bevoegdheden zijn toebedeeld, deze bevoegdheden zelfstandig uitoefenen; deze blijven van de verdachte afgeleide bevoegdheden en de raadsman mag deze niet tegen de kennelijke wil van de verdachte uitoefenen. Bij een verschil van mening tussen de verdachte en zijn raadsman is het standpunt van de verdachte doorslaggevend³⁵⁷.

2.5.5 *Bijstand is zelfstandige aangelegenheid*

Het uitgangspunt dat de verdachte in het strafproces *dominus litis* is, betekent niet dat de verdachte en zijn raadsman met elkaar worden vereenzelvigd. In zijn ondersteunende rol staat de raadsman naast de verdachte. De raadsman heeft als zo-

354 § 2.3.3 en § 2.4.1.

355 Dit uitgangspunt wordt ook in de literatuur breed gedeeld, zie Melai 1981, p. 159; Corstens 1999, p. 88; De Roos 1991, p. 20 e.v.; Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 4 bij de art. 37-51 Sv; Sutorius, Vademecum Strafszaken, suppl. 1, 1.4.3; het enige afwijkende standpunt wordt verwoord in Minkenhof/Reijntjes 1999, p. 77 waarin gesteld wordt dat de raadsman krachtens zijn functie noodzakelijk een eenzijdig standpunt inneemt, namelijk het standpunt in het belang van zijn cliënt (wat niet noodzakelijk het standpunt van zijn cliënt hoeft te zijn) en p. 78 waarin wordt vermeld dat de raadsman aan de verlangens van de cliënt niet verder gebonden is dan hij zelf redelijk acht.

356 Inhoudende dat aan de raadsman overeenkomstige bevoegdheden toekomen als aan de verdachte.

357 § 2.4.7.3.

danig ook bevoegdheden die de verdachte niet zelf kan uitoefenen en die bedoeld zijn om de effectiviteit van de bijstand te verhogen, zoals de bevoegdheid tot het stellen van vragen aan verdachte ter terechtzitting ex artikel 286 lid 4 Sv en het voeren van het woord over de geestesvermogens van de verdachte buiten aanwezigheid verdachte ex artikel 300 Sv³⁵⁸.

Van belang is ook, dat in tegenstelling tot al hetgeen de verdachte ter terechtzitting zegt, datgene wat de raadsman ter zitting naar voren brengt niet voor het bewijs (tégen de verdachte) kan worden gebruikt³⁵⁹. Hierdoor heeft de raadsman een grotere vrijheid van spreken dan de verdachte.

2.5.6 Eenheid van de verdediging

Uit de wijze van toekenning van bevoegdheden blijkt dat de verdachte en zijn raadsman als een eenheid worden behandeld. Dit komt niet alleen door de omstandigheid dat aan de raadsman als regel niet méér bevoegdheden worden toegekend dan aan de verdachte, maar ook doordat de raadsman en de verdachte een gelijke informatiepositie met betrekking tot de resultaten van het opsporingsonderzoek toekomt. Zo wordt bijvoorbeeld in het vooronderzoek informatie waarvan de verdachte in het belang van het onderzoek tijdelijk onkundig moet blijven, ook aan de raadsman onthouden, omdat de raadsman deze informatie aan de verdachte kan doorgeven en/of anderszins ten voordele van de verdachte zou kunnen gebruiken. Het wetboek kent geen bepaling op grond waarvan de raadsman verplicht zou kunnen worden informatie aan de verdachte te onthouden en alleen het feitelijk onthouden van contact tussen de raadsman en de verdachte door middel van de beperking van het vrij verkeer ex artikel 50 lid 2 Sv kan voorkomen, dat de raadsman door hem verkregen informatie uitwisselt met zijn cliënt. Dit betekent dat het Wetboek van Strafvordering impliciet uitgaat van een partijdige belangenbehartiging.

Op het beginsel van gelijke behandeling van de verdachte en zijn raadsman zijn uitzonderingen gemaakt, namelijk bij het horen van getuigen in het vooronderzoek³⁶⁰, bij het horen van anonieme getuigen³⁶¹, in de situatie dat de verdachte wegens ordeverstoring uit de zittingzaal is verwijderd³⁶² of indien de geestesgesteldheid van de verdachte of de te horen getuige dit nodig maakt³⁶³ en in sommige TBS-procedures bij de inzage van psychiatrische rapportage³⁶⁴. Verder is in de jurisprudentie de mogelijkheid gecreëerd aan de raadsman, buiten de verdachte om, inzage te verlenen in stukken³⁶⁵.

Met name de regeling met betrekking tot het horen van anonieme getuigen en het Dev Sol-arrest maken duidelijk hoe belangrijk het is, dat het uitgangspunt van

358 § 2.4.5.

359 § 2.4.7.4.

360 Art. 186a Sv.

361 Art. 226d Sv.

362 Art. 273 lid 3 Sv.

363 Art. 297 lid 3 Sv en de art. 300 lid 1, 497 lid 1 en 509d lid 2.

364 § 2.4.7.7.

365 § 2.4.7.9.

eenheid van de verdediging wordt gerespecteerd, zowel voor de positie van de verdachte als rechtssubject in het strafproces, als voor de relatie tussen de raadsman en de verdachte. Opvallend is, dat in het geheel niet is gedacht aan de situatie dat de verdachte zichzelf wil verdedigen, waartoe hij immers het recht heeft. Hoe moet in die situatie worden omgegaan met een fotoboek zoals in de Dev-Sol zaak? Als de Hoge Raad erkent dat het in het belang is van een goede procesorde dat de verdediging inzage krijgt in stukken die niet tot de processtukken behoren, mag de verdachte die zichzelf wil verdedigen en geen raadsman heeft dan inzage worden geweigerd?

Als aan de raadsman méér bevoegdheden worden toegekend dan aan de verdachte, dan heeft dit een domino-effect. In de eerste plaats komt het recht van de verdachte zichzelf te verdedigen onder druk te staan en daarmee zijn erkenning als procespartij³⁶⁶. Dit heeft tot gevolg dat de verdachte in de verhouding tot zijn raadsman niet meer dominus litis is, hetgeen op zijn beurt weer een bedreiging vormt voor de vertrouwensrelatie tussen de verdachte en zijn raadsman. Ook de invoering van de verplichte procesvertegenwoordiging in cassatie zorgt voor een verschuiving van de machtsverhouding tussen de raadsman en de verdachte en maakt de verdachte afhankelijk van zijn raadsman. Bovendien wordt van de raadsman verwacht dat hij ter ontlasting van de Hoge Raad, als een zeef fungeert voor de toegang tot de Hoge Raad. Zolang de verdachte zich met het advies van zijn raadsman om af te zien van het instellen van cassatieberoep kan verenigen, is dit geen probleem. Maar het dilemma waar de raadsman voor komt te staan als de verdachte zijn cassatieberoep ondanks een negatief advies wil doorzetten, is in de wetsgeschiedenis genegeerd. In feite wordt de raadsman in de cassatieprocedure belast met een rechterlijke taak die tegenstrijdig is met zijn rol als partijdige belangenbehartiger. Als de raadsman geen enkele cassatiemogelijkheid ziet en negatief adviseert en zijn cliënt zich hierbij niet neerlegt, dan kan de raadsman twee dingen doen. Hij kan geen middelen indienen, waarmee hij in feite bepaalt dat het cassatieberoep niet ontvankelijk zal worden verklaard, of hij kan een – zijns inziens nutteloos – cassatiemiddel indienen en daarbij de mogelijkheid voor de cliënt openhouden dat de Hoge Raad op een andere grond ambtshalve casseert. Het is duidelijk dat de regeling van verplichte procesvertegenwoordiging in cassatie de laatste optie beoogt tegen te gaan, maar het is eveneens duidelijk dat de advocaat die vasthoudt aan zijn rol van partijdige belangenbehartiger door deze regeling gedwongen wordt voor de laatste optie te kiezen.

2.5.7 *De systematiek van toekenning van bevoegdheden*

De conclusie is, dat uit de systematiek van toekenning van bevoegdheden in zijn algemeenheid voortvloeit, dat de verdachte bij zijn verdediging dominus litis is en dat aan de raadsman een ondersteunende taak toekomt. Hoe de raadsman de verdachte ondersteunt, wordt niet inhoudelijk genormeerd, wat tot gevolg heeft dat aan de raadsman de ruimte wordt gegeven om zich onafhankelijk en partijdig op te stellen.

366 Zie voor de betekenis van het begrip procespartij in dit verband § 2.4.3.1.

Haaks op deze uitgangspunten, die aan het systeem van toekenning van bevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering ten grondslag liggen, staat de ontwikkeling dat aan de raadsman meer bevoegdheden worden toegekend dan aan de verdachte of dat aan de raadsman in plaats van aan de verdachte bevoegdheden worden toegekend. Dit doet zich voor bij het horen van anonieme getuigen, bij de kennisneming van stukken en speelt ook bij de verplichte procesvertegenwoordiging in de cassatieprocedure. Van belang is te onderkennen dat dit niet gebeurt ter verhoging van de kwaliteit van de verdediging, maar voornamelijk ter bescherming van opsporings- en vervolgingsbelangen³⁶⁷ en ten behoeve van de efficiency van de rechtspleging³⁶⁸. Hoewel in de cassatieprocedure ook het argument speelt van verbetering van de kwaliteit van de cassatieprocedure en het belang van de verdachte zich hierin door een deskundige raadsman te laten bijstaan, is kwaliteitsverbetering niet het hoofdargument voor de invoering van de verplichte procesvertegenwoordiging. Zolang het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand iedere verdachte de mogelijkheid biedt om zich in cassatie te laten bijstaan, zijn immers de belangen van de verdachte voldoende veiliggesteld. Het belangrijkste argument rechtsbijstand *verplicht* te stellen is, dat de raadsman de overbelasting van de Hoge Raad kan terugdringen door als zeef te fungeren voor kansloze en ongemotiveerde cassatieberoepen.

Door aan de raadsman meer bevoegdheden toe te kennen dan aan de verdachte, worden de rechten van de verdediging in feite beperkt. Bevoegdheden die in beginsel aan de verdachte toekomen, worden als dat beter uitkomt, alleen aan de raadsman toegekend. Formeel wordt dan aangenomen dat aan de rechten van de verdediging voldoende tegemoet is gekomen. Miskend wordt echter, dat een dergelijke gesplitste bevoegdheidstoedeling ernstige negatieve gevolgen kan hebben, zowel voor de vertrouwensrelatie tussen de raadsman en de verdachte, als voor een effectieve verdediging³⁶⁹ en daardoor ook een bedreiging vormt voor de kwaliteit van de rechtspleging.

Deze formalistische benadering van de belangen van de verdediging, die gepaard gaat met de toedeling van een zekere verantwoordelijkheid aan de raadsman voor een efficiënt procesverloop, is ook terug te vinden in de nieuwe verstekregeling die is ingevoerd bij de herziening van het onderzoek ter terechtzitting³⁷⁰ en speelt eveneens in de in hoofdstuk 1 weergegeven discussie over de vraag of de verdediging misbruik kan maken van haar bevoegdheden³⁷¹. Op beide onderwerpen, de regeling van de verdediging in verstekzaken en de vraag of bevoegdheden van de verdediging kunnen worden misbruikt, zal hierna dieper worden ingegaan.

367 Deze belangen staan voorop bij de regeling van het horen van getuigen in het GVO (art. 186a Sv), bij de regeling van de bedreigde getuige ex art. 226a e.v. Sv, zie § 3.4.6.7 en in het Dev Sol arrest zie § 2.4.7.9.

368 Dit belang speelt vooral bij de invoering van de verplichte procesvertegenwoordiging in de cassatieprocedure, zie § 2.4.10.1 en § 2.4.10.2.

369 De gang van zaken in het Dev Sol arrest is hiervan een goed voorbeeld, zie § 2.4.7.9.

370 Art. 279 Sv, ingevoerd bij Wet van 15 januari 1998, Stb. 33.

371 § 1.11.2.

2.6 Verdediging van de afwezige verdachte

In § 2.4.3.1 is aangegeven dat de wetgever bij de term 'bijstaan' voornamelijk heeft gedacht aan processuele bijstand. Daarbij geldt als uitgangspunt dat de bijstand wordt verleend in aanwezigheid van de verdachte. Toch is de aanwezigheid van de verdachte in de praktijk niet altijd vereist. Zo wordt voor de raadkamerprocedure aangenomen dat de raadsman ook buiten aanwezigheid van de verdachte kan optreden. Dit kan worden afgeleid uit een arrest van 9 maart 1982³⁷² waarin de Hoge Raad een behandeling in raadkamer, waarbij de raadsman buiten aanwezigheid van de verdachte een bezwaarschrift tegen de dagvaarding heeft toegelicht, niet nietig acht, ondanks het feit dat de advocaat-generaal hierop in zijn conclusie heeft gewezen. Van Veen merkt in zijn noot bij deze beschikking op, dat nu de verdachte in een bezwaarschriftprocedure niet komt om verhoord te worden maar om zijn bezwaarschrift toe te lichten, de raadsman dit ook voor de verdachte kan doen³⁷³. Datzelfde geldt voor de huiszoeking, oftewel het doorzoeken van plaatsen, zoals dat sinds 1 februari 2000³⁷⁴ heet. De Hoge Raad heeft dit beslist in een zaak waarin de raadsvrouw niet werd toegelaten bij een huiszoeking, waarbij de verdachte afwezig was. De Hoge Raad overweegt dat het doel van de bepaling, dat de verdachte zich tijdens de huiszoeking door een raadsman kan laten bijstaan, is: "te bevorderen dat tijdens een huiszoeking de gerechtvaardigde belangen van de verdachte naar voren kunnen worden gebracht bij de rechter-commissaris". De Hoge Raad neemt aan dat voor het verlenen van deze bijstand de tegenwoordigheid van de verdachte bij een huiszoeking niet vereist is en dat de raadsman ook bij afwezigheid van de verdachte bij de huiszoeking kan optreden, zij het dat de huiszoeking daartoe niet behoort te worden opgehouden³⁷⁵.

Dat de raadsman ook bij afwezigheid van de verdachte kan optreden in situaties waarin de verdachte niet alleen als procespartij 'gehoord' wordt, maar ook als verdachte 'verhoord'³⁷⁶ wordt – zoals tijdens het onderzoek ter terechtzitting – is echter tot voor kort meer uitzondering dan regel geweest.

2.6.1 *Vertegenwoordigen en verdedigen*

In het Wetboek van Strafvordering van 1926 is, uitgezonderd de in artikel 509d Sv voorziene regeling³⁷⁷, niets te vinden over de mogelijkheid dat de raadsman

372 HR 09-03-1982, NJ 1982, 572.

373 Ook Valkenburg merkt in T&C Sv 1999, aant. 3 bij art. 23 Sv op, dat hoewel uit de formulering van art. 23 geen vertegenwoordigingsbevoegdheid valt af te leiden, in de gevallen dat de confrontatie van de betrokkenen niet specifiek is gericht op de bewijsverkrigging, weinig bezwaar is tegen het solo-optreden van de advocaat; idem Corstens 1999, p. 239.

374 Zie art. 99a Sv, ingevoerd bij Wet van 27 mei 1999 (Herziening GVO), Stb. 243.

375 HR 1 maart 1994, NJ 1994, 526, zie voor de vervolgsaak hierop HR 14-02-1995, NJ 1995, 405.

376 Zie voor het onderscheid tussen 'horen' en 'verhoren' § 2.4.3.1.

377 Waarin is voorzien dat ten aanzien van de verdachte bij wie een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens bestaat, de raadsman ook bij verstek met de verdediging belast blijft.

zijn cliënt zou kunnen verdedigen als deze verstek laat gaan. Wel is er een regeling getroffen dat de verdachte zich in bepaalde zaken laat vertegenwoordigen door een advocaat. Artikel 270 Sv (oud) bepaalde dat de verdachte zich kon doen vertegenwoordigen door een bepaaldelijk daartoe gevolmachtigde advocaat in zaken betreffende strafbare feiten waarop geen gevangenisstraf is gesteld³⁷⁸ en artikel 398 lid 2 Sv bepaalt (nog steeds) dat de verdachte zich in overtredingszaken bij de kantonrechter kan doen vertegenwoordigen door een daartoe bepaaldelijk gevolmachtigde advocaat of door een daartoe bij bijzondere volmacht schriftelijk gemachtigde. In beide gevallen kan (kon) de rechter de vertegenwoordiging niet toelaten en bepalen dat de verdachte zelf moet verschijnen. De ratio van deze vertegenwoordigingsregeling is, dat het niet nodig wordt geacht dat de verdachte voor lichtere feiten persoonlijk voor de rechter verschijnt³⁷⁹. Opvallend is verder dat de verdachte zich in kantongerechtszaken ook kan laten vertegenwoordigen door een niet-advocaat en dat de tekst van beide bepalingen voor wat betreft de vertegenwoordiging identiek is aan de machtigingsregeling voor het instellen van rechtsmiddelen ex artikel 450 Sv³⁸⁰.

Artikel 270 Sv (oud) is bij de herziening van het onderzoek ter terechtzitting³⁸¹ vervallen, zodat vertegenwoordiging niet meer mogelijk is bij rechtbanken en hoven. Bij de kantonrechter is vertegenwoordiging nog steeds mogelijk.

Tussen verdedigen en vertegenwoordigen bestaan belangrijke verschillen. Bij vertegenwoordiging treedt de advocaat of gemachtigde helemaal in de plaats van de verdachte³⁸². Dat wil zeggen dat hij dezelfde procesrechten heeft als de verdachte, maar ook dat zijn verklaringen ter terechtzitting worden aangemerkt als verklaringen van de verdachte en dus voor het bewijs kunnen worden gebruikt³⁸³. Hiervoor is al aangegeven dat de verklaringen van de raadsman die de verdachte verdedigt juist niet voor het bewijs kunnen worden gebruikt³⁸⁴. Dit heeft tot gevolg dat een advocaat niet tegelijkertijd als vertegenwoordiger én als raadsman kan optreden. Aanvankelijk werden er in de rechtspraak geen gevolgen aan verbonden als dit wel gebeurde en werden processen-verbaal van de terechtzitting waaruit kon worden afgeleid dat de advocaat gelijktijdig als gemachtigde en als raadsman optrad verbeterd. Vaak stond in het proces-verbaal van de zitting zowel de term raadsman als gemachtigde en werd dit als een kennelijke vergissing be-

378 Via art. 415 Sv, dat een aantal bepalingen met betrekking tot de berechting in eerste aanleg voor de rechtbank van overeenkomstige toepassing verklaart bij de berechting in appel, was vertegenwoordiging in zaken waarop geen gevangenisstraf was gesteld ook mogelijk in appel bij de rechtbank of bij het hof.

379 MvT ORO, TK 1913-1914, nr. 3, p. 117.

380 Zie § 2.4.9.

381 Wet van 15 januari 1998, Stb. 1998, 33.

382 Symbolisch voor het verschil in rol tussen vertegenwoordiging en verdediging is, dat de advocaat die de verdachte vertegenwoordigt ook niet in toga hoeft te verschijnen.

383 Dat heeft de Hoge Raad uitdrukkelijk uitgemaakt in HR 13-02-1951, NJ 1951, 476. Zie ook Plaisier 1999, p. 200-205.

384 Zie § 2.4.7.3.

schouwd³⁸⁵. In een arrest van 9 juni 1992³⁸⁶, dat betrekking had op een zaak waarin het duidelijk was dat het hof helemaal niet had onderkend dat er een vermenigving van vertegenwoordiging en verdediging had plaatsgevonden, heeft de Hoge Raad bepaald dat het onderzoek ter terechtzitting nietig is, als de raadsman tegelijkertijd als vertegenwoordiger en raadsman van de verdachte is opgetreden.

2.6.2 *Verdediging bij verstek*

In Nederland wordt de verdachte in beginsel³⁸⁷ niet verplicht om op het onderzoek ter terechtzitting te verschijnen. De belangrijkste reden die hiervoor bij de invoering van het Wetboek van Strafvordering is aangevoerd, is dat de verdachte in de fase van de terechtzitting niet enkel als voorwerp van onderzoek moet worden beschouwd maar voornamelijk als procespartij en dat het past in het gematigde accusatoire karakter van het strafproces dat de aanwezigheid van de verdachte ter terechtzitting niet een vereiste is en de verdachte dus vrij is om te kiezen of hij al dan niet verschijnt³⁸⁸. Zoals hierna zal blijken moest voor deze vrijheid lange tijd een prijs worden betaald in die zin, dat alleen de verdachte die ter zitting verscheen, het recht werd toegekend zich te (laten) verdedigen. Liet de verdachte verstek gaan, dan was zijn raadsman niet bevoegd het woord te voeren. In 1970 wordt dit uitgangspunt voor het eerst ter discussie gesteld door Josephus Jitta en hij neemt de tot dan toe, in navolging van Blok en Besier algemeen aanvaarde opvatting³⁸⁹, dat de artikelen 270, 271 en 272 Sv (oud)³⁹⁰ zich ertegen verzetten dat de verdachte tegen wie verstek is verleend zich kan doen bijstaan door een raadsman, op de korrel³⁹¹. Hij stelt zich – geheel in de tijdgeest van de jaren zeventig³⁹² – op het standpunt dat het niet toelaten van verdediging in verstekzaken de indruk wekt "(...) dat de rechtbank, als ik het gechargeerd mag uitdrukken, de raadsman slechts duldt waar zulks uitdrukkelijk is voorgeschreven, dan wel de verdediging als verspilling van haar tijd, als quantité négligable be-

385 HR 04-11-1969, NJ 1970, 128 (zie ambtshalve opmerkingen in conclusie R Emmelink); HR 30-11-1971, NJ 1972, 77 (zie ambtshalve opmerkingen in conclusie R Emmelink); HR 25-04-1989, NJ 1990, 91.

386 HR 09-06-1992, DD 1992, 372.

387 Uitgezonderd het geval dat de rechtbank op grond van art. 278 lid 2 Sv beveelt dat de verdachte in persoon zal verschijnen en daartoe zijn bevel medebrenging gelast.

388 MvT ORO, TK 1913-1914, 286, nr. 3, p. 117.

389 Blok/Besier 1925/1926 II, commentaar bij de art. 270, 271 en 272 Sv; Van Bemmelen 1957, p. 295 en Minkenhof 1967, p. 151.

390 Art. 270, dat handelde over de vertegenwoordiging door een advocaat bij zaken waarop geen gevangenisstraf is gesteld, is vervallen bij Wet van 15 januari 1998, Stb. 33 (herziening onderzoek ter terechtzitting) en bij dezelfde wet is de verstekverlening (art. 271 Sv oud) geregeld in artikel 280 Sv en het bevel medebrenging en de vervallenverklaring van het verstek (art. 272 Sv oud) geregeld in de art. 278 en 280 Sv.

391 Josephus Jitta 1970 I, p. 909-913; Niemeijer 1970, p. 1173; Josephus Jitta 1970 II; Heeres 1970. Zie voor een weergave van de discussie ook Plaisier 1999, p. 206-211.

392 Zie § 1.7.

schouwt". Volgens Josephus Jitta openbaart zich hier "een fossiel uit een inquisitoir strafrechtelijk verleden"³⁹³.

Hij constateert dat voor de onderbouwing van het standpunt dat bij verstek geen verdediging mogelijk is, vaak taalkundige argumenten worden gebruikt. Zo zou de term 'iemand bijstaan' de aanwezigheid impliceren van degene die wordt bijgestaan en zou bijstand bij verstek niet mogelijk zijn nu de etymologische betekenis van 'verstek' het 'verstoken zijn van bijstand' is. Deze argumenten vindt hij zwak omdat 'bijstaan' volgens hem een synoniem is van 'iemand helpen' of 'ondersteunen' hetgeen in strafvorderlijk verband ook kan worden opgevat als iemand 'verdedigen' en om aan de etymologische betekenis van de term 'verstek' dergelijke verstrekkende gevolgen toe te kennen, acht hij "niet overtuigend, om niet te zeggen haast lachwekkend", net zo onzinnig als aan de term 'raadsman' de conclusie te verbinden dat bijstand niet zou kunnen worden verleend door een 'raadvrouw'³⁹⁴. Uit de term 'bijstaan' kan volgens Josephus Jitta niet worden afgeleid dat hierbij de aanwezigheid van de verdachte wordt vereist. Volgens hem ligt de oorsprong van de doctrine niet zozeer in de taalkundige betekenis van de term 'bijstaan' of 'verstek', maar eerder in de opvatting dat de bevoegdheden van de raadsman zijn afgeleid van de verdachte, dat de raadsman deze dus alleen kan gebruiken als de verdachte die kan gebruiken en dat de verdachte deze niet kan gebruiken als hij niet op de zitting aanwezig is. Daardoor wordt ieder optreden van de raadsman voor de verdachte die verstek heeft laten gaan uitgesloten³⁹⁵. Volgens Josephus Jitta volgt echter uit de stelling, dat de bevoegdheden van de raadsman van de verdachte zijn afgeleid niet logischerwijs, dat deze bevoegdheden alleen kunnen worden aangewend in aanwezigheid van de verdachte. Bovendien vindt hij het vreemd dat de raadsman wel zijn bevoegdheden houdt als de verdachte niet bij de gehele behandeling aanwezig is, zoals in het geval dat de verdachte uit de zittingzaal wordt verwijderd³⁹⁶, of bij de bespreking van zijn geestesvermogens buiten de aanwezigheid van de verdachte³⁹⁷. Als argument tegen de leer dat de verdachte zich bij verstek niet kan laten verdedigen, noemt hij dat hierdoor indirecte pressie wordt uitgeoefend op de verdachte om te verschijnen terwijl de wetgever van een verschijningsplicht niet heeft willen weten. Verder leest hij in artikel 6 lid 3 EVRM dat de verdachte niet mag worden afgehouden van zijn recht zich door zijn raadsman te laten verdedigen³⁹⁸.

In een arrest van 23 november 1971, waarin Josephus Jitta de cassatieadvocaat is, wijst de Hoge Raad de mogelijkheid van verdediging bij verstek af³⁹⁹. Lange-meijer, die in zijn conclusie ervoor pleit verdediging bij verstek toe te laten, schrijft dat het merkwaardig is dat argumenten voor een antwoord op de vraag of verdediging bij verstek toegelaten is, in de wetsgeschiedenis van het Wetboek

393 Josephus Jitta 1970 I, p. 910.

394 Josephus Jitta 1970 II.

395 Josephus Jitta haalt voor deze redenering Noyon 1925, p. 390-391 aan.

396 Art. 303 Sv (oud), thans art. 273 lid 3 Sv.

397 Art. 304 Sv (oud), thans art. 300 Sv.

398 Zie voor het verloop van de discussie: Niemeijer 1970; Josephus Jitta 1970 II; Heeres 1970 en ook Plaisier 1999, 206-211.

399 HR 23-11-1971, NJ 1972, 293.

van Strafvordering 1926 geheel ontbreken en dat alles erop wijst dat de wetgever aan deze mogelijkheid helemaal niet gedacht heeft. Hij acht het rechtvaardig, praktisch en met het stelsel van de wet verenigbaar dat de verdachte zich ook bij verstek kan laten verdedigen. De Hoge Raad volgt hem hierin echter niet. De belangrijkste overweging van de Hoge Raad is, dat indien bij verstek verdediging zou worden toegelaten, het bij verstek gewezen vonnis in wezen een contradictoair karakter zou dragen terwijl volgens de Hoge Raad de wetgever ervan uit is gegaan, dat bij de behandeling van een strafzaak, waarbij verstek tegen de niet verschenen verdachte is verleend, zolang het verstek niet vervallen is verklaard, generlei tegenspraak wordt gevoerd⁴⁰⁰.

Uit de overwegingen van de Hoge Raad valt ook op te maken, dat men eigenlijk vindt dat de verdachte niet van twee walletjes mag eten:

“dat voorts het niet minder in strijd met de wettelijke regels van goede procesorde is te achten om een verdachte, die van zijn vrijheid gebruik heeft gemaakt om niet te verschijnen en tegen wie derhalve verstek is verleend niettemin, als ware hij wel verschenen, in staat te stellen door zijn raadsman verklaringen te doen afleggen, getuigen vragen te doen stellen, stukken te doen overleggen, uitdrukkelijke weren voor te doen dragen of beroep te laten doen op strafvermindering- of strafuitsluitingsgronden, zonder dat hij persoonlijk daarover kan worden ondervraagd;

dat bovendien een dergelijke verklaring niet als opgave van feiten en omstandigheden aan verdachte uit eigen wetenschap bekend, kan gelden, zodat een en ander nimmer als wettig bewijsmiddel gebezigd kan worden, waarbij tenslotte nog de eigen waarneming van de rechter omtrent de persoon van de verdachte ontbreekt”.

Ook Bronkhorst betoont zich in zijn noot onder het arrest een voorstander van de verdediging bij verstek. Hij vat alle argumenten voor en tegen de verdediging bij verstek nog eens samen, waaronder een wetssystematisch argument dat hierboven nog niet is genoemd: als verdediging bij verstek zou worden toegelaten dan zou een vorm van vertegenwoordiging worden toegestaan bij misdrijven, hetgeen door de wet⁴⁰¹ nu juist is uitgesloten. Bronkhorst acht de taalkundige argumenten met betrekking tot de betekenis van de begrippen ‘bijstaan’ en ‘verstek’ niet overtuigend. Ook het argument dat er een vorm van vertegenwoordiging zou worden toegestaan die de wet niet toelaat, berust volgens hem op een verwarring tussen vertegenwoordiging en verdediging, hetgeen heel verschillende procesposities zijn. Hij ziet evenmin in, waarom het feit dat de bevoegdheden van de raadsman zijn afgeleid van de verdachte een verdediging bij verstek in de weg zou staan. Het argument dat de Hoge Raad doorslaggevend acht, namelijk dat indien verdediging bij verstek zou zijn toegelaten de zaak in wezen contradictoair

400 De Hoge Raad leidt dit af uit de omstandigheid dat tegen bij verstek gewezen vonnissen in sommige gevallen het rechtsmiddel van verzet wordt toegekend omdat men het billijk acht de verdachte die niet bij de behandeling aanwezig is geweest, alsnog in staat te stellen een nieuwe contradictoire behandeling voor dezelfde rechter uit te lokken. Hieruit volgt volgens de Hoge Raad dat een behandeling bij verstek dus niet contradictoair is.

401 Art. 270 Sv (oud).

zou zijn vindt hij ook niet sterk⁴⁰² en evenmin passend in de trend tot versterking van het contradictoire karakter van het strafproces⁴⁰³.

In 1980 nuanceert de Hoge Raad zijn standpunt en acht hij verdediging bij verstek toelaatbaar in de gevallen dat naar het oordeel van de rechter klemmende redenen de verdachte beletten ter terechtzitting te verschijnen⁴⁰⁴. Dit leidt tot een uitgebreide jurisprudentie over welke omstandigheden als klemmende redenen kunnen worden aangemerkt⁴⁰⁵. Deze tegemoetkoming van de Hoge Raad aan de verdediging blijkt echter niet genoeg om een Straatsburgse veroordeling te voorkomen. Op 22 september 1994 beslist het EHRM in de zaken Lala en Pelladoah tegen Nederland dat algemene uitgangspunt dat verdediging bij verstek in beginsel niet mogelijk is, in strijd is met het EVRM⁴⁰⁶. Het EHRM is van oordeel dat het op grond van artikel 6 lid 3c EVRM geoorloofd is dat een verdachte, ongeacht zijn redenen niet ter zitting te verschijnen, zich laat verdedigen door een raadsman. Bovendien overweegt het EHRM dat aan de raadsman geen formalistische eisen moeten worden gesteld om de verdediging te voeren, zoals bijvoorbeeld dat de raadsman hiertoe expliciet een verzoek zou moeten doen. Na deze uitspraak van het EHRM kan de Hoge Raad niet anders dan verdediging bij verstek toelaten⁴⁰⁷. In de verschillende besprekingen van de zaken Lala en Pelladoah wordt aangedrongen op een wetwijziging, met name omdat men zich afvraagt of een verstekbehandeling bij zware misdrijven wel aanvaardbaar is en ook omdat niet duidelijk is, wat er moet gebeuren als de verdachte niet bewust ervan heeft afgezien ter terechtzitting te verschijnen⁴⁰⁸. De verdachte heeft immers niet alleen

402 Bronkhorst schrijft: "Ik zie wel in dat de HR – om het zo uit de drukken – er geen "rommel-tje" van wil maken, maar meen toch dat er geen onaanvaardbare vertroebeling van de proces-verhoudingen ontstaat als men zich in deze anders – om niet te zeggen genuanceerder – opstelt".

403 Ook op internationaal vlak wordt gepleit voor het toelaten van verdediging bij verstek, Plaisier 1999, p. 210-211 noemt een resolutie van de Raad van Ministers van de Raad van Europa in 1975 (Resolutie 75 (11) van 21 mei 1975) en een resolutie aangenomen in 1979 door de Association Internationale de Droit Pénal (AIDP) waarover verslag is gedaan in DD 1979, p. 241.

404 HR 26-02-1980, NJ 1980, 246.

405 Zie overzicht in Plaisier 1999, p. 213-215, die in de jurisprudentie voorkomende voorbeelden noemt zoals: ernstige ziekte van de verdachte, uitzetting op grond van de Vreemdelingenwet, of een visser die moet uitvaren op de dag dat hij moet terechtstaan.

406 EHRM 22-09-1994, Series A, Vol. 297-A (Lala); EHRM 22-09-1994, Series A, Vol. 297-B (Pelladoah), ook gepubliceerd in NJ 1994, 733. Dit kwam niet onverwacht. Dat de Nederlandse praktijk waarschijnlijk in strijd zou zijn met art. 6 lid 3 EVRM was al eerder aan de orde gesteld zie bijvoorbeeld Von Brucken Fock 1994, p. 393.

407 HR 06-12-1994, NJ 1995, 515; zie voor een uitgebreidere bespreking van de gevolgen van de uitspraken van het EHRM in de zaken Lala en Pelladoah: Myjer 1994 II; Fokkens 1995; Laméris-Tebbenhof Rijenbergh 1998, m.n. p. 70-76; Plaisier 1999, p. 215-221.

408 Fokkens 1995, p. 33; Myjer 1994 II, p. 1237; Knigge stelt in zijn noot bij NJ 1994, 733 (Pelladoah) dat het, afgezien van technische aanpassingen van het Wetboek van Strafvordering met betrekking tot de verstekprocedure, "een vraag van meer gewicht is of de wetgever en de rechterlijke macht niet zouden moeten zoeken naar andere methoden om te bewerkstelligen dat de verdachte ter zitting verschijnt. Accepteren wij een strafproces waarbij de (persoon van de) verdachte geheel buiten beeld kan blijven?".

het recht om niet te verschijnen, maar ook het recht om bij de feitelijke behandeling van zijn zaak aanwezig te zijn⁴⁰⁹.

2.6.3 De huidige regeling van bijstand bij afwezigheid van de verdachte

Het meest concrete voorstel dat in de literatuur na de uitspraken van het EHRM in de zaken van Lala en Pelladoah wordt gedaan voor een wetswijziging is afkomstig van Myjer⁴¹⁰. Hij vindt dat de wetgever moet voorzien in een regeling waarin de verdedigde afwezige verdachte niet alleen de lusten van de tegensprekelijke behandeling ondervindt, maar ook de lasten⁴¹¹. Zo zou moeten worden vastgelegd, dat als de raadsman van de afwezige verdachte de verdediging voert, de behandeling geacht moet worden op tegenspraak te zijn gevoerd, hetgeen ook consequenties moet hebben voor termijnen van rechtsmiddelen. Myjer vindt niet dat er voor de verdediging bij verstek aansluiting moet worden gezocht bij de vertegenwoordigingsregeling, omdat dit gelet op de bewijsrechtelijke consequentie, dat de verklaringen van de raadsman tot het bewijs kunnen worden gebruikt, tot te veel complicaties kan leiden. Hij geeft de voorkeur aan een regeling waarbij de verdachte zich ter zitting kan laten verdedigen door een raadsman, tenzij de rechtbank bij de aanvang van het onderzoek persoonlijke verschijning van de verdachte beveelt⁴¹². Als de raadsman tot de verdediging wordt toegelaten dan geldt de voortzetting van de behandeling als een op tegenspraak, als ware de verdachte tegenwoordig. Een dergelijke regeling hoeft wat Myjer betreft niet te leiden tot nadere wetgeving in verband met een soort strafvorderlijk desaveu. Myjer licht niet toe, waarom hij dit opmerkt, maar kennelijk onderkent hij dat de fictie, dat de behandeling bij verstek geldt als een op tegenspraak, tot gevolg kan hebben, dat de verdachte het achteraf niet eens is met de wijze waarop de raadsman zijn belangen heeft behartigd en diens handelingen ongedaan zou willen maken. Volgens Myjer moet dit niet kunnen. Ook dit risico behoort tot de 'lasten' van de verdachte die zelf niet ter terechtzitting verschijnt.

De voorstellen van Myjer zijn verwerkt in Wet herziening onderzoek ter terechtzitting die op 1 februari 1998 in werking is getreden⁴¹³. Bij de verdediging van de afwezige verdachte staat artikel 279 Sv centraal. De tekst luidt als volgt:

409 In art. 14 lid 3 sub d IVBPR staat vermeld dat de verdachte het recht heeft om in eigen aanwezigheid te worden berecht. In het EVRM is dit recht niet opgenomen maar wordt dit door het EHRM wel afgeleid uit het doel en de strekking van art. 6 EVRM, EHRM 12-02-1985, NJ 1985, 685 (Colozza). Het EHRM hanteert het uitgangspunt dat de verdachte wel afstand kan doen van zijn aanwezigheidsrecht, maar stelt hieraan de voorwaarde dat dit op ondubbelzinnige wijze moet blijken.

410 Myjer 1994 II.

411 Hierin klinkt de hiervoor in § 2.6.2 geciteerde passage uit HR 23-11-1971, NJ 1972, 293 door, waaruit kan worden afgeleid dat er weerstand bestaat tegen een regeling waarbij de verdachte door verstek te laten gaan te gemakkelijk (procedurele) voordelen zou genieten.

412 De aanwezigheid van de verdachte, die zich op de zitting steeds kan beroepen op zijn zwijgrecht, kan soms nodig zijn bijvoorbeeld voor een confrontatie met getuigen, of om vast te stellen of het uiterlijk van de verdachte overeenkomt met beschrijvingen van getuigen.

413 Wet van 15 januari 1998, Stb. 33.

1. De verdachte die niet is verschenen, kan zich ter terechtzitting laten verdedigen door een advocaat die verklaart daartoe uitdrukkelijk te zijn gemachtigd. De rechtbank stemt daarmee in, onverminderd het bepaalde in artikel 278 tweede lid.
2. De behandeling van de zaak tegen de verdachte die zijn advocaat tot zijn verdediging heeft gemachtigd, geldt als een procedure op tegenspraak.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de invoering van een verschijningsplicht van de verdachte niet wenselijk wordt geacht, omdat de aanwezigheid van de verdachte op de terechtzitting niet hoeft te betekenen dat hij bereid is een verklaring af te leggen; zijn medewerking en deelname aan het onderzoek niet kan worden afgedwongen en het met de sterke arm afdwingen van de aanwezigheid van de verdachte alleen nodig is in die gevallen waarin dat in het belang van het onderzoek nodig is⁴¹⁴. Toch wordt er niet gekozen voor het wettelijk vastleggen van de mogelijkheid van de verdachte om zich bij verstek door een raadsman te laten verdedigen, hetgeen na de uitspraken van het EHRM in de zaken Lala en Pelladoah al praktijk was geworden – en dus ook voor de hand had gelegen⁴¹⁵ – maar voor een uitbreiding van de mogelijkheid van een procedure op tegenspraak, echter zonder dat de verdachte ter zitting hoeft te verschijnen. Het is de bedoeling dat de machtigingsregeling van artikel 279 Sv in de plaats komt van de verdediging door een raadsman bij verstek⁴¹⁶. Opmerkelijk is dat het belang van deze regeling voornamelijk ligt bij het oplossen van executieproblemen bij verstekvonnissen. In de MvT staat dat de herziening van de wettelijke regeling mede voortkomt uit de wens tot verbetering van de executie van verstekveroordelingen op basis van een niet in persoon betekende dagvaarding⁴¹⁷. Dergelijke vonnissen worden namelijk pas onherroepelijk, nadat zich een omstandigheid heeft voorgedaan waaruit blijkt dat de veroordeelde met het vonnis bekend is en hij niet binnen veertien dagen daarna gebruik heeft gemaakt van het instellen van een rechtsmiddel. In het geval dat de dagvaarding niet in persoon is betekend en de verdachte niet ter zitting is verschenen, eindigt volgens artikel 408 lid 1 sub c Sv de appeltermijn 14 dagen na de einduitspraak, als er zich een omstandigheid voordoet waaruit voortvloeit dat de verdachte met de dag ter terechtzitting tevoren bekend was. In de MvT wordt de machtiging van de advocaat om op basis van artikel 279 Sv de verdediging te voeren opgevat als een dergelijke omstandigheid:

414 MvT TK 1995-1996, 24 692, nr. 3, p. 12. Zie ook de Nota naar aanleiding van het verslag, TK 1996-1997, 24 692, nr. 6, p. 5 waarin staat vermeld dat voor de invoering van een wettelijke verplichting tot aanwezigheid voor de verdachte geen voorstanders zijn te vinden.

415 HR 06-12-1994, NJ 1995, 515, zie ook Plaisier 1999, p. 215-221.

416 Zie Nota naar aanleiding van het verslag TK 1996-1997, nr. 6, p. 6: "Indien de raadsman over onvoldoende informatie beschikt om een toereikende verdediging te voeren, dan wel de mogelijkheid van machtiging niet met zijn cliënt heeft besproken, kan er geen procedure op tegenspraak volgen. De rechtbank zal vervolgens moeten beslissen of zij verstek verleent dan wel beveelt dat de verdachte in persoon zal verschijnen. De regeling voorziet niet in het 'maken van zinvolle opmerkingen' of het voeren van 'een beetje verdediging' door de raadsman van de aanwezige verdachte, als hij daartoe geen machtiging heeft ontvangen".

417 MvT TK 1995-1996, 24 692, nr. 3, p. 10.

"Ik ga ervan uit dat de raadsman die te kennen geeft dat hij is gemachtigd voor de verdachte de verdediging te voeren, over de inhoud daarvan met cliënt overleg heeft gepleegd. Dat impliceert in de eerste plaats dat vast staat dat de verdachte met de inhoud van de tenlastelegging en de datum van de terechtzitting bekend is. Dat heeft weer tot gevolg dat het vonnis van de rechtbank niet afzonderlijk behoeft te worden betekend en dat de korte appeltermijn van artikel 408 eerste lid, geldt. (...) Van de verdachte die bewust de beslissing heeft genomen om zijn verdediging aan zijn raadsman over te laten, kan verwacht worden dat hij zich van de uitspraak op de hoogte stelt en zich binnen veertien dagen na de uitspraak op het instellen van een rechtsmiddel beraadt, dan wel zijn raadsman machtigt tot het doen van afstand daarvan. Op deze wijze kunnen vonnissen eerder onherroepelijk – en dus voor tenuitvoerlegging vatbaar – worden"⁴¹⁸.

Dezelfde veronderstelling geldt als het onderzoek ter terechtzitting voor onbepaalde tijd wordt aangehouden en de oproeping de verdachte niet in persoon wordt betekend. Ook dan wordt verondersteld dat de raadsman zijn cliënt van de aanhouding op de hoogte stelt⁴¹⁹.

Om een efficiënte afwikkeling, ook in hoger beroep, compleet te maken is per 1 februari 1998 eveneens een andere wet in werking getreden, waarin artikel 450 Sv in die zin is aangepast, dat volgens het tweede lid aan de advocaat, die namens de verdachte als gemachtigde hoger beroep instelt, meteen een oproeping voor de zitting in hoger beroep kan worden uitgereikt als geldt als een betekening in persoon aan de verdachte. Ook als de advocaat weigert de oproeping in ontvangst te nemen, wordt deze ingevolge het derde lid van artikel 450 Sv geacht te zijn uitgereikt⁴²⁰. Van de advocaat wordt verwacht dat hij zijn cliënt op de hoogte stelt van de datum van de zitting⁴²¹.

418 MvT TK 1995-1996, 24 692, nr. 3, p. 13.

419 TK 13 maart 1997, 62-5408.

420 Wet van 15 januari 1998, Stb. 31, in werking getreden op 1 februari 1998. Het tweede en derde lid van art. 450 luiden sindsdien:

"2. Indien de overeenkomstig het eerste lid gemachtigde hoger beroep tegen de einduitspraak instelt, brengt de machtiging tevens mede dat deze de oproeping van de verdachte, voor de terechtzitting in hoger beroep in ontvangst neemt. Het bepaalde in de tweede volzin van artikel 588, derde lid, onder b, is van overeenkomstige toepassing. Een afschrift van de dagvaarding wordt als gewone brief over de post aan het door de gemachtigde opgegeven adres van de verdachte toegezonden.

3. Indien de in het eerste lid bedoelde gemachtigde weigert de oproeping in ontvangst te nemen, wordt deze niettemin geacht op het tijdstip van aanbidding te zijn uitgereikt. Van de weigering wordt aantekening gemaakt in de akte van uitreiking".

Art. 588 lid 3 onder b luidt voorzover hier van belang: "(...). Uitreiking aan een door de geadresseerde schriftelijk gemachtigde geldt als betekening in persoon".

421 TK 1995-1996, 24 510, nr. 5, p. 5 waarin staat dat ook indien een advocaat zich door een verdachte uitsluitend zou laten machtigen voor het verrichten van de eenmalige handeling van het instellen van een rechtsmiddel, het niet onredelijk is dat van hem wordt verlangd dat hij de verdachte van de uitkomst van zijn verrichtingen op de hoogte brengt.

Overigens wordt ook in de jurisprudentie verwacht dat de raadsman zijn afwezige cliënt op de hoogte stelt van het vervolg van een strafzaak, zie bijvoorbeeld HR 26-09-1995, DD 1996, 30, waarin weliswaar wordt vastgesteld dat de betekening van de oproeping voor het hof niet geldig was, maar niet wordt gecasseerd omdat de verschenen raadsman ter zitting weigerde aan de verdachte de datum van de terechtzitting te laten weten, weigerde te zeggen of de ver-

2.6.4 Kritische kanttekeningen

Op artikel 279 Sv is fundamentele kritiek geuit⁴²². De belangrijkste kritiekpunten zijn dat:

- de machtigingsregeling geen kwalitatieve verbetering betekent voor de verdediging of voor het onderzoek ter terechtzitting;
- de machtiging volkomen vormvrij is en het geheel aan de raadsman is overgelaten of hij zich al dan niet gemachtigd acht tot de verdediging;
- er onduidelijkheid bestaat over de bevoegdheden van de tot de verdediging gemachtigde raadsman;
- het nog maar zeer de vraag is of verdediging bij verstek door de regeling van artikel 279 Sv wordt uitgesloten en de moeilijkheden met de executie van verstekvonnissen worden opgelost.

2.6.4.1 Het recht op aanwezigheid en verdediging

In § 2.5 is geconcludeerd dat door het toekennen van exclusieve bevoegdheden aan de raadsman, de rechten van de verdachte per saldo worden beperkt. Hierin ligt ook de belangrijkste kritiek op de machtigingsregeling van artikel 279 Sv. Het recht op tegenspraak dat inherent is aan een contradictoire procedure, omvat zowel het recht van de verdachte om in zijn aanwezigheid te worden berecht als het recht zich daarbij door een raadsman te laten bijstaan. Het gevaar is dat het recht op een contradictoire procedure wordt beperkt tot het recht op verdediging door een raadsman. Verdediging door de raadsman is een onderdeel van een contradictoire procedure en kan op zichzelf een procedure niet contradictoir maken⁴²³. De fictie van een contradictoire behandeling, die in artikel 279 Sv wordt gehanteerd, betekent dan ook een miskenning van functie van aanwezigheid van

dachte op de hoogte was van deze datum en geen schorsing van het onderzoek vroeg (en de verdachte zou adviseren niet te verschijnen indien het onderzoek zou worden geschorst, dit staat niet in de samenvatting in DD, TS). De raadsman werd wel toegestaan het woord ter verdediging te voeren. Zijn verweer dat de oproeping nietig was, werd gepasseerd op grond van zijn onwillige houding de verdachte in kennis te stellen van de datum van de zitting.

422 De Hullu en Plaisier 1996; Knigge 1996; Orie 1996; Laméris-Tebbenhof Rijnenberg, 1998, m.n. p. 74-75; Wöretshofer 1998; Wedzinga en Van der Neut 1998; Spronken 1998 I en IV; Van de Griend en van Woensel 1999; Franken en Prakken 1999. Anders oordeelt Myjer 2000 I, die de regeling – hoe kan het ook anders omdat hij hiervoor een blauwdruk heeft geleverd, zie Myjer 1994 II, – concludent acht.

423 Melai wees in zijn annotatie bij HR 26-02-1980, NJ 1980, 246 al op het gevaar van teveel ruimte voor de 'solerende raadsman' in het strafproces. Hij meende dat het strafproces niet zonder een ondoorzichtige aantasting van zijn grondslagen met het oog op de persoon van de verdachte in een staat van abstractie kan worden gebracht. Zie ook Franken en Prakken 1999. Zij stellen dat het gemak waarmee proceshandelingen van de raadsman geacht worden te zijn verricht door de verdachte en de hieraan ten grondslag liggende ficties en veronderstellingen bij dagvaardingen en oproepingen op gespannen voet staan met de Straatsburgse jurisprudentie waarin de nadruk ligt op de verantwoordelijkheid van de overheid om de verdachte te informeren over de behandeling van de strafzaak.

de verdachte bij een contradictoire behandeling⁴²⁴. Uiteraard is het, uit oogpunt van de verdediging, een verbetering van het contradictoire gehalte van het onderzoek ter terechtzitting, als de raadsman wordt toegelaten tot de verdediging, in het geval de verdachte ervoor kiest om *niet* ter zitting te verschijnen. Het punt is echter, dat er niet alleen verdachten zijn die niet ter zitting willen verschijnen en de verdediging aan hun raadsman willen overlaten, maar dat er ook genoeg verdachten zijn die wél gebruik willen maken van hun recht om in hun aanwezigheid te worden berecht. In veel gevallen is de aanwezigheid van de verdachte voor de verdediging ook essentieel, bijvoorbeeld bij het horen van getuigen waarbij de raadsman niet uit eigen wetenschap kan controleren of vragen juist worden beantwoord of voor de beantwoording door de verdachte van vragen van de rechter. Ook voor de strafmaat kan het van belang zijn dat de rechter een indruk krijgt van de persoon van de verdachte. Orie benadrukt dat het gevaar bestaat dat het recht van de verdachte om aanwezig te zijn bij de behandeling van de zaak wordt gesubstitueerd door het recht op verdediging, terwijl een adequate verdediging bij afwezigheid van de verdachte niet steeds mogelijk is⁴²⁵. In de situatie dat de verdachte wel bij de behandeling van de zaak ter zitting aanwezig wil zijn, maar om een of andere reden niet kan zijn, kan het voorkomen dat de rechter een verzoek om aanhouding van de raadsman, vanwege de schaarse zittingsruimte, afwijst omdat de raadsman *geacht wordt voldoende in staat te zijn de verdediging te voeren*. Een illustratief voorbeeld waaruit blijkt dat deze vrees niet ongegrond is, is te vinden in een arrest van de Hoge Raad van 6 december 1994⁴²⁶. In deze zaak vraagt de raadvrouw aanhouding van de zaak omdat blijkt dat de verdachte sinds enige dagen (uit andere hoofde) in bewaring zit op een politiebureau. Het Hof houdt de behandeling van de zaak niet aan, maar geeft de raadvrouw de gelegenheid om namens haar cliënt het woord te voeren. Cassatie wordt ingesteld, maar er worden geen middelen ingediend. De AG Meijers vraagt zich in zijn conclusie af, of de omstandigheid dat het OM en het hof wisten dat de verdachte voor een andere zaak gedetineerd was, voor het hof aanleiding had moeten zijn te onderzoeken of de verdachte zelf had willen verschijnen en het onderzoek te schorsen om de verdachte in de gelegenheid te stellen alsnog bij het onderzoek aanwezig te zijn. Uit de omstandigheid dat de raadvrouw ter zitting de verdediging heeft gevoerd, leidt Meijers af dat verondersteld mag worden dat de raadvrouw handelde in opdracht van haar cliënt. Omdat er ook geen cassatiemiddelen zijn ingediend, die in een andere richting zouden wijzen, zijn volgens Meijers de verdedigingsbelangen op bevredigende wijze tot hun recht gekomen. Daarmee acht Meijers het recht op tegenspraak in zijn kern gewaarborgd en meent hij dat er geen gronden zijn tot ambtshalve vernietiging van de beslissing van het hof. De Hoge Raad denkt hier echter anders over en overweegt ambtshalve dat uit de omstandigheid dat de raadvrouw erop gewezen heeft dat de verdachte was gedetineerd en uitdrukkelijk om aanhouding heeft verzocht, moet worden afgeleid dat de verdediging gebruik wenste te maken van de mogelijkheid dat de verdachte bij

424 De Hullu en Plaisier 1996, p. 623-625.

425 Orie 1996, p. 1012.

426 HR 06-12-1994, NJ 1995, 516.

het onderzoek ter terechtzitting aanwezig zou zijn. Onder deze omstandigheden had het hof volgens de Hoge Raad het onderzoek ter terechtzitting moeten schorsen om de verdachte in de gelegenheid te stellen alsnog bij het onderzoek aanwezig te zijn. Dat het hof de raadvrouw de gelegenheid heeft gegeven namens de verdachte het woord te voeren doet hieraan volgens de Hoge Raad niet af. Alhoewel de Hoge Raad in dit arrest (terecht) hecht aan het onderscheid tussen het recht van de verdachte om bij zijn berechting aanwezig te zijn en het recht zich te laten verdedigen⁴²⁷, is het verontrustend dat het hof en ook de AG in zijn conclusie hier toch anders over denken en is het niet ondenkbeeldig dat vanwege proceseconomische redenen niet zo snel besloten zal worden om het onderzoek ter terechtzitting te schorsen, als de verdachte bij het onderzoek aanwezig wil zijn en de raadsman daarom om aanhouding heeft gevraagd⁴²⁸. Dit speelt met name als de raadsman verklaard heeft tot de verdediging te zijn gemachtigd en de rechter van mening is dat de raadsman de verdediging wel alleen op zich kan nemen. Orie merkt hierover op dat hoewel de het belang van de aanwezigheid van de verdachte ook voor de overheid geldt omdat hier de kwaliteit van een zorgvuldi-

427 Dat de Hoge Raad wel aan dit onderscheid hecht, blijkt ook uit HR 07-05-1996, NJ 1996, 557, waarin de Hoge Raad overweegt dat terugverwijzing noodzakelijk is als de rechter ter terechtzitting aan de behandeling ten gronde niet had mogen toekomen omdat een van de personen die een kernrol vervullen bij het onderzoek ter terechtzitting aldaar niet is verschenen, terwijl hij niet op de bij de wet voorgeschreven wijze op de hoogte is gebracht van de dag van de terechtzitting en zich evenmin een omstandigheid heeft voorgedaan waaruit voortvloeit dat die dag hem tevoren bekend was. De Hoge Raad overweegt verder nadrukkelijk dat tot zodanige personen, naast de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie, de verdachte en diens raadsman dienen te worden gerekend. Hieruit blijkt dat de verdachte en diens raadsman niet over één kam worden geschoren en dat de Hoge Raad ervan uit gaat dat beiden een kernrol vervullen. Zie in dit verband ook HR 14-03-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 100 en Corsens 1999, p. 545, die van mening is dat het recht van de verdachte aanwezig te zijn mag worden afgewogen tegen het belang van de strafrechtspleging bij een voortvarende afdoening van zaken en dat hierbij in aanmerking kan worden genomen dat de afwezige verdachte door een raadsman ter zitting is verdedigd: "Men dient evenwel niet zover te gaan dat, omdat de raadsman toch de bevoegdheid heeft op te treden, steeds een verzoek om aanhouding kan worden afgewezen. Het aanwezigheidsrecht is iets anders dan het recht bij afwezigheid van de verdachte op te treden".

428 Daarbij is het wel nodig dat de raadsman uitdrukkelijk verzoekt om de zaak in aanwezigheid van de verdachte te behandelen, zie HR 15-02-2000, NJB 2000, 47, p. 726, waarin de Hoge Raad ervan uitgaat dat, nu de raadsman ter zitting van het hof een dergelijk verzoek niet heeft gedaan, het hof ervan kon uitgaan dat de verdachte vrijwillig van zijn recht om aanwezig te zijn had afgezien hoewel de verdachte eerder te kennen had gegeven wegens detentie in het buitenland niet ter zitting te kunnen verschijnen en er prijs op te stellen persoonlijk bij de behandeling ter zitting aanwezig te zijn. In gelijke zin oordeelt de Hoge Raad in HR 11-04-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 127, waarin de raadsman tijdens de behandeling bij het hof een beroep deed op de niet ontvankelijkheid van het OM omdat de verdachte ingevolge een uitlevering naar Zwitserland niet in de gelegenheid was zijn behandeling in hoger beroep bij te wonen. Bij de afwijzing van dit verweer wordt door de Hoge Raad meegewogen dat de raadsman, nadat de procureur-generaal ter zitting had medegedeeld dat er geen verdragsrechtelijke basis was om de verdachte tijdelijk naar Nederland over te brengen, het ook in het belang van de verdachte achtte dat de zaak op de zitting werd afgedaan en vervolgens het woord tot verdediging had gevoerd. Mede daarom achtte de Hoge Raad een voortzetting van de behandeling geoorloofd.

ge rechtspleging in het geding is, dit aspect in de dagelijkse praktijk niet steeds overheerst. Indien de verdachte verstek laat gaan, wordt slechts bij hoge uitzondering geoordeeld, dat de aanwezigheid van de verdachte van zodanig belang is dat ambtshalve zijn aanwezigheid wordt bevolen. Het relatieve belang dat aan de kwaliteit van de strafrechtspleging wordt gehecht, blijkt ook uit de hardnekkigheid waarmee de verdediging van de verdachte in diens afwezigheid in de rechtspraak tot aan de uitspraken in de zaken Lalah en Pelladoah werd afgehouden⁴²⁹.

2.6.4.2 *De machtiging*

De advocaat is op grond van artikel 279 Sv bevoegd namens de verdachte de verdediging te voeren indien hij ter zitting verklaart door de verdachte "daartoe uitdrukkelijk te zijn gemachtigd". De terminologie lijkt op die van artikel 450 Sv, de machtigingsregeling voor het instellen van rechtsmiddelen⁴³⁰. Evenals bij het instellen van rechtsmiddelen wordt de advocaat die ter terechtzitting verklaart tot de verdediging te zijn gemachtigd op zijn woord geloofd. Aan de machtiging zijn geen formele eisen gesteld, bijvoorbeeld dat deze schriftelijk moet zijn gegeven. De vraag is, of hier niet een extra waarborg had moeten worden ingebouwd. Bij het instellen van een rechtsmiddel op grond van artikel 450 Sv kan de verdachte de machtiging betwisten⁴³¹. De machtigingsregeling van artikel 279 Sv heeft veel verstrekkender gevolgen dan de machtiging tot het instellen van een rechtsmiddel en de mogelijkheid van betwisting van de machtiging is gelet op de korte appeltermijn van artikel 408 Sv veel beperkter. Een desaveu-procedure zou hier zeker op zijn plaats zijn geweest⁴³². Dit geldt temeer nu uit de wetsgeschiedenis blijkt dat er kennelijk geen expliciete afspraak nodig wordt geacht tussen de raadsman en zijn cliënt, wil de raadsman zich gemachtigd achten tot de verdediging. De verklaring van de advocaat ter zitting, dat hij gemachtigd is de verdediging te voeren lijkt niet zozeer te worden geëist in het belang van de verdachte, maar in het belang van de voortzetting van het onderzoek ter terechtzitting buiten aanwezigheid van de verdachte:

"Op basis van de aard en de intensiteit van de daaruit voortvloeiende contacten tussen raadsman en cliënt zal de raadsman op de terechtzitting te kennen moet geven of hij zich in staat acht de verdediging van zijn cliënt te voeren. Ik acht een zekere formalisering van de aanwezigheid van "de raadsman met de kennelijke bedoeling de verdediging te voeren" noodzakelijk. De formele vaststelling dat de raadsman uitdrukkelijk gemachtigd is de verdediging te voeren, markeert in de eerste plaats dat de verdachte desbewust afstand heeft gedaan van zijn aanwezigheidsrecht; in de tweede plaats wordt vastgelegd dat vanaf dat mo-

429 Orie 1996, p. 1008. Ook Wöretshofer 1998, p. 1058 concludeert dat de wetgever niet voelde voor een verschijningsplicht, omdat de zitting bij afwezigheid van de verdachte efficiënter kan verlopen, een benadering die ook onderzoekend kan worden in HR 26-02-1980, NJ 1980, 246: als de verdachte uit vrije wil niet verschijnt, dan heeft hij ook zijn recht op verdediging verspeeld.

430 In plaats van "uitdrukkelijk" staat in art. 450 Sv "bepaaldelijk".

431 Zie § 2.4.9.1.

432 De Hullu en Plaisier 1996, p. 628; Van de Griend en Van Woensel 1999, p. 50. Zie ook de conclusie van Van Dorst bij HR 22-09-1998, NJ 1999, 105.

ment aan de verdediging de volledige gelegenheid tot tegenspraak moet worden geboden. Indien de raadsman over onvoldoende informatie beschikt om een toereikende verdediging te voeren *dan wel* (cursief TS) de mogelijkheid van een machtiging niet met zijn cliënt heeft besproken, kan er geen procedure op tegenspraak zijn. Het wordt inderdaad aan de verantwoordelijkheid van de raadsman overgelaten te beoordelen in welke gevallen hij zich in staat acht de verdediging adequaat te voeren. Een raadsman die te kennen geeft daartoe door de verdachte te zijn gemachtigd wordt op zijn woord geloofd⁴³³.

Deze passage kan niet anders worden gelezen dan dat de raadsman die over voldoende informatie beschikt om de verdediging te voeren, ook zonder dat hij dit met zijn cliënt heeft besproken, kan verklaren dat hij gemachtigd is de verdediging te voeren. Alhoewel het uiteraard aan de raadsman en zijn cliënt is om af te spreken in welke gevallen de raadsman zich gemachtigd kan achten de verdediging te voeren, kan de raadsman met de hem toegeschoven verantwoordelijkheid voor ingewikkelde dilemma's komen te staan als hij met zijn cliënt hierover nog geen expliciete afspraken heeft gemaakt. Wat moet de raadsman doen die al in een vroeg stadium, bijvoorbeeld voor het uitbrengen van de dagvaarding, door zijn cliënt gemachtigd is de verdediging te voeren en die nadien het contact met zijn cliënt verloren heeft? Mag de raadsman ervan uitgaan dat hij door de machtiging bevoegd is al datgene te doen wat hij in het belang van de cliënt acht? En wat kan de raadsman doen als hij voorziet dat hij voor het verstrijken van de appeltermijn geen contact met zijn cliënt kan krijgen⁴³⁴?

De verantwoordelijkheid van de advocaat om een strategie te bepalen in het belang van zijn cliënt heeft veel meer om het lijf dan de wetgever veronderstelt en vereist een intensief overleg met de verdachte over de te voeren verdediging. Wanneer kan de raadsman ervan uitgaan dat hij voldoende geïnformeerd is om de verdediging te kunnen voeren? Hij zal op zijn minst de beschikking moeten hebben over alle processtukken en de dagvaarding en deze met de cliënt moeten hebben doorgenomen. Hij zal moeten weten voor welke proceshouding de cliënt kiest en wat hij over de feiten naar voren kan brengen. Actuele informatie over de persoonlijke omstandigheden van de cliënt zijn voor een strafmaatverweer onontbeerlijk. Hij moet weten hoe te handelen bij een wijziging van de tenlastelegging en of de cliënt bereid is tot het verrichten van onbetaalde arbeid. Bovendien zal hij bij onvoorziene ontwikkelingen op de zitting moeten weten waar hij zijn cliënt kan bereiken voor overleg. Onvoorziene situaties kunnen zich altijd voordoen: getuigen kunnen wegblijven of onverwachte getuigen kunnen verschijnen. Op het laatste moment kunnen nog stukken aan het dossier worden toegevoegd. Enige garantie dat de rechter bereid is het onderzoek te schorsen voor overleg heeft de raadsman niet. Hij is wat dat betreft afhankelijk van de rechter⁴³⁵. Stel dat de cliënt op een belangrijk moment niet bereikbaar is voor overleg, kan de advocaat zich tijdens de behandeling van de zaak dan nog terugtrekken? Wat zijn

433 TK 1996-1997, 24 692, nr. 6, p. 5-6.

434 Orië 1996, p. 110-113; Spronken 1998 I, p. 66-67.

435 MvT TK 1995-1996, 24 692, nr. 3, p. 14. Dit geldt ook als de raadsman om een schorsing verzoekt na de wijziging van de tenlastelegging, zie Nota naar aanleiding van het verslag, TK 1996-1997, 24 692, nr. 6, p. 6.

dan de gevolgen? Geldt ook in dat geval dat een behandeling die op tegenspraak is begonnen ook op tegenspraak wordt voortgezet? En wat te doen als de advocaat zich maar partieel gemachtigd acht, bijvoorbeeld alleen om een preliminair verweer te voeren omdat alleen hierover afspraken zijn gemaakt? Geldt de behandeling dan ook als een op tegenspraak⁴³⁶? Allemaal vragen waarop de wetgeschiedenis geen antwoord biedt.

Uit de parlementaire behandeling blijkt dat ervan uit wordt gegaan dat aan de gemachtigde raadsman alle bevoegdheden toekomen van de verdachte, waaronder het instemmen met de voortgang van het onderzoek na een wijziging van de tenlastelegging, het aanbieden van en instemmen met het verrichten van onbetaalde arbeid en het (na overleg met de verdachte) afstand doen van een openstaand rechtsmiddel⁴³⁷. Artikel 364 lid 2 Sv bepaalt dat de verdachte, die niet op de terechtzitting aanwezig is, pas na kennisneming van de uitspraak zijn raadsman kan machtigen af te zien van het instellen van een rechtsmiddel. Hieruit blijkt dat een machtiging ex artikel 279 Sv zich niet uitstrekt tot het doen van afstand van rechtsmiddelen op de zitting en dat hiervoor de normale machtigingsregeling geldt voor het instellen van rechtsmiddelen⁴³⁸. Onduidelijk was ook of de machtiging van de advocaat wel voldoende grondslag bood voor het doen van een aanbod of het instemmen met het verrichten van onbetaalde arbeid. Volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad vóór de invoering van artikel 279 Sv moest het aanbod tot een taakstraf door de verdachte zelf op de zitting worden gedaan of moest de raadsman in ieder geval in het bezit zijn van een schriftelijke verklaring waaruit dit aanbod blijkt. Overigens doet zich dit probleem niet meer voor, omdat volgens de nieuwe Wet taakstraffen bij de oplegging van een taakstraf geen instemming van de verdachte meer vereist is⁴³⁹.

2.6.4.3 *Bijstand bij verstek toch mogelijk; voordelen executie marginaal*

De nadelen van het optreden op grond van artikel 279 Sv wegen des te zwaarder nu de wetgeschiedenis niet uitsluit dat bijstand bij verstek toch mogelijk blijft. Van verschillende kanten is opgemerkt dat de regeling van artikel 279 Sv niet uitsluit dat de raadsman op grond van artikel 6 EVRM ook bij verstek moet wor-

436 Van de Griend en Van Woensel vinden dat de procedure in dat geval wel als contradictoir mag gelden. De rechter zou vervolgens bij de raadsman moeten informeren of de verdachte op de hoogte is van de dagvaarding indien de dagvaarding niet in persoon is betekend. Als de raadsman stelt dat de verdachte niet op de hoogte is, dan zou de verkorte appeltermijn van art. 408 Sv niet van toepassing mogen zijn.

437 Zie met name Nota naar aanleiding van het verslag, TK 1996-1997, 24 692, nr. 6, p. 6-7.

438 Zie Wöretshofer, T&C Sv 1999, aant. 5 bij art. 279 Sv en Hof Den Haag 21-03-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 165, waarin het hof een verdachte ontvankelijk acht in het door hem ingestelde hoger beroep, ondanks de omstandigheid dat de raadsman als gemachtigde van de verdachte overeenkomstig art. 279 Sv afstand had gedaan van rechtsmiddelen. De machtiging op grond van art. 279 Sv strekt zich volgens het Hof daartoe niet uit.

439 Wet taakstraffen 7 september 2000, Stb. 365, zie ook de parlementaire behandeling van deze wet, TK 1999-2000, 26 114, nrs. 17, 17H en 20.

den toegelaten tot de verdediging⁴⁴⁰. Alhoewel het oorspronkelijk helemaal niet de bedoeling was verdediging bij verstek als mogelijkheid open te laten, kwam de minister tijdens de behandeling van het wetsvoorstel gaandeweg hierop terug en moest zij uiteindelijk toegeven dat het in strijd kan zijn met het EVRM als de raadsman, die niet gemachtigd is tot de verdediging, verschijnt en helemaal niets mag zeggen. Zij acht het normaal dat als de raadsman verschijnt "hij wel een aantal dingen mag aanvoeren"⁴⁴¹. Dit betekent dat de meerwaarde van de machtigingsregeling ten opzichte van de handhaving van de toelating van verdediging bij verstek, die immers na de uitspraken van het EHRM in de zaken Lala en Pelladoah in de praktijk al tot verbetering van het contradictoire karakter van de verstekbehandeling heeft geleid, uitsluitend is gelegen in de vergemakkelijking van de executie van verstekvonnissen en zelfs aan de verwerkelijking van deze laatste doelstelling wordt ernstig getwijfeld. Met name Knigge en Wöretshofer wijzen erop dat de beroepstermijn op grond van artikel 408 Sv alleen dan direct na de uitspraak begint te lopen als de verdachte met de zitting, of na een schorsing met de nadere zitting, bekend was⁴⁴². Dat staat los van het feit of het vonnis bij verstek of op tegenspraak is gewezen. Of de machtiging van een raadsman de verdediging te voeren impliceert dat de verdachte ook met de datum van de terechtzitting bekend is, zoals door de minister in de MvT wordt aangenomen, moet nog maar blijken. Zo stellen De Hullu en Plaisier dat de minister daar wel van uit mag gaan, maar dat dat niet zo hoeft te zijn⁴⁴³. Er zijn tal van situaties te bedenken waarbij de verdachte de raadsman wel gemachtigd heeft om de verdediging te voeren, maar door omstandigheden niet van de zittingsdatum, of de datum van de voortzetting van de zitting op de hoogte is, bijvoorbeeld als de verdachte het contact met zijn raadsman verliest omdat hij is uitgezet op grond van de Vreemdelingenwet of verslaafd, ziek of zwervende is. Als in die situaties inderdaad uit de machtiging de conclusie zou worden getrokken dat de verdachte ook op de hoogte is van de zitting, met als gevolg dat de uitspraak binnen twee weken onherroepelijk is, dan zal een raadsman zich wel twee keer (moeten) bedenken op grond van artikel 279 Sv de verdediging te voeren, dit is immers in vele gevallen niet in het voordeel van de verdachte⁴⁴⁴. Van de Griend en van Woensel zijn van mening dat dit probleem eenvoudig kan worden opgelost door de rechter, die de raadsman kan vragen of de verdachte op de hoogte is van de terechtzitting. Alleen bij positieve beantwoording zou in dat geval de verkorte beroepstermijn van artikel 408 Sv ingaan⁴⁴⁵. Ook bij deze 'oplossing' wordt het probleem verschoven naar de raadsman. In het geval dat de dagvaarding niet in persoon is betekend, is het

440 Knigge 1996, p. 1000; Wedzinga en Van der Neut 1998; Wöretshofer 1998, p. 1052-1054; Spronken 1998 IV.

441 Zie voor een overzicht van de standpunten van de minister gedurende de behandeling van het wetsvoorstel Wöretshofer 1998, p. 1052-1054 en MvT TK 1995-1996, 24 692, nr. 3 p. 14; Nota naar aanleiding van het verslag TK 1996-1997, nr. 6, p. 5-6 en TK 13 maart 1997, 62-5404.

442 Knigge 1996, p. 998 en Wöretshofer 1998, p. 1049-1051.

443 De Hullu en Plaisier 1996, p. 629.

444 Wöretshofer, p. 1049-1050 en Spronken 1998 IV, p. 668-669.

445 Van de Griend en Van Woensel 1999, p. 47.

niet in het voordeel van de verdachte als de raadsman bevestigt dat deze de dag van de terechtzitting weet. Als de raadsman dat doet, is immers de korte appeltermijn van artikel 408 Sv van toepassing. Moet de raadsman wel op vragen of de verdachte op de hoogte is van de zitting antwoord geven?

Inmiddels is na de invoering van artikel 279 Sv in de lagere jurisprudentie al diverse keren beslist dat het in strijd is met het bepaalde in artikel 6 lid 3 EVRM indien aan de raadsman, die niet tot de verdediging is gemachtigd op grond van artikel 279 Sv, het recht wordt ontzegd bij verstek de verdediging te voeren⁴⁴⁶. In een zaak, waarbij de raadsman in eerste aanleg was verschenen en geen antwoord kon geven op de vraag of hij al dan niet tot de verdediging gemachtigd was, had de rechtbank de zaak behandeld zonder de verschenen raadsman tot de verdediging toe te laten. Het Hof Amsterdam besliste in hoger beroep dat dit in strijd was met artikel 6 van het EVRM en dat, gelet op het recht van de verdachte op een berechting in twee feitelijke instanties, de zaak moest worden terugverwezen naar de rechtbank. Het hof overwoog dat de situatie waarbij een van de personen, die een kernrol in de procedure vervullen, ten onrechte niet in staat is gesteld die rol te vervullen, gelijk moet worden gesteld met de situatie waarin de raadsman niet overeenkomstig artikel 51 Sv op de hoogte is gesteld van de zitting⁴⁴⁷.

Het is echter niet duidelijk of op grond van deze uitspraken mag worden aangenomen dat ook de jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van de bevoegdheden van de raadsman bij verstek nog onverkort geldt, inhoudende dat de raadsman aan wie, ondanks verstekverlening tegen de verdachte ter terechtzitting, de gelegenheid wordt gegeven tot verdediging, alle hem bij de wet toegekende rechten en bevoegdheden dient te kunnen uitoefenen⁴⁴⁸. In de zaak van de berechting van de Surinaamse adviseur van staat Bouterse, die op 22 maart 1999 voor de rechtbank in Den Haag is aangevangen en waarbij Bouterse verstek liet gaan besliste het Hof Den Haag in appel in een tussenvonniss, dat de raadsman bij verstek niet alle bevoegdheden van de verdachte toekomen⁴⁴⁹. In deze zaak had de raadsman van Bouterse verklaard niet uitdrukkelijk tot de verdediging te zijn gemachtigd. Het hof overweegt dat de wetgever met de regeling van artikel 279 Sv onvoldoende rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat het uitblijven van een machtiging noch aan de raadsman noch aan de verdachte te verwijten valt. In niet al te ingewikkelde zaken zal het voeren van een volledige verdediging van de raadsman bij verstek volgens het hof geen problemen opleveren. In meer ingewikkelde zaken zal de rechter tot uitstel van de behandeling kunnen besluiten om de raadsman te laten overleggen met de verdachte over de vraag of de verdachte de raadsman uitdrukkelijk wil machtigen. In de zaak van Bouterse gaat het vol-

446 Rechtbank Leeuwarden 03-07-1998, NJ 1999, 14; Hof Amsterdam 14-10-1998, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 28; Hof Den Haag 30-06-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 192 (Bouterse zaak); op deze laatste zaak wordt hierna nog uitgebreider ingegaan.

447 Hof Amsterdam 01-07-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 144.

448 HR 22-03-1989, NJ 1989, 13; in gelijke zin HR 19-05-1988, NJ 1988, 217.

449 Hof Den Haag 22-12-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 61 en processen-verbaal ter terechtzitting Hof Den Haag 9, 10, 15 en 22 december 1999, NJCM-Bulletin 2000, p. 789-793; zie voor een meer gedetailleerde bespreking van de verdediging in de Boutersezaak § 2.7.1 hierna.

gens het hof echter om een weloverwogen processtrategie, gebaseerd op het behoud van enerzijds de gunstige rechtsgevolgen van de verstekprocedure en anderzijds het recht op een volledige verdediging van de niet verschenen verdachte. Het hof is van mening dat de wetgever een dergelijke processtrategie niet heeft willen toelaten en dat in redelijkheid van de verdachte gevraagd kan worden een keuze te maken zijn raadsman al dan niet te machtigen. Het hof stelt de processtrategie van Bouterse en zijn raadsman op één lijn met een uitdrukkelijke afstand door de verdachte van het hem toekomende recht op een volledige verdediging ten faveure van het behoud van de voor hem gunstige rechtsgevolgen van een verstekprocedure. In een dergelijke situatie mag de (niet gemachtigde) raadsman weliswaar in de ruimste zin het woord voeren, maar mag hij geen rechtshandelingen verrichten en ook geen rechterlijke beslissingen uitlokken. Onder 'het woord voeren' verstaat het hof:

- het voeren van verweren, preliminair en na het requisitoir;
- het stellen van vragen aan de ter zitting verschenen getuigen en deskundigen;
- het maken van opmerkingen over de in acht genomen vormen en alles dat m.b.t. de zaak op de zitting voorvalt⁴⁵⁰.

Het hof verbindt hieraan de consequentie dat de oproeping van de door de raadsman opgegeven getuigen niet zullen worden getoetst aan het verdedigingscriterium⁴⁵¹ en dat deze getuigen alleen zullen worden opgeroepen indien het hof de noodzakelijkheid hiervan gebleken is⁴⁵². Het hof formuleert de beperkingen inzake de verdedigingspositie van de verdachte als gevolg van de door hem gekozen processtrategie als volgt. Het hof laat de raadsman van de verdachte niet toe tot de verdediging indien en in zover hij:

- a) andere verzoeken dan die verband houden met de voorlopige hechtenis van de verdachte doet en
- b) de toestemming of de instemming met betrekking tot een bepaalde door het hof te nemen beslissing wil geven dan wel onthouden.

De niet uitdrukkelijk gemachtigde raadsman kan dus niet verzoeken om geweigerde of nieuwe getuigen of deskundigen op te roepen of verzoeken om nieuwe processtukken over te leggen of afstand doen van gehoorde dan wel opgeroepen doch niet verschenen getuigen of deskundigen. Helemaal consequent is het hof hier echter niet in, omdat het hof tegelijkertijd overweegt dat bij de beoordeling van de wens van de raadsman van de verdachte om een bepaalde getuige te horen, het noodzakelijkheids criterium zal worden gehanteerd met het oog op hetzij de controle op onrechtmatig handelen in het voorbereidend onderzoek hetzij de

450 Zie de weergave van het proces-verbaal van de terechtzitting d.d. 9 december 1999 in NJCM-Bulletin 2000, p. 789-792.

451 Namelijk of de verdachte door het afzien van die oproeping in zijn verdediging is geschaad, zie art. 288 lid 1 sub c Sv.

452 Art. 315 Sv.

waarheidsvinding hetzij enige andere door het hof te nemen beslissing. Het lijkt er dus op dat verzoeken tot het horen van getuigen wel kunnen worden gedaan, maar niet zullen worden beoordeeld aan de hand van de vraag of door het afzien van de oproeping de verdachte in zijn verdediging is geschaad. Desgewenst kan de raadsman volgens het hof wel de verschenen getuigen en deskundigen onderwerpen en over de door de desbetreffende getuige of deskundige afgelegde verklaring de nodige opmerkingen maken. Ook kondigt het hof aan dat de raadsman bij pleidooi in de gelegenheid zal worden gesteld al datgene aan te voeren wat in de zienswijze van de verdachte aan een eerlijke procesvoering in de weg heeft gestaan en dat het hof hierop in zijn eindarrest, en niet eerder, zal responderen. Bij het eindarrest heeft het hof overwogen dat het Hof *de facto* de raadsman steeds een volledige verdediging heeft gegund, zij het dat de motivering van sommige beslissingen van het hof tot het eindarrest is uitgesteld⁴⁵³.

Over deze uitspraken zal het laatste woord nog niet gesproken zijn. Zij maken wel duidelijk voor welke dilemma's de verdediging komt te staan door de regeling van artikel 279 Sv. Kennelijk is het hof van oordeel dat een volwaardige verdediging bij verstek alleen is toegestaan als het ontbreken van een machtiging niet verwijtbaar is. Daarmee is het 'klemmende redenen criterium' van vóór de uitspraken in de zaken Lala en Pelladoah weer van stal gehaald, niet ter beoordeling van de vraag of de raadsman al dan niet wordt toegelaten tot de verdediging bij verstek, maar ter beoordeling van de vraag welke bevoegdheden de raadsman in het kader hiervan toekomen. Het lijkt er dan ook op, dat het hof in de Bouterse-zaak vooral om te doen is, de gunstige gevolgen van een veroordeling bij verstek voor Bouterse te bestraffen door een belemmering van de inhoudelijke verdediging. Dit staat op gespannen voet met het EVRM. Nog recentelijk heeft het EHRM overwogen:

"Even if the legislature had to be able to discourage unjustified absences, it could not penalise them by creating exceptions to the right to legal assistance"⁴⁵⁴.

In feite is er, buiten efficiency-overwegingen die aan de regeling van artikel 279 Sv ten grondslag liggen, geen goed inhoudelijk argument te bedenken waarom de raadsman bij minder ingewikkelde zaken bij verstek wel volledig tot de verdediging kan worden toegelaten en bij ingewikkeldere zaken niet.

Knigge heeft voorspeld dat de regeling van artikel 279 Sv een dode letter zal blijven en dat het procesrecht zich als vanouds buiten de wet om zal ontwikkelen⁴⁵⁵. Hij lijkt gelijk te krijgen.

2.6.5 Samenvatting verdediging afwezige verdachte

Samenvattend kan worden gesteld dat de wetgever na de uitspraken van het EHRM in de zaken Lala en Pelladoah heeft gepoogd aan de verplichting te

453 Hof Den Haag 30-06-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 192.

454 EHRM 23-05-2000, Van Pelt, nr. 31070/96, Hudoc.

455 Knigge 1996, p. 1001 en zo ook: Wedzinga en Van der Neut 1998; Spronken 1998 IV, p. 667.

raadsman ook bij verstek tot de verdediging toe te laten, consequenties te verbinden die de problemen met de executie van verstekvonnissen zouden moeten terugdringen. Het is de vraag in hoeverre in de praktijk van de regeling van artikel 279 Sv gebruik zal worden gemaakt omdat, naar het zich laat aanzien, verdediging bij verstek nog steeds mogelijk blijft en aan deze verdedigingsvariant voor de verdachte minder nadelen kleven dan aan de machtigingsregeling van artikel 279 Sv.

Uit principieel oogpunt is op de machtigingsregeling van artikel 279 Sv kritiek uit te oefenen omdat hieraan de idee ten grondslag ligt, dat aan de voorwaarden voor een contradictoire procedure zou zijn voldaan indien de raadsman tot de verdediging wordt toegelaten. Hiermee wordt miskend dat de aanwezigheid van de verdachte een voorwaarde is voor een contradictoire procedure en dat een behandeling van een strafzaak in afwezigheid van de verdachte, ook uit oogpunt van een optimale verdediging, in vrijwel alle gevallen een lager kwalitatief niveau heeft dan een behandeling in aanwezigheid van de verdachte. De raadsman kan de verdachte nooit echt vervangen. Hoewel de toelating van verdediging bij verstek een verbetering is van het contradictoire gehalte van de berechting ten opzichte van de situatie dat de raadsman bij verstek helemaal geen recht van spreken heeft, is de behandeling ter terechtzitting zonder aanwezigheid van de verdachte niet contradictoir en zouden hieraan ook niet de consequenties van een contradictoire behandeling met betrekking tot het instellen van rechtsmiddelen mogen worden gekoppeld. De raadsman kan door de constructie van artikel 279 Sv voor problematische keuzen komen te staan, met name als overleg met zijn cliënt onmogelijk is. In die situaties moet de raadsman voor de verdachte de keuze maken om al dan niet te verschijnen en zo hij verschijnt al dan niet te verklaren of hij gemachtigd is de verdediging te voeren. Als de raadsman niet verklaart tot de verdediging te zijn gemachtigd en toch verschijnt, bestaat het risico dat het ontbreken van een machtiging de verdediging verweten wordt, met als consequentie dat de bevoegdheden van de verdediging ter zitting worden beperkt. Wat dat betreft wordt de raadsman al te gemakkelijk als een verlengstuk van zijn cliënt beschouwd, zonder dat men zich rekenschap heeft gegeven van de (praktische) complicaties die zich kunnen voordoen bij de verdediging, als de verdachte niet ter terechtzitting verschijnt. In het geval dat de verdachte bewust verstek laat gaan en bewust zijn raadsman niet tot de verdediging machtigt – zoals in de Bouterse-zaak⁴⁵⁶ – lijkt het oude patroon van de rechtspraak met betrekking tot verdediging bij verstek te herleven: als er in de ogen van de rechter geen legitieme reden is een raadsman niet te machtigen tot de verdediging, worden de rechten van de verdediging ingeperkt als sanctie op het niet verschijnen (oftewel niet machtigen van een raadsman) door de verdachte. Duidelijk is, dat het hierbij niet zozeer gaat om een verbetering van de kwaliteit van het onderzoek ter terechtzitting, maar om het beperken van (tijdrovende) verdedigingsbevoegdheden en het vergemakkelijken van de executiemogelijkheden.

⁴⁵⁶ Hof Den Haag 9, 10, 15 en 22 december 1999, NJCM-Bulletin 2000, p. 789-793 en Hof Den Haag 30-06-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 192, zie uitgebreider: § 2.6.4.3.

2.7 Normering van het gebruik van (proces)bevoegdheden

In het vorige hoofdstuk is in het kader van de kwestie of de verdediging misbruik kan maken van haar (proces)bevoegdheden gesignaleerd dat aan de raadsman een zekere verantwoordelijkheid wordt toebedeeld voor een efficiënt procesverloop⁴⁵⁷. Hierna zal worden nagegaan of uit het systeem van strafvordering normen kunnen worden afgeleid, die het gebruik van de aan de raadsman toegekende rechten en bevoegdheden reguleren. Kan de raadsman de hem toegekende bevoegdheden misbruiken? Moet de raadsman bij het gebruik van bevoegdheden rekening houden met nadelige gevolgen hiervan voor het verloop van de vervolging en berechting? Het is voor een nadere analyse zinvol, bij de bevoegdheden van de raadsman een onderscheid te maken tussen enerzijds:

- de bevoegdheden die hem uit hoofde van zijn functie toekomen en die betrekking hebben op de uitoefening van zijn rol als verdediger, zoals het recht van vrij verkeer⁴⁵⁸ en het verschoningsrecht⁴⁵⁹

en anderzijds:

- de bevoegdheden die van de verdachte zijn afgeleid en die hij met de verdachte deelt, namelijk de bevoegdheden die aan de verdachte in het Wetboek van Strafvordering worden toegekend, zoals het recht op inzage van processtukken⁴⁶⁰, het recht getuigen op te roepen en te ondervragen⁴⁶¹, de bevoegdheden die de verdachte ter terechtzitting toekomen⁴⁶² etc.

Hierna zal op de laatste categorie bevoegdheden worden ingegaan en daarbij staat de vraag centraal of de raadsman de van de verdachte afgeleide bevoegdheden minder ruim zou mogen gebruiken, dan dat de verdachte zou doen. Dit speelt met name bij situaties waarin gebruik wordt gemaakt van op zichzelf legale juridische bevoegdheden voor een doel, waarvoor deze bevoegdheden kennelijk niet gegeven zijn, zonder dat er sprake is van een handelen in strijd met de wet.

De normering van de bevoegdheden die de raadsman in de uitoefening van zijn rol als verdediger heeft zal in § 2.8 en § 2.10 aan de orde komen.

2.7.1 Voorbeelden van vermeend misbruik van bevoegdheden

In § 1.11.2 is een aantal voorbeelden genoemd zoals de zaak van de 'Rotterdamse disco-schutter' waarin de verdachte in vrijheid moest worden gesteld, nadat de rechtbank had verzuimd klemmende redenen op te geven voor een aanhouding van langer dan een maand en de invrijheidsstelling van een gevaarlijk geachte

457 § 1.11.2.

458 Art. 50 Sv.

459 Art. 218 Sv.

460 Art. 30 juncto 51 Sv.

461 Bijvoorbeeld art. 260 lid 3 Sv.

462 Art. 331 Sv.

pedofiel tengevolge van een niet tijdige verlenging van de TBS. De kritiek op de advocatuur in deze kwesties is, dat de betrokken raadslieden door een beroep te doen op 'vormfouten' en het vragen van de invrijheidsstelling, onvoldoende rekening houden met het belang van de maatschappij en de belangen van (eventueel toekomstige) slachtoffers. In deze zaken gaat het om de vraag of de advocaat verantwoordelijkheid draagt voor de maatschappelijke gevolgen van een gevoerde verdediging die tot invrijheidsstelling van de voorlopig gehechte verdachte leidt. Moet de raadsman in dit soort gevallen passief blijven en een beroep op fouten in de procedure achterwege laten en zijn cliënt daar niet over inlichten?

Een andere variant is het actief gebruik maken van bevoegdheden waardoor de voortgang van de berechting kan worden gefrustreerd. De raadsman maakt in dat geval, in samenspraak met zijn cliënt, gebruik van zijn juridische en feitelijke kennis over het functioneren van het gerechtelijke apparaat om het proces te vertragen oftewel 'zand in de machine te strooien', als de cliënt dat wil. Dit kan bijvoorbeeld door op het laatste nippertje getuigen op te roepen, terwijl het de verdediging er niet (alleen) om te doen is deze getuigen te horen, maar (ook) om aanhouding van de zaak te verkrijgen, of door rechtsmiddelen in te stellen, niet met de intentie om de zaak nog eens aan de appelrechter voor te leggen maar met het uitsluitende doel om uitstel van executie te bewerkstelligen. Ook met het indienen van wrakingsverzoeken komt de behandeling van de strafzaak voor langere of kortere tijd stil te liggen waardoor de verdediging wel eens de verdenking op zich laadt dat wraking als vertragingstactiek wordt toegepast⁴⁶³. Ook het neerleggen van de verdediging om een aanhouding af te dwingen, als een verzoek om aanhouding van de zaak niet wordt gehonoreerd, kan irritatie oproepen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een arrest van het Hof Den Bosch uit 1994⁴⁶⁴. Voorafgaand aan de behandeling in eerste aanleg heeft de raadsman uitvoerig gemotiveerd uitstel van behandeling van de zaak verzocht. Het verzoek wordt afgewezen, de raadsman legt vervolgens de verdediging neer en de verdachte geeft te kennen de behandeling niet te zullen bijwonen zonder bijstand van een raadsman. De rechtbank wil zich niet voor het blok laten zetten en laat de verdachte op zijn verzoek terugbrengen naar zijn cel. De behandeling wordt voortgezet zonder verdachte en zonder raadsman. Het hof vindt in appel de sanctie van de rechtbank te zwaar en oordeelt dat de rechtbank de behandeling in deze situatie had moeten schorsen en verwijst de zaak terug⁴⁶⁵.

Een recent voorbeeld waarbij de verdediging, met name mr. A. Moszkowicz, misbruik van procesrecht is verweten heeft betrekking op een reeds eerder in

463 Het rechtsmiddel wraking is met name ook door de toegenomen polarisatie en irritatie tussen rechter en verdediging uit zijn slaap ontwaakt, zo stelt J. Willems 1999, p. 89. Ik ben van mening dat het toegenomen aantal wrakingsverzoeken, als het gaat om de weigering van de rechter door de verdediging verzochte getuigen te horen, het gevolg is van de machteloze positie van de verdediging informatie over het vooronderzoek boven water te krijgen. De verdediging is bij onwillige getuigen, anders dan het OM, geheel afhankelijk van de beslissing van zittingsrechter getuigen te horen. Als de zittingsrechter dit weigert ontstaat al snel de indruk dat de kaarten al zijn geschud, zie Spronken 1998 II.

464 Hof Den Bosch 14-07-1994, NJ 1994, 678.

465 Zie voor een tuchtrechtelijke beoordeling van een dergelijke situatie § 3.11.

§ 2.6.4.3 besproken zaak, namelijk de berechting van Bouterse, die op 22 maart 1999 voor de rechtbank Den Haag is aanvangen. Suriname heeft geweigerd de dagvaarding voor de zitting van 22 maart 1999 aan Bouterse te betekenen. Als Bouterse daarop publiekelijk in een Surinaamse televisie-uitzending er blijk van geeft te weten, dat de procedure in Nederland op 22 maart 1999 begint, lijkt een eventuele nietigheid van de dagvaarding wegens betekeningssgebreken geen beletsel meer om de zaak te behandelen. Moszkowicz werpt vervolgens een jurisdictiegeschil op en stelt dat de zaak niet dient te worden behandeld door de rechtbank Den Haag, maar door de rechtbank Rotterdam. Het bijkomende procedureel effect van een jurisdictiegeschil op grond van artikel 525 Sv is, dat de vervolging ex artikel 526 lid 3 Sv van rechtswege wordt geschorst totdat de beschikking over het geschil onherroepelijk is geworden. Dit heeft vervolgens weer tot gevolg dat het de vraag is of de zaak ter terechtzitting van de rechtbank Den Haag op 22 maart 1999 rechtsgeldig behandeld kan worden en of de berechting nog wel kan worden voortgezet op basis van de dagvaarding voor de zitting van 22 maart 1999, of dat er een nieuwe dagvaarding c.q. oproeping noodzakelijk is met dezelfde betekeningssproblemen als met betrekking tot de oorspronkelijke dagvaarding⁴⁶⁶. Het Hof Den Haag heeft bij beschikking van 19 maart 1999⁴⁶⁷ het verzoek tot regeling van rechtsgebied afgewezen omdat tegen Bouterse geen vervolging is ingesteld of ingesteld is geweest door het Rotterdamse OM en dat er evenmin op het moment van het verzoek van Bouterse een vervolging bij de Rotterdamse rechtbank aanhangig is tegen medeverdachten van Bouterse, in welk geval er zich eveneens een geschil over rechtsmacht zou kunnen voordoen⁴⁶⁸. De advocaat-generaal Van Den Broek heeft het hof gevraagd te bepalen dat de schorsing van de vervolging van rechtswege, zoals bedoeld in artikel 526 Sv, niet is bedoeld voor het onderhavige geval, nu de verdediging misbruik zou maken van procesrecht. In zijn conclusie stelt hij dat het jurisdictiegeschil door de verdediging in een zeer laat stadium aan de orde wordt gesteld en het door de raadsman ingenomen standpunt juridisch onjuist is. Daarop vervolgt hij:

"Onder deze omstandigheden ligt aan de indiening van het verzoekschrift een onzuiver motief ten grondslag. Daartoe wijs ik op het volgende.

De verdediging mag geacht worden slechts gebruik te maken van de bevoegdheden en rechten die het strafprocesrecht biedt voorzover dat gebruik is bedoeld om het belang dat die strafprocesrechtelijke bevoegdheid beoogt te beschermen, veilig te stellen. De rechter heeft zo gezien de bevoegdheid die in de wet geformuleerde rechten en bevoegdheden van de verdach-

466 Zie Haenen 1999.

467 Hof Den Haag 19-03-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 63.

468 Dat het verzoek van Moszkowicz niet van enige inhoudelijke juridische grond is ontbloeit, blijkt uit de overweging van het hof, dat er inderdaad verdachten, die als deelnemers kunnen worden beschouwd van de aan Bouterse tenlastegelegde feiten, ter zake daarvan vervolgd zijn ten overstaan van de Rechtbank te Rotterdam. Een doelmatige uitleg van de desbetreffende bepaling brengt volgens het hof met zich, dat het in casu slechts kan gaan om zaken die daadwerkelijk feitelijk aanhangig zijn bij dezelfde feitelijke instantie en dat de omstandigheid dat nog niet vaststaat dat de uitspraken van de Rotterdamse rechtbank tegen de medeverdachten onherroepelijk zijn, in dit kader niet relevant is. De Hoge Raad oordeelt hier in cassatie weer anders over, zie HR 27-05-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 191.

te zo te interpreteren dat diens aanspraken erop zijn beperkt tot de strekking die de wetgever daaraan heeft willen geven. Hierbij fungeert de zg. Schutznorm dus als een toetsingscriterium: als de verdediging gebruik maakt van bevoegdheden voor een ander doel dan waarvoor de wetgever deze aan haar heeft toegekend, is de conclusie gerechtvaardigd dat sprake is van misbruik van procesrecht.

Voor bronnen in de rechtsgeleerde literatuur die steun geven aan mijn opvatting verwijs ik naar Sjöcrona en Van der Spek, *Advocatenblad*, afl. 21, jrg. 73, p. 632-634 en Cleiren, *Grensoverschrijdend strafrecht*, 1990, p. 153.

De criteria die relevant zijn bij de beoordeling van de vraag of sprake is van misbruik van procesrecht door de verdediging, zijn m.i. op grond van de relevante literatuur en jurisprudentie:

1. het tijdstip van gebruikmaking van de bevoegdheid uiterlijk op een moment waarop het belang van de verdachte zulks redelijkerwijze en objectief vordert;
2. het belang dat de bevoegdheid beoogt te beschermen, i.c. het voorkomen van dubbele vervolging en de voortvarendheid van de berechting;
3. de (indien van toepassing en door de wet vereist) motivering van het verzoek, c.q. de gebruikmaking van de bevoegdheid;
4. de proportionaliteit en ingrijpendheid van de rechtsgevolgen die verbonden zijn aan de gebruikmaking van de bevoegdheid in verhouding tot de fase waarin het geding zich bevindt en ook in relatie tot
5. het belang van de gemeenschap bij een voortvarende berechting van strafzaken⁴⁶⁹.

Het verzoek te bepalen dat de schorsing van de vervolging van rechtswege buiten toepassing wordt gelaten wegens misbruik van procesrecht, wordt echter door het hof afgewezen, kortweg omdat het niet op de wet is gebaseerd. In de daaropvolgende cassatieprocedure is de beoordeling van het verzoek van de procureur-generaal, om te bepalen dat de schorsing van de vervolging van rechtswege achterwege blijft omdat de verdediging misbruik maakt van procesrecht, niet aan de orde. AG Fokkens merkt in zijn conclusie wel op, dat uit de overwegingen van het Hof blijkt dat de opvatting van het OM, dat in het onderhavige geval duidelijk sprake is van misbruik van procesrecht, door het Hof niet wordt gedeeld⁴⁷⁰. Desalniettemin is de Haagse rechtbank op 22 maart 1999 begonnen met de behandeling van de zaak tegen Bouterse, omdat de procedure met betrekking tot de rechtsmacht door de rechtbank Den Haag beschouwd wordt als oneigenlijk aanwenden van rechtsmiddelen en misbruik van strafprocesrecht, waarmee de verdediging uitsluitend de procesgang zou willen vertragen. De schorsing van de vervolging van rechtswege wordt door de rechtbank Den Haag genegeerd⁴⁷¹. In hoger beroep acht het Hof Den Haag de voortzetting van de behandeling door de rechtbank gerechtvaardigd, omdat de beslissing van de raadsman van Bouterse om 'de eerste aanleg over te slaan' voor zijn risico komt en de beslissing van de rechtbank geen aantoonbaar nadeel voor Bouterse heeft veroorzaakt. Aan het ont-

469 Conclusie AG, D.J.C. van den Broek, raadkamerbehandeling Gerechtshof 's-Gravenhage d.d. 18 maart 1999.

470 HR 27-05-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 191.

471 Haagse rechtbank verwijt advocaat Bouterse misbruik van strafprocesrecht, NJB 1999, p. 619-620.

breken van een hernieuwde oproeping van Bouterse wordt door het Hof Den Haag evenmin gevolgen verbonden. Het hof overweegt dat ieder rechtens te respecteren belang bij de naleving van dit vormvoorschrift ontbreekt, omdat de verdediging op goede gronden meende de eerste aanleg te kunnen overslaan en omdat geen enkel teken is waargenomen dat wees op de onvoorwaardelijke bereidheid van Bouterse om ter zitting te verschijnen.

2.7.2 *Heeft de raadsman een publieke taak?*

De hierboven door de AG Van Den Broek genoemde criteria, die volgens hem relevant zijn voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van misbruik van procesrecht door de verdediging, met name de onder de punten 4 en 5 genoemde criteria, veronderstellen:

- dat een bevoegdheid alleen zou mogen worden gebruikt om het belang dat die strafvorderlijke bevoegdheid beschermt veilig te stellen en
- dat de verdediging bij het gebruik maken van een bevoegdheid de proportionaliteit en ingrijpendheid van de rechtsgevolgen die verbonden zijn aan de gebruikmaking van een bevoegdheid en het belang van de gemeenschap bij een voortvarende berechting van strafzaken zou moeten meewegen.

Deze veronderstellingen roepen de vraag op of de advocaat als professionele procesdeelnemer uit hoofde van zijn functie verplichtingen ten aanzien van de uitkomst of het verloop van de strafprocedure heeft, die niet rechtstreeks in het belang van zijn cliënt zijn. Met andere woorden: heeft de raadsman een publieke taak?

Het is communis opinio dat de advocaat bij de belangenbehartiging van zijn cliënt de wet niet mag overtreden, geen bewijsmateriaal mag vernietigen, verduistert of laten verdwijnen, getuigen niet mag bewegen onware verklaringen af te leggen, kortom de waarheidsvinding niet anders dan met juridische middelen mag tegenwerken⁴⁷². Dit betekent echter nog niet dat de advocaat, in het kader van de vrije marge die hij vervolgens heeft, met publieke belangen zoals bijvoorbeeld de spoedige voortgang van de procedure rekening zou moeten houden. In zijn algemeenheid wordt aangenomen dat de advocaat in het Nederlandse strafproces vanwege zijn principieel partijdige positie geen publieke taak heeft⁴⁷³. De

472 Zie bijvoorbeeld Mols 1993, p. 16; De Roos 1995, p. 159-160; De Roos, Vademecum Strafzaken, suppl. 83, 2.2.; Sutorius, Vademecum Strafzaken, suppl. 1, 1.6.3.a.; Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 8 bij de art. 37-51; Korvinus 1994, p. 73.

473 Zie ook de conclusie van Jörg bij HR 12-01-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 26, waarin de Hoge Raad oordeelt dat bij een onverklaarde afwezigheid van de toegevoegde raadsman en de verdachte ter zitting het hof moet onderzoeken of de afschriften van de appeldagvaarding de raadsman werkelijk hebben bereikt. Jörg bespreekt in zijn conclusie de vraag, of van de raadsman die per post afschriften heeft gekregen van zes appeldagvaardingen van de verdachte, verwacht mag worden dat deze (fatsoenshalve) de rechter op de hoogte stelt indien hij geen contact krijgt met zijn cliënt en dat hij om die reden geen verdediging zal voeren. Dit zou de berechting bij verstek in onderhavige zaak aanmerkelijk hebben vergemakkelijkt. Jörg

positie van de raadsman wordt beschouwd als een afgeleide van de verdachte, waarbij de raadsman weliswaar een eigen verantwoordelijkheid heeft, met name als het gaat om zijn eigen optreden en handelen⁴⁷⁴, dat niet in strijd mag zijn met de wet en de gedragsregels, maar waarbij de verdachte dominus litis blijft⁴⁷⁵. Bij een verschil van mening over de te hanteren strategie kan de advocaat niet handelen tegen de wil van de cliënt, maar zich slechts terugtrekken als het verschil van mening onoverbrugbaar blijkt. De raadsman is in het strafproces geen zelfstandige procespartij. Een logisch gevolg van dit uitgangspunt is, dat de raadsman niet verweten kan worden misbruik te maken van procesrecht. Dit verwijt kan alleen aan de verdachte worden gemaakt, omdat de procedurele bevoegdheden primair aan de verdachte toekomen. Deze lijn wordt ook gevolgd in het rapport van de Werkgroep 'Evaluatie polarisatie' van maart 2000⁴⁷⁶, waarin onder andere de vraag aan de orde komt of de raadsman misbruik kan maken van procesrecht. De werkgroep benadrukt dat het OM en de advocaat in het strafproces tegenover elkaar staan vanuit de behartiging van direct tegengestelde belangen, namelijk het in het algemeen belang aanklagen respectievelijk het verdedigen van een specifieke verdachte. Daarbij impliceert het algemeen belang dat het OM tevens de taak heeft het recht op een eerlijk proces van de verdachte te beschermen terwijl de advocaat als hoofdtaak heeft de belangen van zijn cliënt eenzijdig te behartigen. Dit laatste betekent dat de advocaat zich door geen ander belang laat leiden dan dat van de verdachte. Ook ten aanzien van de waarheidsvinding heeft de advocaat een geheel andere taak dan de officier van justitie. De advocaat moet zich aan de wet houden en hij mag geen misbruik maken van zijn privileges zoals het recht op vrij verkeer en het verschoningsrecht. Ten aanzien van deze privileges heeft de advocaat een eigen verantwoordelijkheid. Dit ligt echter anders bij de specifieke bevoegdheden die de advocaat met de verdachte deelt, zoals het recht op inzage van de processtukken en het verzoeken om getuigen te horen. Dit zijn geen zelfstandige bevoegdheden van de advocaat maar slechts van de verdachte afgeleide en moeten volgens de werkgroep met het oog daarop anders worden beoordeeld. De positie van de verdachte wordt onder andere gekenmerkt door zijn verklaringsvrijheid en er rust op hem geen enkele publiekrechtelijke verplichting bij te dragen aan de strafvervolgning en berechting. De advocaat kent hierin geen eigen verplichtingen. De werkgroep acht het dan ook onjuist, in gevallen waarin ten behoeve van een verdachte wettelijke mogelijkheden vergaand

moet echter toegeven dat een verplichting van de raadsman om de rechter ervan te verwittigen dat geen verdediging zal worden gevoerd, niet bestaat.

474 Zie in dit verband met name de bevoegdheden van de raadsman in het kader van het vrij verkeer en het verschoningsrecht, § 2.9 e.v. en § 2.10 e.v., hierna.

475 Zie bijvoorbeeld Corstens 1999, p. 88-89; Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 4 bij de art. 37-51 Sv; De Roos, Vademecum strafzaken, suppl. 83, 2.2.; De Roos 1991, p. 32;

476 Van der Horst e.a. 2000. Voor de goede orde moet worden vermeld dat ik deel heb uitgaakt van deze werkgroep en mijn standpunt over de vraag of de raadsman het verwijt kan worden gemaakt misbruikt te maken van procesrecht hierin heb ingebracht. De werkgroep bestond verder uit H.C.D. Korvinus, vice-president Rechtbank Rotterdam; Th. A. de Roos, advocaat te Amsterdam en hoogleraar te Leiden; G. Mannoury, vice-president Hof Arnhem; L.F. Keyser-Ringnald, officier van justitie te Alkmaar, AG. van der Horst, advocaat-generaal Hof Den Haag en AG. van der Plas, advocaat te Amsterdam.

worden uitgeput, te spreken van (onaanvaardbaar) misbruik van procesrecht of misbruik van bevoegdheden en wijst erop dat met name de Hoge Raad het gebruik van deze term in zijn jurisprudentie zorgvuldig vermijdt⁴⁷⁷. Het benutten van deze mogelijkheden kan de verdachte niet worden verweten en derhalve zijn advocaat ook niet⁴⁷⁸.

Ook Knigge is de mening toegedaan dat de verdedigingsrechten geen rechten van de raadsman zijn, maar van de verdachte en dat de eigenlijke vraag is, of de verdachte misbruik kan maken van zijn verdedigingsrechten⁴⁷⁹.

Blom en Hartman nemen echter in hun deelonderzoek van het onderzoeksproject Strafvordering 2001, waarin onderzoek wordt gedaan ten behoeve van een nieuw Wetboek van Strafvordering⁴⁸⁰, een andere stelling in:

"Weliswaar zijn de verdachte en zijn verdediging vrij om de in te nemen proceshouding te bepalen, maar dit mag evenwel niet een goede rechtsgang belemmeren. De verwezenlijking van een behoorlijk proces wordt daarbij gevonden in een behoorlijke taakuitoefening of rolvulling door de procesdeelnemers. De verdediging in strafzaken, zoals in dit deelonderzoek opgevat, vormt daarbij weldegelijk één van de procesdeelnemers welke een 'kernrol' binnen het strafproces vervult. De bevoegdheden en/of rechten van de verdediging vormen vanuit deze optiek geen autonome grootheid, maar zijn gerelateerd aan het doel van het strafproces, meer in het bijzonder aan het voorkomen van de bestraffing van onschuldigen op grond van het uitgangspunt van materiële waarheidsvinding. Dit betekent enerzijds dat de verdediging in strafzaken niet gebonden wordt geacht aan de beginselen van behoorlijke strafrechtspleging, voorzover deze een publiekrechtelijke invulling hebben, welke specifiek zien op de wijze waarop de rechtshandhaving in het algemeen wordt verwezenlijkt. Echter, de verdediging in strafzaken wordt wel gehouden geacht de strafprocessuele behoorlijkheidsgrenzen na te leven voor wat betreft de uitoefening van zijn strafprocessuele bevoegdheden tijdens de concrete strafzaak. Het gaat daarbij in de concrete afweging terzake van het al dan niet naleven van de beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging naar onze mening niet zozeer om het algemeen belang in termen van voortvarendheid van berechting of ingrijpendheid van de gevolgen voor de reguliere wijze waarop de voorliggende zaak dient te worden behandeld, maar meer om een behoorlijke taakuitoefening of rolvulling terzake van het onderzoeksbelang in de voorliggende zaak"⁴⁸¹.

477 Ook het Hof Den Haag gebruikt in de hierboven in § 2.7.1 aangehaalde Bouterse zaak (Hof Den Haag 30-06-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 192) de term misbruik van procesrecht niet, maar toetst of Bouterse bij het beroep op naleving van vormvoorschriften enig rechtens te respecteren belang heeft.

478 De werkgroep is echter niet geheel consequent in het doortrekken van deze lijn. In de slotsom van het tweede hoofdstuk van het rapport onderschrijft de werkgroep het door Knigge geformuleerde uitgangspunt dat het gebruik van verdedigingsrechten door de rechter wordt getoetst aan de hand van de vraag of de verdachte door het niet honoreren van zijn verzoeken of verweren redelijkerwijs in zijn verdediging wordt geschaad. Dit is een aanzienlijk ruimer toetsingscriterium dan het criterium dat de verdachte 'geen enkel rechtens te respecteren belang' heeft bij het aanwenden van zijn verdedigingsrechten. Zie hierna § 2.7.3.

479 Knigge 2000 I, p. 1-2.

480 T. Blom en Hartman 2000.

481 T. Blom en Hartman 2000, p. 218.

Op grond van de in het bovengemelde citaat genoemde uitgangspunten zijn Blom en Hartman van mening dat de raadsman, die door hen wordt aangeduid met 'de verdediging', dient te handelen in overeenstemming met de strekking van de bevoegdheden die aan de verdachte zijn toegekend en dat in dit verband ook de raadsman zich schuldig zou kunnen maken aan misbruik van procesbevoegdheden, als het handelen van de raadsman niet meer in overeenstemming is met de strekking van de betreffende bevoegdheden en het doel van het strafproces, namelijk de materiële waarheidsvinding.

Het probleem in de redenering van Blom en Hartman is, dat zij er aan voorbij gaan dat de uitoefening van rechten en bevoegdheden ter verdediging primair aan de verdachte zijn toegekend en dat de rechten van de raadsman wat dit betreft slechts afgeleide rechten zijn⁴⁸². Dit is ook nog steeds het uitgangspunt in het onderzoeksproject *Strafvordering 2001*, waarvan hun onderzoek deel uitmaakt. In de algemene uitgangspunten van dit onderzoeksproject is de positie van de verdachte beschreven en daarin staat dat de verdachte vrij is zijn eigen proceshouding te bepalen, zijn intellectuele autonomie behoudt en niet gehouden is in te stemmen met de normatieve grondslagen van strafvordering. Ook wordt ervan uitgegaan dat de verdachte vrij is zichzelf te verdedigen en dat hem verplichte rechtsbijstand niet mag worden opgedrongen⁴⁸³. Deze uitgangspunten zijn tegenstrijdig met de door Blom en Hartman geformuleerde professionele verantwoordelijkheid van de raadsman bij de uitoefening van de primair aan de verdachte toegekende bevoegdheden en ook tegenstrijdig met hun eigen typering van de verhouding tussen de raadsman en de verdachte. In deze verhouding, die is gebaseerd op de privaatrechtelijke overeenkomst van opdracht ex Boek 7, titel 7 BW, is volgens Blom en Hartman "de wil van de verdachte terzake van zijn verdediging uitgangspunt van het handelen van de advocaat". Ook uit de Gedragsregels voor advocaten leiden zij af dat de wil van de cliënt in het handelen van de advocaat centraal staat en dat "binnen de structuur van het strafproces in beginsel slechts de verdachte mag worden opgevat als 'procespartij'"⁴⁸⁴. Hoe vallen deze uitgangspunten de rijmen met de constructie dat de raadsman misbruik kan maken van procesbevoegdheden? Blom en Hartman verwijzen naar de tuchtrechtelijke jurisprudentie, waarin is uitgemaakt dat de raadsman 'misbruik' kan maken van zijn geprivilegieerde positie⁴⁸⁵. Dat de raadsman misbruik kan maken van zijn privileges, zoals het vrij verkeer, staat echter los van het maken van misbruik van procesrecht. De aan de raadsman toegekende bevoegdheden die verband houden met zijn privileges dienen te worden onderscheiden van de strafprocessuele bevoegdheden die aan de verdachte zijn toegekend. Verder halen Blom en Hartman tuchtrechtelijke jurisprudentie aan, waaruit zij afleiden dat in het kader van het tuchtrecht ook getoetst wordt of de raadsman misbruik maakt van zijn

482 Enigszins verwarrend is dan ook dat T. Blom en Hartman 2000, p. 217 stellen dat ook volgens Cleiren een raadsman zich schuldig kan maken aan misbruik van procesbevoegdheden. Zij verwijzen daarbij naar Cleiren 1990, p. 141-164. Cleiren schrijft dit in deze bijdrage echter niet. Zij heeft het uitdrukkelijk over de verdachte en niet over de raadsman.

483 Groenhuijsen en Knigge 2000, p. 33-34.

484 T. Blom en Hartman 2000, p. 203.

485 Blom en Hartman verwijzen naar HvD 20-06-1994, *Advocatenblad* 1995, p. 911.

'strafrechtelijke bevoegdheden'. In de door hen aangehaalde uitspraak gaat het echter niet om misbruik van procesrecht, maar om de vraag of een advocaat stukken uit het strafdossier ter beschikking van de pers mag stellen, waarbij vooral getoetst wordt of de advocaat daarmee privacy-belangen van derden heeft geschaad⁴⁸⁶. Ook het argument van Blom en Hartman dat het uitgangspunt van equality of arms, dat ten grondslag ligt aan artikel 6 EVRM, eveneens een normatieve werking heeft ten opzichte van de raadsman in het strafproces, op grond waarvan deze bijvoorbeeld het OM niet zou mogen overrompelen met nieuwe informatie en/of materiaal, is erg zwak. Dit moeten Blom en Hartman ook toegeven daar waar zij schrijven dat de normatieve werking van artikel 6 EVRM sterk verbonden is aan de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten, namelijk het bieden van rechtswaarborgen aan de verdachte en niet (omgekeerd) aan het OM⁴⁸⁷.

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat, als de verdachte al misbruik van procesrecht zou kunnen maken, het aandeel van de raadsman hoogstens zijn advisering hierin kan zijn. Daarbij moet men echter voorzichtig zijn met betrekking tot het trekken van conclusies over de wijze waarop de raadsman dit zal hebben gedaan. De vertrouwensrelatie tussen raadsman en verdachte brengt immers met zich, dat de raadsman zich naar buiten toe steeds solidair moet opstellen ten aanzien van zijn cliënt. Kan hij dat niet meer, dan moet hij zich terugtrekken. Dat betekent dat het naar buiten toe niet bekend zal (of behoort te) worden op welke wijze een beslissing over de processtrategie is genomen en wat het standpunt van de raadsman hierover is geweest. Duidelijk is wel dat de raadsman bij de bepaling van de processtrategie van zijn cliënt een belangrijke rol speelt en dat de raadsman in ieder geval naar zijn cliënt toe een verantwoordelijkheid heeft voor de kwaliteit van zijn advies. De primaire leidraad voor de advisering door de raadsman zal in dit soort kwesties dan ook worden bepaald door het antwoord op de vraag of de verdachte zijn procesbevoegdheden oneigenlijk kan gebruiken of misbruiken.

2.7.3 *Kan de verdachte misbruik maken van zijn bevoegdheden?*

Cleiren besteedt als een van de eersten vanuit theoretisch oogpunt aandacht aan de vraag of de verdachte misbruik kan maken van zijn bevoegdheden en of van de verdachte een bepaalde proceshouding kan worden geëist⁴⁸⁸. Voortbordurend op Melai, die stelt dat de verdachte in ons strafproces een autonome rol heeft die gekenmerkt wordt door zijn verklaringsvrijheid en op wie geen enkele publiekrechtelijke verplichting rust om in het tegen hem aangespannen onderzoek bij te dragen⁴⁸⁹, voert Cleiren aan dat de verdachte niet als procespartij in strikte zin

486 HvD 02-05-1994, Advocatenblad 1994, p. 772. Zie overigens voor de tuchtrechtspraak met betrekking tot klachten tegen advocaten wegens misbruik van procesrecht § 3.11.

487 T. Blom en Hartman 2000, p. 219-220.

488 Cleiren 1990 I.

489 Melai 1981, p. 101 e.v.

kan worden beschouwd. Een wederkerige rechtsbetrekking met de overheid ontbreekt en de rechter is bij de uitvoering van zijn taak niet gebonden aan de feiten zoals deze door het OM en de verdachte worden gepresenteerd⁴⁹⁰. Haars inziens moeten de bevoegdheden van de verdachte worden gezien als aanspraken op naleving van de vormvoorschriften die de overheid binden aan een rechtmatige bevoegdheidsuitoefening. Strafvorderlijke regels richten zich tot de overheid en niet tot de verdachte en van hem kan dan ook niet een bepaalde proceshouding worden geëist. In beginsel kan de verdachte volgens Cleiren geen misbruik maken van zijn bevoegdheden omdat het recht, wil het zijn rechtsbeschermingsfunctie behouden, moet waarborgen dat de verdachte vrij is op welke wijze hij zijn rechten en bevoegdheden uitoefent⁴⁹¹. Ook Janse de Jonge en Prakken hebben in de discussie over de positie van de raadsman bij de verdediging van leden van de RAF in de jaren zeventig benadrukt dat 'misbruik van bevoegdheden' een begrip uit het publiekrecht is, dat ervan uitgaat dat:

"staatsorganen voor precies omliggende daden precies omliggende bevoegdheden hebben gekregen en dat zij hun bevoegdheden alleen voor die daden mogen gebruiken. De staat is aan burgers verantwoording schuldig voor de doelen die zij nastreeft en over de middelen die zij daartoe gebruikt. Deze positie is principieel tegengesteld aan die van de burgers, die immers over hun doeleinden nooit verantwoording schuldig zijn aan de staat. Zij kunnen alleen ter verantwoording worden geroepen voor de middelen die zij hanteren. Om de vrijheid in de keuze van doelen te garanderen hebben burgers grondrechten, in tegenstelling tot staatsorganen (...). Wij willen hier in het midden laten of misbruik van grondrechten (i.c. het recht op verdediging TS) überhaupt mogelijk of denkbaar is. Zo'n misbruik kan duidelijk niet aangenomen worden op grond van de bewering dat een grondrecht wordt gebruikt voor doelen die de staat niet welgevallig zijn. Een beoordeling van een grondrecht naar de maatstaf van de doelen die men ermee nastreeft, is een ontkenning van het grondrecht zelf"⁴⁹².

Cleiren benadrukt dat de rechter ingevolge het legaliteitsbeginsel in principe niet bevoegd is een aan de verdachte toegekende bevoegdheid te beperken, op grond van een belangenafweging tussen het belang van de verdachte en het algemeen belang, omdat die belangenafweging bij de toekenning van de bevoegdheid al door de wetgever is gemaakt. De enige bepaling waarin de wetgever de rechter de mogelijkheid heeft gegeven misbruik te voorkomen is in de wrakingsprocedure. In artikel 515 lid 4 Sv is bepaald dat, ingeval van misbruik, het gerecht kan bepalen dat een volgend wrakingsverzoek niet in behandeling wordt genomen, zodat de verdachte door het indienen van wrakingsverzoeken het proces niet eindeloos kan ophouden. De rechter mag daarom, aldus Cleiren, de bevoegdheden van de verdachte slechts in zeer uitzonderlijke gevallen beperken, namelijk indien het

490 Overigens wordt vrij algemeen aangenomen dat uitgaande van het primaire doel van het strafproces, het vinden van de materiële waarheid, er slechts ten dele kan worden gesproken van een partijenproces, naast de door Cleiren gebruikte argumenten wordt hiertoe ook aangevoerd dat het niet in de taak van het OM besloten ligt kost wat kost als partij te 'winnen' en is er geen sprake van gelijkheid van partijen zie bijvoorbeeld de noot van 't Hart bij HR 08-11-1988, NJ 1989, 657; De Roos 1994 II, p. 127.

491 Zo ook Franken en Prakken 1999, m.n. p. 1637 en Minkenhof/Reijntjes 1999, p. 2.

492 Janse de Jonge en Prakken 1978, p. 606.

handelen van de verdachte volstrekt chicaneus is en apert in strijd is met de strekking van de bevoegdheid.

Volgens het Hof Amsterdam deed zich een dergelijke situatie voor in een zaak waarin na een nietigverklaring van de appeldagvaarding door het hof wegens betekeningsgebreken, een tweede appeldagvaarding werd uitgebracht, waarna de verdachte cassatieberoep tegen de nietigverklaring instelde, zodat de PG in zijn tweede poging (de verdachte liet verstek gaan) niet ontvankelijk werd verklaard omdat in de eerste zaak nog niet in cassatie was beslist. Vlak nadat de derde appeldagvaarding werd uitgebracht, werd namens de verdachte door de raadsman tegen de tweede uitspraak van het hof weer cassatieberoep ingesteld (let wel: alle uitspraken waren gewezen ten gunste van de verdachte). Bij de behandeling van de derde zaak besliste het hof dat het instellen van beroep in cassatie tegen het arrest van het hof waarbij de PG niet ontvankelijk was verklaard, moest worden aangemerkt als misbruik van procesrecht, omdat dit cassatieberoep geen ander doel kon dienen dan trachten te voorkomen dat het hof aan een beoordeling van de zaak in hoger beroep zou kunnen toekomen. De PG werd ontvankelijk verklaard⁴⁹³. In de beslissing op het daarop ingestelde cassatieberoep, waarin de verdachte door de Hoge Raad niet ontvankelijk werd verklaard, rept de Hoge Raad echter niet over misbruik van procesrecht, maar overweegt de Hoge Raad dat de verdachte *geen rechtens te respecteren belang heeft bij dit cassatieberoep*⁴⁹⁴. Door niet van misbruik van procesrecht te spreken, zoals het hof in appel had gedaan, maar door zich te beperken tot de overweging dat de verdachte bij het cassatieberoep geen in rechte te respecteren belang heeft, beziet de Hoge Raad de strekking van het rechtsmiddel van cassatie vanuit de belangen van de verdachte. Dat is een andere benadering, dan de verdachte misbruik van een rechtsmiddel te verwijten, omdat in misbruik de intentie besloten ligt van chicaneus handelen⁴⁹⁵. Echter ook bij de beoordeling van de vraag of de verdachte geen enkel rechtens te respecteren belang heeft bij het gebruik van een bevoegdheid, moet de rechter de nodige voorzichtigheid in acht nemen. De rechter mengt zich dan immers in de belangen van de verdediging en beperkt daarmee de vrijheid van de verdachte te bepalen op welke wijze hij zijn rechten en bevoegdheden uitoefent⁴⁹⁶. De aan de verdachte toegekende bevoegdheden zijn in de wet geformuleerde rechten, die de rechter, afgezien van de hem bij wet toegekende mogelijkheden, uitgaande van het legiti-

493 Hof Amsterdam, 15-04-1993, NJ 1993, 478, zie voor een bespreking van dit arrest Sjöcrona en Van der Spek 1993.

494 HR 22 februari 1994, NJ 1994, 306. Eenzelfde formulering wordt gebruikt in HR 02-11-1999, NJB 1999, 167, p. 2035 en Hof Den Haag 30-06-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 192 in de Bouterse zaak. Zie ook HR 12-01-1999, NJ 1999, 450, waarin de Hoge Raad de door het hof gehanteerde maatstaf, namelijk dat een verzoek tot het oproepen van getuigen, nadat de verdediging zich tijdens een eerdere zitting terzake van de oproeping had gerefereerd, in strijd is met de beginselen van een goede procesorde, onjuist acht.

495 Zie voor het ontbreken van een in rechte te respecteren belang van de verdachte ook HR 16-04-1996, NJ 1996, 572.

496 Cleiren 1990 I, p. 156 e.v.; zie ook Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 5 bij de art. 37-51, waarin zij stelt dat aan de verdediging nooit verweten kan worden dat zij haar bevoegdheden gebruikt voor een ander doel dan waarvoor die gegeven zijn, omdat die bevoegdheden aan geen ander doel gebonden zijn dan dat waarvoor de verdachte ze wil gebruiken.

teitsbeginsel niet zomaar mag inperken. Ook 't Hart is van mening dat de beoordeling door de rechter beperkt moet blijven tot een zeer marginale toetsing, omdat de vertrouwelijkheid tussen raadsman en cliënt mee brengt, dat de raadsman vaak niet alle verdedigingsbelangen open ter zitting aan de rechter kan voorleggen en de rechter ook niet te snel, op de stoel van de raadsman klimmend, de beoordeling van de verdedigingsbelangen mag overnemen⁴⁹⁷.

Een duidelijk ander standpunt, dan dat van de hiervoor genoemde schrijvers wordt ingenomen door Knigge⁴⁹⁸. Hij is van mening dat de verdedigingsrechten van de verdachte zich niet uitstrekken tot diens zuivere privé-belangen maar alleen tot het publiekrechtelijk verdedigingsbelang, dat hij definieert als het voorkomen dat onschuldigen worden gestraft. Zijns inziens zijn aan de verdachte rechten toegekend om willekeurige bestraffing tegen te gaan. Een gebruik van verdedigingsrechten, dat in redelijkheid niet kan bijdragen aan de juiste beoordeling van de zaak of het ontkrachten van de tegen de verdachte ingebrachte bezwaren, dient niet het verdedigingsbelang (in de door Knigge geformuleerde betekenis) en kan zijns inziens door de rechter worden aangemerkt als misbruik of oneigenlijk gebruik. Knigge onderkent dat ook de schuldige verdachte er alle belang bij heeft te worden vrijgesproken, maar is van mening dat de verdedigingsrechten voor dat doel niet gegeven zijn. Als uitgangspunt bij de toetsing van het gebruik van verdedigingsbevoegdheden geldt dan niet het door de Hoge Raad geformuleerde marginale toetsingscriterium dat de verdachte hierbij enig rechtens te respecteren belang moet hebben, maar of de verdachte door de beperking van de bevoegdheid in zijn verdediging is geschaad⁴⁹⁹. Eenzelfde opvatting over de rechten van de verdachte wordt door Knigge en Groenhuijsen verwoord in het reeds in de vorige paragraaf aangehaalde onderzoeksproject *Strafvordering 2001*. In het Eerste Interimrapport stellen zij:

"De rechten van de verdediging vormen geen autonome grootheid, maar zijn gerelateerd aan het doel van het strafproces, meer in het bijzonder aan het voorkomen van de bestraffing van onschuldigen. Dat betekent in de eerste plaats dat de belangen van de verdachte niet identiek zijn aan het belang van een behoorlijke verdediging. De stelling dat het uitsluitend aan de verdachte is om uit te maken hoe hij van zijn verdedigingsrechten gebruik maakt gaat dan ook niet op. De uitoefening van verdedigingsrechten kan aan rechterlijke toetsing worden onderworpen; tegen misbruik van bevoegdheden mag worden opgetreden"⁵⁰⁰.

497 Zie noot 't Hart bij HR 12-01-1999, NJ 1999, 450, waarin hij ook nog stelt dat het oneigenlijk is in het noodzakelijkheidsoordeel met betrekking tot het horen van getuigen, de processuele opstelling van de verdachte en diens raadsman te verdisconteren. Hij verwijst hierbij naar De Roos 1994 II, p. 177 en J. Willems 1999, p. 91 die schrijft dat de rechter op zichzelf beschouwd onaangenaam gedrag in vergaande mate zal (moeten) tolereren. Het gaat er volgens 't Hart uiteindelijk niet om de raadsman op zijn nummer te zetten, maar om de verdachte recht te doen en als die twee doelstellingen niet zijn te combineren moet de laatste prevaleren.

498 Knigge 2000 I.

499 Knigge II 2000, p. 231.

500 Groenhuijsen en Knigge 2000, p. 24. Zie in dit verband ook Groenhuijsen 2000, p. 220-221; Van Dorst 2000, p. 233-246.

In de redenering van Knigge en Groenhuijsen, dat de verdedigingsrechten niet gegeven zijn voor de schuldige verdachte, doet zich weer het probleem voor van de (dé-)juridisering van de schuldvraag dat al eerder in de discussies over het belang van de verdediging is opgedoken⁵⁰¹. In feite zijn de argumenten die Knigge en Groenhuijsen gebruiken identiek aan die van de tegenstanders van de uitbreiding van de rechten van de verdediging in het Wetboek van Strafvordering van 1926. Ook toen werd de nadruk gelegd op het belang van de waarheidsvinding en werd de rechtsorde geschonden geacht als een schuldige zou worden vrijgesproken. Met name de redenering van Blok⁵⁰² dat het belang van een schuldige verdachte bij vrijspraak geen rechtmatig belang is, heeft een hoog 'déjà vu' gehalte. Ook toen al werd tegen de argumenten, zoals die van Blok, ingebracht dat het Wetboek van Strafvordering is geschreven voor de *verdachte* en niet voor de *schuldige*⁵⁰³. In de rechtstatelijke benadering van het strafrecht gaat de verdachte vrijuit indien niet voldaan is aan de procedurele en bewijstechnische voorwaarden voor een veroordeling. De verdachte kan ook vrijuit gaan als het OM niet ontvankelijk wordt verklaard en de rechter aan de beoordeling van de schuldvraag niet is toegekomen. In juridische zin is de verdachte dan onschuldig, ook al zou hij feitelijk wel schuldig kunnen zijn. Dit betekent dat zolang de juridische schuld nog niet is vastgesteld, de rechter bij de beoordeling van de verdedigingsbelangen niet zou mogen uitgaan van de (in zijn overtuiging) feitelijke schuld van de verdachte. De vraag of de uitoefening van een verdedigingsrecht bijdraagt aan de juiste beoordeling van de zaak mag uit rechtstatelijk oogpunt eigenlijk helemaal niet gesteld worden, omdat aan deze vraag de veronderstelling ten grondslag ligt dat 'de juiste beoordeling van de zaak' tijdens de procedure al een *gegeven* is, terwijl dit eigenlijk de *uitkomst* van de procedure zou behoren te zijn. Dat betekent overigens niet dat de rechter steeds alle verzoeken van de verdediging zou moeten honoreren. Het betekent slechts dat het *uitoefenen* van een verdedigingsrecht of -bevoegdheid op zichzelf niet als misbruik kan worden bestempeld. Door het verdedigingsbelang te beperken tot het belang bij vrijspraak van de *on-schuldige* verdachte, komt niet alleen de presumptie van onschuld in het gedrang, maar wordt het verdedigingsbelang ook heel beperkt uitgelegd. Het verdedigingsbelang omvat immers ook de controle op de toepassing van overheidsbevoegdheden bij de vervolging en meer in zijn algemeenheid het belang van het waarborgen van "de intellectuele autonomie van de verdachte, die niet gehouden is in te stemmen met de normatieve grondslagen van strafvordering", zoals Knigge en Groenhuijsen de positie van de verdachte in het Algemeen deel van het Eerste Interimrapport Strafvordering 2001 definiëren⁵⁰⁴. Als enerzijds erkend wordt dat de verdachte zijn intellectuele autonomie behoudt en niet gehouden is in te stemmen met de normatieve grondslagen van de strafvordering, dan impliceert dat anderzijds, dat de verdachte vrij is bij het bepalen van zijn eigen belan-

501 Zie § 1.2.1.2, § 1.2.1.5, § 1.6.1 en § 1.11.1.

502 Blok, Handelingen NJV 1918 II, p. 91-104.

503 Zie § 1.2.1.2.

504 Groenhuijsen en Knigge 2000, p. 33.

gen en dat die belangen per definitie onderdeel uitmaken van het legitieme verdedigingsbelang: dit is nu juist de essentie van 'intellectuele autonomie'.

Daar komt nog bij dat het niet altijd eenvoudig te definiëren is, hoe ver het rechtens te beschermen belang van een bepaalde bevoegdheid of van een bepaald rechtsmiddel strekt. Het rechtens te beschermen belang is nauw verbonden met het doel en de strekking van een strafvorderlijke bepaling waarover op zichzelf weer te debatteren valt en ook gedebatteerd moet kunnen worden, zonder dat de verdachte het verwijt krijgt misbruik van procesrecht te maken, omdat een bevoegdheid niet overeenkomstig zijn strekking zou worden gebruikt. De strafvorderlijke jurisprudentie is vergeven van voorbeelden die aantonen hoe verschillend over de strekking van een strafvorderlijke bepaling kan worden geoordeeld. Dit blijkt ook in de, hiervoor beschreven, Bouterse zaak, waarin het Hof Den Haag van oordeel is dat zich een geschil van rechtsmacht in de zin van artikel 525 lid 1 sub 1 Sv voordoet als verscheidene rechters gelijktijdig verschillende deelnemers van dezelfde strafbare feiten berechten⁵⁰⁵ terwijl de Hoge Raad in cassatie overweegt dat dit oordeel van het Hof niet juist is omdat het begrip 'dezelfde zaak' in artikel 535 lid 1 sub 1 uitsluitend betrekking heeft op de zaak van de verdachte en niet op zaken van mededaders⁵⁰⁶.

Het is voor de rechter bovendien erg moeilijk te achterhalen of de verdachte on-eigenlijke motieven heeft bij het aanwenden van rechtsmiddelen of het gebruik van zijn bevoegdheden. De verdachte hoeft het gebruik van rechtsmiddelen niet te motiveren⁵⁰⁷. Zo is bijvoorbeeld uitstel van berechting voor de verdachte, die immers niet hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling, een legitiem belang. De vraag is vervolgens of dit ook een rechtens te respecteren belang is. Elzinga⁵⁰⁸ vindt, dat het instellen van beroep, met het uitsluitende doel om uitstel van executie te krijgen, moet worden beschouwd als oneigenlijk gebruik, omdat uitstel van executie niet een door het hoger beroep beschermd belang is. Hij acht de kwalificatie oneigenlijk gebruik echter weer niet op zijn plaats bij een (ontkennende) verdachte, die het uitstel van executie als een zeer prettige bijkomstig-

505 Hof Den Haag 19-03-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 76.

506 HR 27-05-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 191. In dit verband kan ook gewezen worden op de noot van Myjer bij het arrest van het EHRM van 04-08-1999 in de zaak Douiyeb tegen Nederland, waarin tot aan het EHRM is doorgeprocedeerd wegens schending van artikel 5 lid 4 EVRM omdat het bevel inverzekeringstelling door een kennelijke schrijffout een verkeerd wetsartikel bevatte. Myjer schrijft dat advocaten meer rekening zouden moeten houden met de schaarse capaciteit bij het EHRM en deze niet zouden mogen gebruiken voor 'slut zaken', waarin het beweerdelijk geschonden mensenrecht met de haren lijkt te zijn bijgesleept, Myjer 1999 III, p. 1095-1096. Barkhuysen en Loof 1999 reageren hierop in een noot op de noot van Myjer en stellen dat Myjer wat te eenzijdig de zwarte piet bij de advocatuur legt en dat de advocaat in kwestie gewoon zijn werk heeft gedaan. Uit het feit dat de zaak door het ECRM niet kennelijk ongegrond is verklaard, blijkt volgens hen dat de klacht toch ook niet zo ontzettend 'slut' was.

507 Hiermee wordt overigens in het kader van een verbetering van de zittingsplanning geëxperimenteerd in het hofressort Den Bosch, waarbij de verdediging op een zogenaamd 'bezwaren-formulier' bij het instellen van appel kan aangeven waartegen het hoger beroep zich specifiek richt en het aantal te horen getuigen/deskundigen kan opgeven, zie Hendriks 1999.

508 Zie hiervoor Elzinga 1998 II.

heid ervaart. Elzinga komt trouwens tot de conclusie dat chicaneus gedrag van de verdachte niet of nauwelijks valt te weren, omdat de chicaneuze opzet moeilijk is vast te stellen. Bij het instellen van hoger beroep met het uitsluitende doel de executie op te schorten kan de verdachte altijd aanvoeren dat hij het met de opgelegde straf niet eens is. Dat betekent dat bij een regeling die misbruik van procesrecht beoogt te voorkomen, uitsluitend kan worden gegrepen naar 'voorwaardelijk opzet'-constructies, in de zin van: als de verdachte, die appel heeft ingesteld, verstek laat gaan, dan wordt verondersteld dat hij misbruik van het rechtsmiddel heeft gemaakt. Ook in het hiervoor genoemde jurisdictiegeschil in de Bouterse zaak berust de aanname van het OM (en de Rechtbank Den Haag) dat er sprake is van misbruik van procesrecht op de veronderstelling dat met het opwerpen van het jurisdictiegeschil geen enkel ander belang speelde dan de schorsing van de vervolging. Ook deze conclusie kan alleen worden gebaseerd op veronderstellingen, die wellicht voor de hand liggen, maar niet kunnen worden aangetoond. Het risico van objectivering van de beweegredenen van verdachten om bevoegdheden te gebruiken is, dat daarmee niet alleen chicaneuze verdachten, maar ook verdachten met rechtens te respecteren belangen procedurele middelen worden onthouden. Dan verliest het recht zijn beschermingsfunctie.

2.7.4 Handhaving van de procesorde

Dat de rechter, ingeval van verregaande obstructie door de verdachte, de voortgang van de procedure moet kunnen veiligstellen als de verdachte bij het gebruik van een bevoegdheid geen enkel rechtens te respecteren belang heeft, wordt in zijn algemeenheid wel aanvaard⁵⁰⁹. Uit een aantal arresten van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat in sommige gevallen ook de beginselen van een goede procesorde worden gebruikt om bevoegdheden te beperken. Zo liet de Hoge Raad een arrest van het hof Amsterdam in stand (een zogenaamde 'peek') waarin het hof het te laat oproepen van een getuige in strijd had geoordeeld met "de ook voor de verdediging geldende beginselen van een behoorlijke procesorde"⁵¹⁰. De Hoge Raad overwoog zelf in twee zaken waarin door raadslieden niet één keer, maar twee keer, in cassatie was gereageerd op de conclusie van het OM, dat de Hoge Raad geen kennis had genomen van de tweede reactie, omdat die in strijd met de beginselen van een goede procesorde zou zijn ingediend⁵¹¹. Moet hieruit

509 Peters 1973, p. 236-253: "De voornaamste, maar ook meest precare, functie van het strafprocesrecht in een democratische rechtsorde is burgers te beschermen tegen ongerechtvaardigde ingrepen in hun vrijheidssfeer. Deze garanties mogen echter niet zo zijn dat zij de uitoefening van de in een democratische rechtsorde legitieme strafvorderingstaken van de overheid onmogelijk maken"; Melai 1981, p. 78 schrijft dat de proceshouding van de verdachte aan geen andere regels is gebonden dan aan die van zekere orde in verband met de gedingvoering; Cleiren 1990 I, p. 161 is van mening dat de verdachte in zijn optreden kan worden beperkt indien zijn handelen volstrekt niet meer past of apert in strijd is met de strekking van de bevoegdheid en zijn belang niet meer een rechtens te beschermen belang kan worden genoemd; zie ook Sjöerona en Van der Spek 1993, p. 177.

510 HR 08-04-1997, NJCM-Bulletin 1998, p. 14.

511 HR 06-04-1999, NJCM-Bulletin 1999, p. 476; HR 16-04-1999, nr. 110.162, niet gepubliceerd.

de algemene conclusie worden getrokken dat niet alleen het OM maar ook de raadsman aan de beginselen van behoorlijke procesorde is gebonden? Ik meen van niet. In de eerste plaats wordt met 'beginselen van een behoorlijke procesorde' in deze zaken kennelijk bedoeld op een ordelijk verloop van de procedure of zitting: in het eerstgenoemde geval gaf de verdediging, nadat het onderzoek ter terechtzitting al drie keer op verzoek van de verdediging was geschorst, weliswaar tijdig, maar zodanig laat een getuige op (de dag voorafgaande aan Goede Vrijdag) dat er maar effectief twee dagen overbleven voor de zitting om de getuige op te roepen, terwijl de verdachte op de zitting verklaarde dat hij de afgelopen 4 jaren geen enkel contact had gehad met de getuige en ook niet verwachtte dat deze vrijwillig zou komen⁵¹². Deze getuige, die een belastende verklaring had afgelegd die van begin af aan in het dossier zat, had dus al veel eerder kunnen worden opgegeven. Ook in de zaken van de tweede reactie op de conclusie van de PG bij de Hoge Raad spelen uitsluitend proces-economische argumenten. Hoezeer deze argumenten ook te maken hebben met procesorde, zij zijn van een andere aard, dan de beginselen van behoorlijke procesorde die gedragsnormen bevatten voor de uitoefening van bevoegdheden door justitiële organen, zoals het beginsel van proportionaliteit, het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het beginsel van zuiverheid van oogmerk, het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur⁵¹³. Uit de hiervoor genoemde jurisprudentie kan niet worden afgeleid dat de verdediging aan deze laatste beginselen gebonden wordt geacht⁵¹⁴. Het gebruik van de term 'beginselen van een behoorlijke procesorde' is in deze zaken verwarrend. Het zou zuiverder zijn alleen de term 'procesorde' te gebruiken. Dit wordt door de Hoge Raad ook gedaan in een arrest waarbij het twee maal reageren op een conclusie van de PG in strijd wordt geacht met de 'goede procesorde'. De Hoge Raad laat in dit arrest de term 'beginselen' weg⁵¹⁵. In sommige gevallen kan de procesorde een argument zijn de uitoefening van bevoegdheden te beperken, een bevoegdheid die de rechter ook op grond van artikel 272 Sv heeft⁵¹⁶. Betekent dit dan ook dat de verdachte c.q. zijn raadsman re-

512 Hof Amsterdam 25-04-1996, NJCM-bulletin 1997, p. 21-22.

513 Zie m.n. Cleiren 1989.

514 Zo concludeert ook Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 5 bij de art. 37-51 Sv. Ook 't Hart stelt in zijn noot bij HR 12-01-1999, NJ 1999, 450, dat aan het uitgangspunt moet worden vastgehouden dat de verdediging in beginsel alleen door wettelijke limieten kan worden beperkt. Tot eenzelfde conclusie komt de Werkgroep 'Evaluatie polarisatie', Van der Horst e.a. 2000, p. 186. Zie verder ook HR 04-04-2000, NJ 2000, 633, met name punt 5 van de noot van 't Hart.

515 HR 16-03-1999, NJ 1999, 370.

516 Zie § 2.4.7.4. Zie voor een geval waarbij de houding van de verdachte door de rechter wordt afgestraft bijvoorbeeld HR 19-10-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 195. Dit betreft een zaak waarin de verdachte zich naar het oordeel van de RC misdraagt bij het horen van een getuige. De RC wil de verdachte niet het daaropvolgende getuigenverhoor laten bijwonen en stelt hem in de gelegenheid schriftelijk vragen op te geven. Deze modaliteit wordt door de verdachte en diens raadsman afgewezen. De Hoge Raad acht de weigering van het Hof, om de niet door de verdachte gehoorde getuige alsnog ter zitting te horen, geen blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting.

kening zouden moeten houden met de procesorde bij de uitoefening van bevoegdheden?

De Roos⁵¹⁷ stelt dat het bij de vragen of de advocaat zand in de machine mag strooien en of ook de advocaat gebonden is aan beginselen van behoorlijke procesorde, naar zijn overtuiging om een schijnprobleem gaat. Zolang de presumptie van onschuld van de verdachte uitgangspunt blijft, evenals het adagium dat deze op generlei wijze hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling en de verdachte daartoe rechtsmiddelen ter beschikking krijgt, kan het de verdachte niet verweten worden dat hij de wettelijke mogelijkheden ten volle uitbuit. Zijn raadsman, die gelet op zijn wettelijke taak en vertrouwensrelatie met de cliënt op alle wettelijke mogelijkheden moet wijzen, valt dan evenmin iets te verwijten⁵¹⁸.

Een ander kritiekpunt aan het adres van de advocatuur, dat hier nog moet worden genoemd is, dat door verdragende verdedigingsstrategieën de rechtsbeschermende effecten van procedurevoorschriften en de reikwijdte van de bevoegdheden van de verdachte op langere termijn wellicht worden beperkt⁵¹⁹. Maar ook daarbij is het de vraag of de advocaat beroepshalve verplicht of zelfs bevoegd is rekening te houden met negatieve rechtspolitieke gevolgen op langere termijn en de belangen van de cliënt in het individuele geval ondergeschikt mag maken aan de rechtsbescherming van de verdachte in zijn algemeenheid⁵²⁰. Ook hier heeft immers *in principe alleen de cliënt het laatste woord*⁵²¹.

2.7.5 *Samenvatting van de betekenis van beginselen van behoorlijke procesorde voor de verdediging*

Uit het voorgaande blijkt dat aan de uitgangspunten die ten grondslag liggen aan de positie van de verdachte in ons wetboek van strafvordering geen normen kunnen worden ontleend die de verdachte beperken in het gebruik van legale (rechts)middelen of bevoegdheden die hem in het Wetboek van Strafvordering zijn toegekend. Met name de term 'misbruik van procesrecht' is hier niet op zijn plaats. De behartiging van het algemeen belang – oftewel de ongestoorde voortgang van de berechting – is immers niet aan de verdediging opgedragen. De verdediging kan dan ook moeilijk verweten worden procesbevoegdheden te mis-

517 De Roos 1991, p. 40, noemt hierbij het volgende voorbeeld: "Hoe moet nu het optreden worden beoordeeld van de raadsman, die bewust gebruikmakend van feilen in het justitieel systeem, met gebruikmaking overigens van volstrekt oirbare (rechts)middelen, zijn voorlopig gedetineerde cliënt op vrije voeten weet te krijgen in een spectaculaire, emotioneel beladen en in de belangstelling staande zaak".

518 De Roos 1991, p. 41 en De Roos 2000, p. 74 e.v. Zie ook Cleiren 1990 I, die stelt dat de verdachte zich niet hoeft te verantwoorden over de doelen die hij met het instellen van rechtsmiddelen beoogt.

519 Zie § 1.11.3.

520 De advocaat kan, en moet soms, deze negatieve gevolgen uiteraard wel met zijn cliënt bespreken.

521 De Wijkerslooth 1989, p. 15, noemt met name dit aspect als een voorbeeld van een ethisch probleem. Hij schrijft dat specialisatie met zich mee kan brengen dat een advocaat geïnvolveerd raakt in jurisprudentievorming, maar dat het belang van de ontwikkeling van het recht niet altijd hoeft te sporen met het belang van de individuele cliënt.

bruiken als hiermee een algemeen belang wordt geschonden. Zolang de verdachte niet hoeft mee te werken aan zijn veroordeling, is het inconsequent van de raadsman te verwachten dat deze daar uit hoofde van zijn functie wel aan zou moeten bijdragen⁵²². Gelet op de taak en functie van de raadsman als partijdige belangenbehartiger zou er alleen van misbruik van procesrecht aan de zijde van de raadsman kunnen worden gesproken, als de raadsman enige hem door de wet toegekende bevoegdheid aanwendt in strijd met het belang van zijn cliënt⁵²³. Dit betekent dat de raadsman, net als de verdachte, niet tot een bepaalde (coöperatieve) proceshouding verplicht kan worden en dat de verdediging niet de vrijheid kan worden ontzegd, gebruik te maken van aan haar toegekende rechten en bevoegdheden en het desnoods op een mogelijke negatieve rechterlijke beslissing aan te laten komen⁵²⁴. Dit uitgangspunt laat onverlet dat de rechter in individuele strafzaken de (rechts)gevolgen van het gebruik van bevoegdheden of rechtsmiddelen van de verdachte kan inperken of niet kan laten intreden, als de verdachte hierbij geen enkel rechtens te respecteren belang heeft en het gebruik van de bevoegdheden in strijd komt met de procesorde, waaronder in dit verband voornamelijk het ordelijk verloop van het geding wordt verstaan. Door Cleiren, Elzinga, Prakken en 't Hart is erop gewezen dat de rechter hierbij zeer terughoudend moet zijn omdat anders de vrijheid van de verdediging in het gedrang komt. Daarbij speelt ook nog het probleem dat vaak niet is vast te stellen of een bepaald gebruik van een bevoegdheid daadwerkelijk chicaneus is.

Tot slot moet nog worden opgemerkt dat het uit oogpunt van verdedigingsstrategie voor de verdachte niet altijd zo verstandig is, de grenzen van obstructie op te zoeken. Met name daar waar het gaat om het afwegen van voor- en nadelen van een bepaalde strategie vervult de raadsman in de advisering van zijn cliënt een belangrijke functie. Maar de wijze waarop de verdachte zijn procedurele mogelijkheden benut blijft een kwestie tussen de raadsman en zijn cliënt, waarbij de raadsman slechts aan zijn cliënt verantwoording schuldig is.

522 Dit ligt bijvoorbeeld in Duitsland, waar de advocaat wordt aangemerkt als 'selbständiges Organ der Rechtspflege' enigszins anders. Volgens Dahs 1999, p. 13 e.v. betekent dit voor de advocaat, dat hij deelnemer en geen tegenstander van de rechtspleging dient te zijn. Bij een botsing tussen de 'Schutzaufgabe' van de verdediger ten aanzien van het individuele belang van de verdachte en het belang van de strafrechtspleging, heeft het eerste belang voorrang, tenzij het optreden van de raadsman een aanval op het functioneren van de strafrechtspleging is. Met name in dit laatste aspect zit een verschil met de Nederlandse situatie, waarin in zijn algemeenheid wordt aangenomen dat de advocaat niet gebonden is aan beginselen van behoorlijke procesorde.

523 Zie Mols 1999 I, die zich afvraagt of niet zelfs in het geval, dat elk rechtens te respecteren belang ontbreekt, de vraag gerechtvaardigd is of de verdediging een verwijt kan worden gemaakt zolang als het aanwenden van enige door de wet toegekende bevoegdheid niet in strijd is met het belang van de cliënt.

524 Zie J. Willems 1999, p. 88, die zich afvraagt wat er eigenlijk op tegen is, op het scherp van de snede de grenzen van het toelaatbare te verkennen, nu ons strafproces contradictoir is en partijen elkaar ook mogen tegenspreken, waarbij het aan de rechter is ervoor te zorgen dat de procesgang ordelijk verloopt en Sjöcrona 1999 I, p. 82.

2.8 De uitoefening van de rol van verdediger

Tot nu toe is in dit hoofdstuk onderzocht welke normen voor het optreden van de raadsman kunnen worden ontleend aan de processuele bevoegdheden die van de verdachte zijn afgeleid en die de raadsman met de verdachte deelt. Hierna zullen de strafvorderlijke bevoegdheden worden geanalyseerd die betrekking hebben op de uitoefening van de rol van verdediger, namelijk het recht op vrij verkeer met de gedetineerde cliënt en het verschoningsrecht.

De grondslag van zowel het recht op vrij verkeer als het verschoningsrecht is gelegen in het maatschappelijke belang dat gehecht wordt aan de mogelijkheid dat burgers een advocaat kunnen raadplegen in een vertrouwelijke sfeer, zonder dat zij bang hoeven te zijn dat de informatie die zij hierbij geven op enige wijze openbaar wordt gemaakt⁵²⁵. Het respecteren van de vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt is een belangrijk element van het recht op rechtsbijstand en is tevens een uitwerking van het grondrecht van bescherming van de persoonlijke levenssfeer dat is vastgelegd in artikel 10 Grondwet en artikel 8 EVMR. Dit grondrecht is met name precair in situaties waarin burgers voor de oplossing van problemen, die diep in hun leven ingrijpen, afhankelijk zijn van professionele hulpverlening en in het kader hiervan 'gedwongen' zijn om persoonlijke en intieme informatie prijs te geven. De burger moet de kans krijgen om zonder vrees voor nadelige consequenties advies en hulp te vragen en daarvoor is het nodig dat wat in het kader hiervan besproken wordt niet zonder toestemming naar buiten toe wordt gebracht. De wetenschap dat dit niet zal gebeuren is een essentiële voorwaarde om een vertrouwensrelatie met een professionele hulpverlener te kunnen aangaan. De cliënt moet niet alleen de gelegenheid krijgen vertrouwelijk te spreken met zijn advocaat, maar moet er ook van verzekerd zijn dat hetgeen hij aan de advocaat vertelt vertrouwelijk blijft. Op grond van artikel 218 Sv⁵²⁶ heeft de advocaat een verschoningsrecht, zodat hij niet (in rechte) gedwongen kan worden vertrouwelijke informatie prijs te geven. Verder zijn er ook verspreid door het Wetboek van Strafvordering waarborgen geschapen, die moeten voorkomen dat de vertrouwelijkheid van het contact tussen raadsman en verdachte wordt geschonden. Dit is het geval bij de bepalingen met betrekking tot uitlevering van voor inbeslagneming vatbare voorwerpen (art. 96a lid 3b Sv), doorzoeking van plaatsen (art. 97 lid 1b Sv), inbeslagneming (art. 98; 126b-126d Sv), uitlevering van poststukken (art. 100 en 114 Sv) en onderzoek in een geautomatiseerd werk (art. 125l en 125m Sv). In artikel 126aa lid 2 Sv is bepaald dat processen-verbaal of andere voorwerpen die mededelingen behelzen gedaan door of aan een verschoningsgerechtigde door de officier van justitie zullen worden vernietigd. Hierna zal eerst worden ingegaan op het vrij verkeer en vervolgens op het verschoningsrecht.

525 Als zodanig komt al vanouds aan een aantal zogenaamde vertrouwensberoepen een functioneel verschoningsrecht toe, zoals de arts, apotheker, vroedvrouw, verpleegkundige en maatschappelijk werker, zie verder § 2.10 e.v.

526 En in civiele zaken op grond van art. 191 Rv.

2.9 Vrij verkeer

Het belang, dat wordt gewaarborgd dat de overheid, met name de opsporende en vervolgende instanties, het vertrouwelijke karakter van de relatie tussen de advocaat en zijn cliënt respecteren en hierop door de toepassing van dwangmiddelen geen inbreuk zullen maken, speelt met name bij de gedetineerde verdachte. Deze kan, anders dan de verdachte die zich op vrije voeten bevindt, de voorwaarden waaronder hij vertrouwelijk kan overleggen met zijn advocaat niet zelf creëren, maar is voor het leggen en onderhouden van contact met een raadsman afhankelijk van de mogelijkheden die de autoriteiten hem daartoe bieden. In artikel 28 Sv is met het oog daarop bepaald dat de verdachte telkens wanneer hij dit verzoekt, zoveel mogelijk de gelegenheid wordt verschaft zich met zijn raadsman in verbinding te stellen⁵²⁷. Artikel 50 Sv vormt als het ware de spiegelbepaling van artikel 28 Sv, omdat hierin is vastgelegd dat de raadsman de vrije toegang tot de verdachte heeft die rechtens van zijn vrijheid is beroofd.

Ter verzekering van de vertrouwelijkheid van het contact tussen de verdachte en de advocaat en de gegevens die hierbij worden uitgewisseld, is in artikel 50 Sv eveneens vastgelegd dat zowel mondeling als schriftelijk contact mogelijk moet zijn zonder dat derden van de inhoud daarvan op de hoogte raken.

Het eerste lid van artikel 50 Sv bepaalt dat de raadsman toegang heeft tot de verdachte die rechtens van zijn vrijheid is beroofd, hem alleen kan spreken en brieven met hem kan wisselen zonder dat van de inhoud daarvan door anderen kennis wordt genomen. Aan de raadsman wordt een zelfstandig recht op contact met zijn cliënt toegekend⁵²⁸. Het belang hiervan is dat het contact zowel op initiatief van de verdachte als op initiatief van de raadsman kan plaatsvinden op een moment dat daaraan in het kader van de verdediging door één van beiden behoefte bestaat. Uit de bespreking van het tweede lid van artikel 28 Sv, waarin staat vermeld dat de verdachte, telkens wanneer hij dat verzoekt, zoveel mogelijk de gelegenheid wordt verschaft om zich met zijn raadsman in verbinding te stellen is gebleken dat aan de effectuering van het vrij verkeer in de praktijk nogal wat haken en ogen zitten, met name in de allereerste fase van de vervolging⁵²⁹. Voor het (lezers)gemak volgt hier een puntsgewijze opsomming van de signaleerde problemen:

⁵²⁷ Zie § 2.4.3.2-§ 2.4.3.4.

⁵²⁸ Ook advocaten uit de EG hebben, mits zij samenwerken met een in Nederland ingeschreven advocaat, recht op vrij verkeer, zie § 2.3.1. De wijze waarop het vrij verkeer kan plaatsvinden is geregeld in de ministeriële circulaire van 21 september 1981, nr. 924/381. Kort samengevat komt de regeling erop neer dat de bezoekende raadsman uit een land van de EG in elk geval bij het eerste bezoek aan zijn cliënt wordt vergezeld door de samenwerkende advocaat, die moet hebben gecontroleerd of de bezoekende raadsman in zijn land bevoegd is de praktijk uit te oefenen. De correspondentie dient plaats te vinden door tussenkomst van (het kantoor) van de samenwerkende advocaat. Op het bezoek en de correspondentie zijn verder dezelfde voorwaarden van toepassing welke gelden voor de in Nederland ingeschreven advocaten. Over telefonische contacten vermeldt de circulaire niets.

⁵²⁹ Zie § 2.4.2-§ 2.4.3.5.

- aangenomen wordt, dat de verdachte aan artikel 28 Sv, uitgezonderd de situaties waarin aan de verdachte in het vooronderzoek een expliciet recht op bijstand wordt toegekend, geen recht op overleg met zijn raadsman kan ontlenen, hoogstens een recht om zijn raadsman op de hoogte te (doen) stellen van de situatie waarin hij zich bevindt⁵³⁰;
- het recht op vrij verkeer omvat niet het recht op aanwezigheid van en contact met de raadsman gedurende het politieverhoor⁵³¹;
- uit de jurisprudentie kan bovendien worden afgeleid dat de verdachte, ook voorafgaande aan een verhoor, zolang hij niet rechtens van zijn vrijheid is beroofd, geen recht heeft op overleg met zijn raadsman, omdat artikel 50 Sv niet van toepassing wordt geacht⁵³².

Het verband tussen artikel 28 Sv en artikel 50 Sv kan op grond van het hiervoor staande als volgt worden getypeerd: artikel 28 Sv geeft de verdachte het recht zijn raadsman op de hoogte te stellen van de situatie waarin hij zich bevindt. Het recht op overleg ontstaat pas in de situatie dat in een (nadere) wettelijke bepaling expliciet is bepaald dat de verdachte zich door een raadsman kan laten bijstaan⁵³³ en/of op het moment dat de verdachte rechtens van zijn vrijheid is beroofd. Het recht op overleg vloeit in het laatste geval niet zozeer voort uit artikel 28 Sv, maar uit artikel 50 lid 1 Sv. Ook in een situatie dat de verdachte niet rechtens van zijn vrijheid is beroofd, maar wel recht heeft op bijstand van een advocaat, bijvoorbeeld tijdens een huiszoeking, kan het recht op overleg worden beperkt als het onderzoek hierdoor wordt opgehouden⁵³⁴. Meestal betekent dat, dat met de voortgang van een onderzoekshandeling niet wordt gewacht op de raadsman of dat de onderzoekshandeling niet wordt opgeschort om de verdachte met zijn raadsman te laten overleggen.

Als de verdachte rechtens van zijn vrijheid is beroofd, is artikel 50 Sv van toepassing en geldt het uitgangspunt dat de verdachte en zijn raadsman recht hebben op vrij verkeer als er geen omstandigheden zijn die een weigering of beperking van het vrij verkeer rechtvaardigen. Dit vrij verkeer omvat zowel mondeling als schriftelijk vertrouwelijk overleg. Het recht op vrij verkeer kan op vier gronden worden beperkt.

In het eerste lid van artikel 50 Sv zijn twee algemene organisatorische gronden opgenomen op basis waarvan het vrij verkeer kan worden beperkt, namelijk:

530 § 2.4.3.4 en § 2.4.3.5.

531 § 2.4.2.

532 HR 18-02-1986, NJ 1986, 695, zie in dit verband ook HR 03-05-1977, NJ 1978, 298, waarin de Hoge Raad overwoog dat de verdachte voorafgaande aan het verlenen van toestemming voor een bloedproef in het kader van de WVV geen recht heeft op overleg met zijn advocaat.

533 Art. 23 lid 2 Sv; 57 lid 2 Sv; 59a lid 3 Sv; 63 lid 4 Sv; 86 lid 2 Sv; 99a Sv; 195d Sv en tijdens het GVO op grond van art. 241b Sv en het onderzoek ter terechtzitting op grond van art. 331 Sv.

534 Zie in dit verband HR 1-03-1994, NJ 1994, 526, waaruit kan worden afgeleid dat bijstand bij een huiszoeking (ook buiten de aanwezigheid van de verdachte) is toegestaan, mits de huiszoeking daardoor niet wordt opgehouden.

1. het toezicht in- en de huishoudelijke reglementen van de inrichtingen waarin de cliënt is gedetineerd;
2. als het onderzoek door het vrij verkeer wordt opgehouden.

In het tweede lid van artikel 50 Sv worden twee bijzondere gronden vermeld op grond waarvan het vrij verkeer kan worden beperkt, namelijk:

3. het belang van het onderzoek;
4. als er aanwijzingen zijn dat er misbruik wordt gemaakt van het vrij verkeer.

Op deze vier beperkingsmogelijkheden zal hierna afzonderlijk worden ingegaan.

2.9.1 *Eerste beperkingsgrond artikel 50 lid 1 Sv: het 'vereichte toezicht' en de huishoudelijke reglementen*

Het eerste lid van artikel 50 Sv luidt:

"De raadsman heeft vrijen toegang tot den verdachte die rechtens van zijn vrijheid is beroofd, kan hem alleen spreken en met hem brieven wisselen zonder dat van den inhoud door anderen wordt kennisgenomen, een en ander onder het vereichte toezicht, met inachtneming van de huishoudelijke reglementen, en zonder dat het onderzoek daardoor mag worden opgehouden".

Het contact tussen de raadsman en zijn gedetineerde cliënt is aan een bepaalde mate van toezicht en regulering onderworpen, vandaar de passage in artikel 50 lid 1 Sv dat het vrij verkeer dient plaats te vinden onder het vereichte toezicht en met inachtneming van de huishoudelijke reglementen. Volgens de wetsgeschiedenis gaat het bij het toezicht om maatregelen die ontvluchting moeten voorkomen, die de veiligheid van de raadsman beschermen en die het mogelijk maken erop toe te zien dat het schriftelijk verkeer niet wordt misbruikt⁵³⁵. Verder spelen ook praktische aspecten een rol. De raadsman kan niet op ieder willekeurig moment contact hebben met zijn cliënt en is wat dat betreft afhankelijk van openingstijden van het politiebureau of de penitentiaire inrichting waar zijn cliënt verblijft. Het recht op vrij verkeer is onder te verdelen in vier elementen:

- het recht op toegang tot de gedetineerde cliënt;
- het recht op vertrouwelijk bezoek;
- het recht op ongecensureerde correspondentie;
- het recht op vertrouwelijk telefonisch contact.

Het recht op vrij verkeer is niet beperkt tot de verdachte en de advocaat die als zijn raadsman optreedt in een strafzaak, maar geldt in zijn algemeenheid voor het contact tussen de gedetineerde cliënt en advocaat die hem juridisch bijstaat, los van de vraag waarop deze juridische bijstand betrekking heeft. Dit is niet altijd

⁵³⁵ MvT TK 1913-1914, 286, nr. 3, p. 74.

het geval geweest. Geurts schrijft in 1962 dat zeer lange tijd de gedragslijn is gevolgd dat bij bezoek van advocaten aan gedetineerden in verband met burgerlijke zaken, toezicht werd gehouden en dat in deze gedragslijn pas recentelijk (het is dan 1962) wijziging was gekomen omdat men inzag dat ook de contacten in burgerlijke zaken een vertrouwelijk karakter hadden⁵³⁶. In een ministeriële circulaire van 22 maart 1972, nr. 124/370 werd vervolgens bepaald dat bezoek en post van een advocaat aan een onherroepelijk veroordeelde gedetineerde in zaken van privaatrechtelijke of publiekrechtelijk aard conform artikel 50 Sv zou plaatsvinden. Dit gold ook voor een onveroordeelde gedetineerde die anders dan in de gevallen waarop artikel 50 Sv van toepassing was contact wenste met een advocaat, met dien verstande dat de met het onderzoek belaste autoriteit (OvJ, RC) bezwaar konden maken, bijvoorbeeld in het geval dat de verdachte contact wilde hebben met de advocaat van zijn medeverdachte. In de circulaire werd bepaald dat in een dergelijk geval analoog aan artikel 50 lid 2 Sv kon worden gehandeld en het bezoek niet of slechts onder toezicht zou plaatsvinden⁵³⁷. Deze circulaire is vervallen bij de invoering van de Penitentiaire Beginselenwet per 1 januari 1999, waarin aan iedere rechtshulpverlener het recht is toegekend de gedetineerde vrij te spreken en met hem te corresponderen⁵³⁸. In beginsel kan de officier van justitie of de RC op grond van de artikelen 222 en 225 van de Invoeringswet Strafvordering (bevel, beperkingen in het belang van het onderzoek) wel bepalen dat een verdachte van een advocaat, die niet als raadsman van de verdachte in een strafzaak optreedt en waarop artikel 50 Sv niet van toepassing is, geen bezoek mag ontvangen en geen brieven met hem mag wisselen. Een dergelijk bevel beperkingen op grond van de Invoeringswet Strafvordering mag zich alleen niet uitstrekken tot de raadsman van de verdachte in de strafzaak⁵³⁹.

De praktische uitwerking van het 'vereischte toezicht' is verspreid over diverse regelingen te vinden evenals de voorschriften die betrekking hebben op de huishoudelijke reglementen. Deze regelingen en voorschriften zullen hierna worden geanalyseerd.

536 Geurts 1962, p. 74 e.v.

537 Zie ook: Openen van correspondentie tussen raadsman en gedetineerde door directies van penitentiaire inrichtingen, Advocatenblad 1980, p. 375. Hieruit blijkt, dat een directeur van een huis van bewaring zich op het standpunt had gesteld dat vrij verkeer niet meer is toegestaan zodra de verdachte onherroepelijk is veroordeeld en hij de correspondentie van de advocaat aan de verdachte mag openen om na te gaan of de betrokken gedetineerde ook cliënt is van de betrokken advocaat. Naar aanleiding van deze kwestie bericht de staatssecretaris van Justitie de NOvA desgevraagd, dat post die afkomstig is van een advocaat niet mag worden gecontroleerd, tenzij uit feiten of omstandigheden mocht blijken dat de gedetineerde geen cliënt is van desbetreffende advocaat. Uit de brief van de staatssecretaris kan worden afgeleid dat het er hierbij niet toe doet in welke aangelegenheid de desbetreffende advocaat wordt geconsulteerd. In dezelfde zin: Ber.cie 05-06-1980, PI 1981, nr. 48 en HvD 14-09-1981, nr. 614, Advocatenblad 1982, p. 107, met betrekking tot een advocaat die gedetineerden adviseerde over het oprichten van een gedetineerdenvereniging. Zie in dit verband ook § 2.11.11 en § 2.11.12 met betrekking tot het recht op vrij verkeer dat uit de artikelen 6 en 8 EVRM wordt afgeleid.

538 Art. 37-39 PBW. Dit recht komt niet meer alleen toe aan advocaten, maar bijvoorbeeld ook aan medewerkers van een bureau voor rechtshulp.

539 Art. 6 lid 2a Besluit Inverzekeringstelling van 4 december 1925, Stb. 460, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 11 november 1994, Stb. 825.

29.1.1 *Vrij verkeer tijdens verblijf op politiebureau*

Tijdens de periode dat de verdachte is opgehouden voor verhoor is in het Wetboek van Strafvordering niets bepaald over zijn rechtspositie⁵⁴⁰, maar omdat het ook hierbij gaat om een maatregel die de verdachte rechtens van zijn vrijheid berooft, is artikel 50 Sv in beginsel van toepassing en moet er vrij verkeer mogelijk zijn.

Gedurende de periode dat de cliënt in verzekering is gesteld op een politiebureau⁵⁴¹ is artikel 6 lid 2a van het Besluit Inverzekeringstelling⁵⁴² van toepassing, waaruit kan worden afgeleid dat een verbod om bezoek te ontvangen of om brieven te wisselen in het kader van een maatregel op grond van de artikelen 222 en 225 van de Invoeringswet Strafvordering (bevel beperkingen) het vrij verkeer ex artikel 50 Sv niet mag beperken. Hieruit kan a-contrario het recht op vrij verkeer worden afgeleid. Verder eist artikel 15 lid 4 Besluit Beheer Regionale Politiecorpsen⁵⁴³, dat de korpsbeheerder een regeling treft, onder andere met betrekking tot het telefoneren en ontvangen van bezoek. Deze regelingen kunnen qua praktische uitwerking per regio verschillen, maar gelet op artikel 6 lid 2a van het Besluit Inverzekeringstelling zal hierbij als uitgangspunt moeten gelden dat de advocaat in beginsel vrije toegang heeft tot de verdachte, hem vertrouwelijk kan spreken en ook met hem kan corresponderen zonder dat op de inhoud van de brieven controle wordt uitgeoefend⁵⁴⁴. In verband met de correspondentie moet

540 Zie Corstens 1999, p. 358.

541 Dit geldt ook voor de situatie dat de voorlopige hechtenis, wegens plaatsgebrek in een huis van bewaring op het politiebureau ten uitvoer wordt gelegd, zie Van der Zwaag, T&C Sv 1999, aant. 1, Inleidende opmerkingen bij titel IV van de Invoeringswet Wetboek van Strafvordering. Van der Zwaag stelt hierin dat bij de tenuitvoerlegging van voorlopige hechtenis in een politiebureau zoveel mogelijk aansluiting moet worden gezocht bij het voorzieningenniveau in een huis van bewaring.

542 Besluit van 4 december 1925, Stb. 460, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 11 november 1994, Stb. 825.

543 Besluit van 28 maart 1994, Stb. 1994, 224.

544 Bijvoorbeeld voor de regiopolitie Limburg-Zuid geldt een Arrestantenregeling, vastgesteld op 29 september 1998, waarin met betrekking tot de raadsman het volgende is opgenomen:

"12.1 Waarschuwen raadsman

Indien een ingesloten daarom verzoekt mag deze een voorkeursadvocaat laten waarschuwen. De hulpofficier van justitie licht een advocaat (via de piketregeling van het bureau rechtsbijstandvoorziening) onverwijld omtrent de inverzekeringstelling in.

12.2 Toegang verhoor

De raadsman heeft geen toegang tot het politieverhoor. Echter indien de ingesloten niet daadwerkelijk wordt gehoord heeft de raadsman wel toegang.

De ingeslotene is bevoegd zich te laten bijstaan door een raadsman bij het verhoor door de hulpofficier van justitie voor de inverzekeringstelling.

12.3 Vrije toegang

De raadsman heeft vrije toegang tot de ingeslotene. Dit recht kan alleen beperkt worden door de officier van justitie of de rechter commissaris.

De raadsman maakt zoveel mogelijk gebruik van de advocatenkamer. Indien deze bezet is kan in overleg met de raadsman bezoek in de cel plaatsvinden.

nog worden opgemerkt dat deze ook niet in de cel van de verdachte mag worden ingezien. Dit blijkt uit een uitspraak van de Hoge Raad in 1992⁵⁴⁵, waarin wel opvalt hoe mild de rechterlijke instanties omgaan met overtredingen van de vertrouwelijkheid van advocatenpost. In het onderhavige geval had het hof vastgesteld dat rechercheurs stukken uit de cel van de verdachte hadden gehaald, waaronder ook correspondentie met de advocaat. Op grond hiervan werd het verweer gevoerd dat het bewijs onrechtmatig was verkregen. De Hoge Raad liet de verwerving van dit verweer door het hof in stand, waarbij het hof overwoog:

"Aannemelijk is geworden dat bedoelde stukken zich hooguit twintig minuten in handen van de rechercheurs hebben bevonden doch niet dat de recherche die stukken gekopieerd heeft en evenmin dat die stukken het verweer van de verdachte bevatten. Verdachte heeft niet onthuld wat de concrete inhoud van de stukken was. Van enige reële belemmering van verdachte in het vrije verkeer met zijn raadsman ten gevolge van dit gebeuren is niets gebleken".

Het hof gaat er kennelijk aan voorbij dat door het feit dat de vertrouwelijke stukken zich, ook al was dat 'maar' twintig minuten, in handen van de rechercheurs hadden bevonden, reeds een belemmering van het vrij verkeer is.

2.9.1.2 Door derden gekozen advocaat

Voorafgaande aan de inverzekeringstelling kan de verdachte alleen bijstand krijgen van een raadsman als hij deze zelf kiest, of indien zijn wettige vertegenwoordiger of familie dit voor hem doet. In artikel 38 Sv is bepaald dat naast de wettige vertegenwoordiger, de echtgenoot, de geregistreerde partner of een familielid tot de vierde graad hiertoe bevoegd is. Pas na de inverzekeringstelling wordt een piketadvocaat toegevoegd, als de verdachte nog geen advocaat heeft. In verband hiermee is het van belang dat in artikel 27 Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en de buitengewone opsporingsambtenaar⁵⁴⁶, staat vermeld dat voorzover het bij of krachtens het Wetboek van Strafvordering bepaalde zich hiertegen niet verzet, de ambtenaar een familielid of huisgenoot van de ingeslotene zo spoedig mogelijk op de hoogte stelt van de insluiting. Bij een minderjarige gebeurt dit ambtshalve en bij een meerderjarige op diens verzoek. Deze bepaling, die overigens in de praktijk regelmatig wordt geschonden, is ook voor de rechtsbijstand van belang, omdat deze mogelijk maakt dat door de fami-

Bij het gesprek van de raadsman met de ingeslotene is niemand aanwezig. In verband met de veiligheid van de raadsman kan in de nabijheid toezicht worden gehouden.

Raadsman en ingeslotene kunnen vrijelijk brieven wisselen.

In het huishoudelijk reglement worden de bezoektijden vastgesteld.

Indien zich problemen voordoen met het optreden van de raadsman, wordt de hulpofficier van justitie hiervan onmiddellijk in kennis gesteld".

Volgens punt 15 van de arrestantenregeling worden in het huishoudelijk reglement ook bepalingen opgenomen met betrekking tot het telefoneren.

545 HR 21-01-1992, NJ 1992, 362.

546 Besluit van 8 april 1994, Stb. 1994, 275.

lie een advocaat kan worden ingeschakeld, als de verdachte daartoe zelf niet in staat is of geen advocaat kent⁵⁴⁷.

Met name in de fase van aanhouding en in verzekeringstelling kunnen zich ten aanzien van het recht op toegang van de raadsman tot de verdachte problemen voordoen omdat de verdachte voor zijn communicatie met de buitenwereld geheel afhankelijk is van de politie, met name als de verdachte beperkingen zijn opgelegd op basis van de artikel 222 Invoeringswet Wetboek van Strafvordering en hij geen contact mag hebben met de buitenwereld en dus ook niet met een familielid of huisgenoot⁵⁴⁸. Hoe moet er worden gehandeld in de situatie dat een advocaat zich bij het politiebureau meldt, die niet door de verdachte zelf en ook niet door een ingevolge artikel 38 lid 2 en 3 Sv bevoegde is gekozen, maar bijvoorbeeld door een vriend, kennis of werkgever? Tot september 1998 gold de in een brief van de voorzitter van de vergadering van procureurs-generaal aan de hoofdofficiëren van justitie d.d. 21 september 1977, nr. 92 weergegeven beleidslijn, dat een advocaat die zich op een politiebureau aandient met de mededeling dat hij door derden is aangezocht om op te treden als raadsman, in beginsel behoort te worden toegelaten. Slechts indien gereede twijfel bestond dat de derden niet tot de keuze bevoegd waren, kon de hulp-officier, indien het belang van het onderzoek dit eiste, ingevolge artikel 222 Invoeringswet Wetboek van Strafvordering de advocaat de toegang weigeren. Aanleiding hiertoe kon zijn, als de advocaat weigerde zijn opdrachtgevers te noemen. De advocaat hoefde pas te worden toegelaten in het geval de in verzekeringgestelde de verdachte hem alsnog tot raadsman koos. Deze beleidsregel ging ervan uit dat alleen de door de verdachte of daartoe bevoegde derden ingevolge artikel 38 Sv gekozen raadsman behoorde te worden toegelaten. De beleidsregel is echter in september 1998 door het College van Procureurs-Generaal ingetrokken, omdat deze niet meer werd toegepast⁵⁴⁹. Het is ook de vraag of de beleidsregel, uit oogpunt van de belangen van de verdachte, wel redelijk was. Het probleem in dergelijke situaties is immers, dat de verdachte de advocaat die zich op verzoek van derden op het politiebureau meldt niet als raadsman kan kiezen, indien hij niet op de hoogte wordt gesteld dat de advocaat zich heeft aangediend en enig contact met hem kan hebben. En juist over de vraag of de politie de verdachte moet melden dat zich een advocaat heeft aangediend, rept de beleidslijn niet. Een arrest van het Hof Den Haag van 18 mei 1995 verschaft helderheid met betrekking tot de wijze waarop de politie in een dergelijke situatie heeft te handelen en maakt eveneens duidelijk dat de hiervoor genoemde beleidslijn van de vergadering van procureurs-generaal niet meer houdbaar was⁵⁵⁰.

Het betreft een kort gedingprocedure, aangespannen door de verdachte, over de onrechtmatigheid van de in verzekeringstelling. De Staat beschreef de gang van zaken in de memorie van antwoord in de appelprocedure als volgt:

547 Art. 38 leden 2 en 3 Sv.

548 Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 7 bij art. 38 Sv.

549 Volgens informatie, ingewonnen bij het Parket-Generaal van het OM te Den Haag.

550 Hof Den Haag, 18-05-1995, NJ 1996, 226.

"X werd verhoord door twee rechercheurs van de FIOD, dit verhoor werd onderbroken in verband met de vraag naar de noodzaak van de in verzekeringstelling. De hulpofficier heeft X toen gevraagd naar wensen op het gebied van medicijnen, voedsel en bijstand van een advocaat. Op dat moment werd ook duidelijk dat Mr. Fibbe zich had gemeld; X deelde mede Fibbe niet te kennen. De hulpofficier van justitie heeft met Fibbe gesproken en Fibbe meegedeeld dat hij niet bij het verhoor in verband met een in verzekeringstelling aanwezig mocht zijn. Dit was zeker niet onlogisch: van een gekozen raadsman kan dan ook geen sprake zijn. De hulpofficier van justitie heeft ook aan X meegedeeld dat Fibbe niet bij het verhoor aanwezig zou zijn. Vervolgens heeft de hulpofficier X verhoord en hem in verzekering gesteld. Toen X eenmaal in verzekering was gesteld, heeft de hulpofficier de advocaat bij hem op cel gelaten".

Het hof overweegt naar aanleiding hiervan dat het op zich geen bevreemding behoeft te wekken dat X Mr. Fibbe niet kende:

"Naar mag worden aangenomen was X immers niet in de gelegenheid gesteld zelf telefonische hulp van een raadsman in te roepen. Kennelijk heeft zijn werkgever, bij wie de zoeking had plaatsgevonden, hem van juridische bijstand voorzien en zo is het verklaarbaar dat hij de naam van de aldus optredende raadsman niet kende.

Dat voornoemde Leyenaar (hulpofficier van justitie TS) bij deze stand van zaken mr. Fibbe niet de gelegenheid gaf zijn aanwezigheid aan X te verklaren doch de conclusie trok dat X met de mededeling dat hij mr. Fibbe niet kende daarmee tevens te kennen gaf diens bijstand als raadsman bij het verhoor ingevolge art. 57 lid 1, Sv niet te wensen, getuigt van gebrek aan inzicht in de regels van fair play.

Uitgangspunt in deze situatie had behoren te zijn dat mr. Fibbe bij het verhoor ingevolge artikel 57 lid 1, Sv bijstand aan X kon verlenen tenzij X te kennen had gegeven dat hij geen prijs stelde op bijstand van mr. Fibbe.

Wanneer tevens in aanmerking wordt genomen dat mr. Fibbe al eerder te verstaan was gegeven dat hij zijn cliënt eerst zou kunnen spreken na diens in verzekeringstelling (...) kan niet anders geconcludeerd worden dat X bewust bijstand van een raadsman bij voormeld verhoor is onthouden. Naar het oordeel van het hof is dit een dermate ernstige inbreuk op de rechten van de verdachte dat het op het verhoor gevolgde bevel in verzekeringstelling als onrechtmatig gegeven moet worden aangemerkt".

Uit deze uitspraak kan worden geconcludeerd dat indien zich een advocaat bij de politie meldt, die door derden is aangezocht, welke derden niet op grond van artikel 38 lid 2 of 3 bevoegd zijn voor de verdachte een raadsman te kiezen, het beginsel van fair play met zich brengt dat de verdachte in de gelegenheid wordt gesteld desbetreffende advocaat te spreken en hem als raadsman te kiezen. Hiervan kan alleen worden afgeweken als de verdachte de bijstand van de advocaat uitdrukkelijk weigert⁵⁵¹.

2.9.1.3 *De Penitentiaire Beginselenwet*

Zodra de cliënt gedetineerd is in een penitentiaire inrichting – gedurende de periode dat de cliënt voorlopig gehecht is zal dit een huis van bewaring zijn – zijn de

551 Wedzinga, T&C Sv 1999, aant. 6 bij art. 57 Sv.

artikelen 36-39 Penitentiaire Beginselenwet⁵⁵² (PBW) van toepassing. Deze artikelen hebben betrekking op de contacten van de gedetineerde met de buitenwereld en hierin worden ook speciale regelingen getroffen voor geprivilegieerde contacten, waarop in beginsel geen inhoudelijke controle mag worden uitgeoefend. Het contact tussen de advocaat en zijn gedetineerde cliënt is een geprivilegieerd contact⁵⁵³. Een meer gedetailleerde uitwerking van het recht op vrij verkeer is te vinden in de huisregels van de penitentiaire inrichting, die per inrichting kunnen verschillen. Gelijktijdig met de invoering van de PBW per 1 januari 1999 heeft de minister van justitie een model huisregels voor penitentiaire inrichtingen vastgesteld⁵⁵⁴ (model huisregels) waarin onder andere aanwijzingen zijn opgenomen met betrekking tot het advocatenbezoek, de correspondentie en het telefonisch contact tussen gedetineerde en advocaat. Het model huisregels maakt een onderscheid tussen 'dwingende bepalingen' en 'dwingende aanwijzingen'. Onderwerpen die in een 'dwingende bepaling' zijn opgenomen geven de directeur geen beleidsruimte om in de huisregels van deze bepaling af te wijken. De 'dwingende aanwijzing' geeft aan, dat het onderwerp in de huisregels geregeld moet worden, eventueel binnen het beleidskader zoals dat door de minister is aangegeven. Het model huisregels is niet van toepassing op de Extra Beveiligde Inrichting (EBI) in Vught, waar extreem vluchtgevaarlijk geachte gedetineerden worden ondergebracht. Voor deze inrichting geldt een apart regiem met een aparte modelregeling⁵⁵⁵. Voor het vrij verkeer is van belang dat het bezoek van de advocaat in de EBI steeds achter glas plaatsvindt⁵⁵⁶.

Afgezien van het model huisregels zijn er nog ministeriële circulaire's die eveneens betrekking hebben op het vrij verkeer, zoals de Circulaire toegangscontrole bezoekers aan de P.I.'s⁵⁵⁷, de Regeling geprivilegieerde post gedetineerden⁵⁵⁸ en artikel 21 lid 4 van de Regeling straf- en afzonderingscel penitentiaire inrichtingen⁵⁵⁹. Uit het voorgaande blijkt dat het vrij verkeer in een gelaagde structuur is geregeld: de uitgangspunten staan in de PBW, deze zijn uitgewerkt in het model huisregels en diverse circulaire's die als (dwingende) richtlijn fungeren voor de huisregels die per penitentiaire inrichting door de directeur worden vastgesteld.

552 Wet van 18 juni 1998, Stb. 430, in werking getreden op 1 januari 1999.

553 De andere personen en instellingen waarop ingevolge art. 37 PBW censuur niet van toepassing is, zijn: leden van het koninklijk huis, leden van het parlement en Nederlandse leden van het Europees Parlement, de minister van justitie, justitiële autoriteiten, de Nationale ombudsman, de geneeskundig inspecteurs van de volksgezondheid, (leden van) de Centrale raad voor strafrechtstoepassing, (leden van) de commissie van toezicht op de beklagcommissie, de reclasseringswerker en andere door de directeur aan te wijzen personen of instanties.

554 Regeling model huisregels penitentiaire inrichtingen 24 juli 1998, nr. 705050/98/DJl, Stcrt. 1998, nr. 158.

555 Regeling model huisregels EBI 12 oktober 1998, nr. 715635/98/DJl, Stcrt. 1998, nr. 233 en Wijziging regimerichtlijn EBI's, 22 augustus 1997, nr. 646189/97/DJl, Stcrt. 1997, nr. 166.

556 Model Huisregels EBI, 24 december 1998.

557 Circulaire toegangscontrole bezoekers aan de P.I.'s, 20 mei 1999, nr. 752556/99/DJl, in werking getreden op 1 juli 1999, zie Advocatenblad 1999, p. 690.

558 Regeling geprivilegieerde post gedetineerden, 12 oktober 1998, nr. 715636/98/DJl, opgenomen in Handboek Rechtspositie Gedetineerde 1999, Sdu Uitgevers, Den Haag, p. 260-262.

559 Besluit van 15 juni 1999, nr. 762711/98/DJl, Sancties 1999, p. 246 e.v.

Om een indruk te krijgen van de praktische uitwerking van het vrij verkeer is een inventarisatie gemaakt van de bepalingen in de huisregels die betrekking hebben op de bezoek- en telefoneermogelijkheden. Daartoe zijn in februari 2000 de huisregels van 57 penitentiaire inrichtingen geanalyseerd die op dat moment voorhanden waren bij de administratie van de Centrale Raad voor de Strafrechtstoepassing in Den Haag. De hieruit verkregen gegevens zijn in de navolgende beschrijving verwerkt. Hierbij moet wel worden aangetekend dat de naleving van de huisregels in de praktijk ook per inrichting kan verschillen. Sommige inrichtingen houden bij advocatenbezoek en telefonisch contact tussen advocaat en gedetineerde strikt de huisregels aan, terwijl in andere inrichtingen in de praktijk een veel soepeler beleid wordt gevoerd.

2.9.1.4 *Rechtsmiddelen*

Als het vrij verkeer volgens de raadsman of de verdachte op grond van het eerste lid van artikel 50 Sv ten onrechte wordt beknót, staan er voor de raadsman geen zelfstandige strafvorderlijke rechtsmiddelen open toegang tot de verdachte af te dwingen. Uiteraard is het mogelijk de verantwoordelijke korpsbeheerder van politie of de dienstdoende piket-officier van justitie of de directeur van de penitentiaire inrichting te vragen om met spoed in te grijpen, maar als dit geen soelaas biedt komen de overblijvende procedurele mogelijkheden gelet op de tijd die de aanwending ervan kost, vaak als mosterd na de maaltijd⁵⁶⁰. Zo is het mogelijk om in kort geding tegen de staat toegang te vorderen of de rechtmatigheid van de opgelegde beperkingen aan de orde te stellen, als het gaat om beperkingen die niet in het kader van artikel 50 lid 2 Sv zijn opgelegd⁵⁶¹. Wil een dergelijke procedure effectief zijn, dan moet de president van de rechtbank bereid zijn om op zeer korte termijn een datum te bepalen. Ook bij de beperkingen die in het kader van de penitentiaire regelgeving worden opgelegd, staat voor de raadsman alleen een civiele procedure tegen de Staat open als hij van mening is dat het recht op vrij verkeer ten onrechte wordt beperkt. Voor de verdachte/veroordeelde die in een penitentiaire inrichting verblijft staat naast de mogelijkheid van een kort geding in spoedeisende gevallen, de beklagprocedure ingevolge de artikelen 60-71 Penitentiaire Beginselenwet open⁵⁶². De civiele procedures die in het kader van het vrij verkeer zijn gevoerd zijn op de vingers van twee handen te tellen. Omvangrijker is de penitentiaire jurisprudentie van de Beroepscommissie uit de Centrale

560 Uiteraard is het wel mogelijk te verzoeken om sancties te verbinden aan onterechte beperkingen van het vrij verkeer. Zo kan bijvoorbeeld bij de RC op grond van art. 59a Sv onmiddellijke invrijheidsstelling worden gevraagd wegens onrechtmatigheid van de invezekeringstelling. Zie voor andere mogelijke acties zoals het indienen van klacht op grond van art. 64 Politiewet of de Nationale Ombudsman: Van der Zwaag, T&C Sv 1999, aant. 2i, Inleidende opmerkingen bij Titel IV Invoeringswet Wetboek van Strafvordering.

561 Dat de advocaat een zelfstandige titel heeft deze vorderingen in te stellen blijkt uit Hof Den Haag 31-10-1985, NJ 1987, 494.

562 Voor de invoering van de Penitentiaire Beginselenwet per 1 januari 1999 was de beklagprocedure geregeld in de art. 51-58 Beginselenwet gevangeniswezen.

Raad voor Strafrechtstoepassing⁵⁶³ (Beroepscommissie) over het vrij verkeer, naar aanleiding van klachten van gedetineerden. In de hierna te bespreken regelgeving met betrekking tot het vrij verkeer zal de hiervoor genoemde civiele en penitentiaire jurisprudentie worden verwerkt.

2.9.1.5 Toegang tot de cliënt in een penitentiaire inrichting

In de Circulaire toegangscontrole bezoekers aan de P.I.'s⁵⁶⁴ is bepaald dat advocaten zich bij binnenkomst in de inrichting dienen te legitimeren door middel van een geldig identiteitsbewijs zoals genoemd in de Wet op de identificatieplicht en een Europees advocatenpaspoort dat door de CCBE (de Europese koepelorganisatie van de verschillende nationale balies) wordt verstrekt⁵⁶⁵. Naar aanleiding van een klacht van een gedetineerde, wiens advocaat door omstandigheden geen legitimatiebewijs bij zich had besliste de Beroepscommissie dat het niet kunnen tonen van de vereiste legitimatiebewijzen niet in alle omstandigheden mag leiden tot weigering van de toegang. De Beroepscommissie achtte daarbij van belang dat de advocaat op verschillende wijzen had trachten aan te tonen dat hij daadwerkelijk de raadsman van de klager was, door het tonen van het strafdossier en door aan te geven dat een drietal medewerkers van de inrichting hem zouden kunnen identificeren. Verder had de advocaat het belang van het bezoek aanneemelijk gemaakt door aan te geven dat hij met zijn cliënt de terechtzitting, die de volgende dag zou plaatsvinden, moest voorbereiden. Bovendien was de afstand tussen het kantoor van de advocaat in Den Haag en de penitentiaire inrichting in Grave te groot, om van de advocaat te eisen zijn legitimatiebewijs te halen. Omdat het personeel van de inrichting op geen enkele wijze had meegewerkt aan een oplossing was de weigering de advocaat toe te laten niet redelijk en billijk⁵⁶⁶.

Het bezoek in de penitentiaire inrichting wordt (digitaal) geregistreerd en in verband hiermee is op 23 maart 1999 ingevolge artikel 19 van de Wet persoonsregistraties een privacyreglement aangemeld bij de Registratiekamer. In artikel 5 van dit reglement is weergegeven welke gegevens van de advocaat in de registratie worden opgenomen, zoals de persoonsgegevens van de advocaat, datum en tijd van het bezoek en de persoonsgegevens van de bezochte cliënt. De registratie heeft onder andere tot doel de orde en veiligheid binnen de inrichting te handhaven, strafbare feiten te voorkomen of op te sporen en het gevaar voor vlucht tegen te gaan. De gegevens van het advocatenbezoek moeten uiterlijk een maand na afloop van het bezoek uit de registratie worden verwijderd, tenzij de orde en veiligheid van de inrichting in gevaar is gekomen of indien gegevens relevant zijn voor extern onderzoek dat naar aanleiding daarvan wordt ingesteld of voor een behandeling van een klacht over het bezoek. Verder is bepaald dat de gege-

⁵⁶³ Voorheen Centrale Raad van Advies voor het gevangeniswezen geheten.

⁵⁶⁴ Circulaire toegangscontrole bezoekers aan de P.I.'s, 20 mei 1999, nr. 752556/99/DJI, in werking getreden op 1 juli 1999, zie Advocatenblad 1999, p. 690.

⁵⁶⁵ Vademecum Advocatuur, Wet- & regelgeving 2000, p. 433.

⁵⁶⁶ Ber.cie 27-12-1989, Sancties 1990, 36.

vens verstrekt mogen worden aan personen of instanties die verantwoordelijk zijn voor het onderzoek en de afhandeling van een (dreigend) incident en de klachtinstanties die belast zijn met de afhandeling van klachten omtrent bezoek⁵⁶⁷.

Verder is de advocaat bij toegang tot de inrichting verplicht zich te onderwerpen aan een metaaldetectie-onderzoek door een metaaldetectiepoort. Deze maatregel is in 1984 ingevoerd⁵⁶⁸ en dient ter voorkoming van de invoer van voorwerpen die binnen de inrichting een gevaar kunnen opleveren voor de veiligheid en ter voorkoming van strafbare feiten en ontvluchtingen. Tegen de invoering van de maatregel is een kort geding gevoerd waarin gevorderd is de maatregel ten aanzien van advocaten niet toe te passen, omdat deze in strijd is met het recht van vrije toegang⁵⁶⁹. In de procedure is gesteld dat uit het recht vrij verkeer een verbod voortvloeit voor de overheid om daarin, anders dan in de in artikel 50 lid 2 Sv genoemde gevallen, beperkingen aan te brengen en dat hieraan de vooronderstelling van integriteit van de advocaat ten grondslag ligt, die gewaarborgd wordt door het advocatentuchtrecht. Het onderwerpen van de advocaat aan een controle door middel van een metaaldetectiepoort, zonder dat er sprake is van enige concrete verdenking dat de advocaat de orde en veiligheid van de inrichting in gevaar zou brengen, is in strijd met deze vooronderstelde integriteit en raakt daarmee tevens de zelfstandige en onafhankelijke positie van de advocaat ten opzichte van de overheid⁵⁷⁰. Noch de president van de rechtbank Den Haag noch het Hof Den Haag waren gevoelig voor deze argumenten en achtten de maatregel toelaatbaar als een vorm van "het vereischte toezicht" in artikel 50 lid 1 Sv. Naast de maatregel van de detectiepoort is allengs ook in alle inrichtingen een andere vorm van controle ingevoerd van handbagage, waaraan ook advocaten zijn onderworpen, de zogenaamde 'röntgenscan': alle handbagage dient op een lopende band te worden geplaatst en wordt vervolgens middels röntgenstralen doorgelicht, zodat de (contouren van de) voorwerpen die zich in de handbagage bevinden zichtbaar worden.

2.9.1.6 De bloktijdenregeling

In artikel 38 lid 7 PBW is bepaald dat de rechtsbijstandverlener toegang heeft tot de gedetineerde cliënt op in de huisregels vastgestelde tijden en plaatsen. Ten aanzien van advocatenbezoek is in het model huisregels als 'dwingende bepaling' (hiervan mag dus niet worden afgeweken) opgenomen:

567 Zie voor een volledige weergave van de punten die geregeld zijn in het privacyreglement: Circulaire toegangscontrole bezoekers aan de P.I.'s, Rubriek advocatuur DD 1999, p. 673-674.

568 Circulaire van 22 november 1984, nr. 1152/384, Gebruik detectiepoort in de gesloten penitentiaire inrichtingen, PI 1985, p. 11-12.

569 President Rb Den Haag, 18-12-1984, PI 1985, p. 86-89 en Hof Den Haag 31-10-1985, NJ 1987, 494.

570 Mols en Spronken 1985; Sjöcrona 1985.

"U kunt onder regie van de inrichting, mits dit minimaal één dag van tevoren tijdens kantooruren is aangemeld, op iedere werkdag tijdens kantooruren bezoek van uw advocaat ontvangen. Indien u bezoek van uw advocaat wilt ontvangen gedurende het dagdeel of de blokperiode dat u voor de arbeid bent ingedeeld, kan dit niet, tenzij de zaak een spoedeisend karakter heeft en/of de directeur besluit dat u gedurende het dagdeel of betreffende blokperiode niet aan de arbeid deelneemt. In dat geval heeft u geen recht op loon over dat dagdeel of die blokperiode".

Advocatenbezoek is volgens het model huisregels in beginsel niet mogelijk gedurende de tijd dat de cliënt werkt (de zogenaamde bloktijdenregeling) en het bezoek moet een dag tevoren worden aangemeld.

De bloktijdenregeling is in 1984 in de meeste penitentiaire inrichtingen ingevoerd als gevolg van zogenaamde 'heroverwegingsmaatregelen' van het ministerie van Justitie die ten doel hadden "de bewegingsvrijheid van de gedetineerde binnen de inrichting zodanig te structureren dat het aantal in de inrichting werkzame personeelsleden kan worden beperkt". Bezuinigingsmaatregelen dus. De bloktijdenregeling houdt in dat de gedetineerde die aan de arbeid deelneemt, niet in de gelegenheid wordt gesteld aan enigerlei andere activiteit deel te nemen, waaronder ook het advocatenbezoek wordt gerekend. Afhankelijk van de arbeidstijd blijven er ongeveer 5 dagdelen per week over voor andere activiteiten, zoals sport, luchten, recreatie, scholing, bezoek van familie en bekenden, hulpverleners en advocaten. Bij de aankondiging van de invoering van de bloktijdenregeling in 1986 geeft de staatssecretaris van Justitie aan dat alleen in de meest dringende gevallen op de bloktijdenregeling in overleg met de directeur van de inrichting een uitzondering kan worden gemaakt⁵⁷¹. De hantering van bloktijden bij advocatenbezoek is door de Beroepscommissie gebillijkt, zolang uitzonderingen op de regel in spoedgevallen mogelijk zijn⁵⁷².

Door de NOvA⁵⁷³ is er steeds bezwaar gemaakt tegen de invoering van de bloktijdenregeling omdat deze de bezoekmogelijkheden van de advocaat aanzienlijk beperkt, hetgeen met name als knellend wordt ervaren in de fase dat de verdediging met het oog op een zitting moet worden voorbereid of in een geval dat er zich iets dringends voordoet. Daar komt nog bij dat de advocaat ook nog andere verplichtingen kan hebben die het niet mogelijk maken om buiten de bloktijden zijn cliënt te bezoeken. In dergelijke gevallen is de advocaat voor bezoekmogelijkheden buiten de bloktijden afhankelijk van de toestemming van de directeur om zijn cliënt te kunnen bezoeken. Nog afgezien van de problemen die in een dringend geval kunnen ontstaan om de directeur (telefonisch) te spreken te krijgen, moet de advocaat in een dergelijk geval de dringende noodzaak van het bezoek uitleggen, waarbij in sommige gevallen ook vertrouwelijke informatie moet

571 Brief van Staatssecretaris van Justitie aan de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 27 juni 1986, nr. 368/368 inzake bloktijdensysteem penitentiaire inrichtingen, Advocatenblad 1986, p. 366-367.

572 Ber.cie 16-12-1985, PI 1986, 35; Ber.cie 27-08-1990, Sancties 1991, 37.

573 Zie o.a. Preadvis Adviescommissie Strafrecht NOvA 23 januari 1997 inzake vrij verkeer advocaten in penitentiaire inrichtingen en preadvies Adviescommissie Strafrecht NOvA 20 september 1999, inzake vaststelling model huisregels voor de penitentiaire inrichtingen.

worden prijsgegeven om de dringende noodzaak aan te tonen. Voor de gedetineerde cliënt die dringend behoefte heeft aan contact met zijn advocaat ontstaan dezelfde problemen.

De NOvA heeft in dit kader aan de orde gesteld dat het opmerkelijk is dat een groot aantal penitentiaire inrichtingen in de praktijk ten aanzien van advocatenbezoek helemaal geen bloktijden hanteren en dat advocaten in deze inrichtingen onaangekondigd, mits dit gebeurt binnen de normale openingstijden, hun cliënten kunnen bezoeken. De Adviescommissie Strafrecht van de NOvA heeft in november 1996 een onderzoek gedaan naar de bezoekmogelijkheden van advocaten. Hieraan hebben 48 penitentiaire inrichtingen meegewerkt, waaronder 26 huizen van bewaring⁵⁷⁴ en 22 gevangenissen⁵⁷⁵. Met name in huizen van bewaring zijn de bloktijden hinderlijk voor de verdediging omdat voorlopig gehechten gedetineerd in het kader van de tegen hen lopende strafvervolgning meer behoefte hebben aan contact met hun raadsman dan onherroepelijk veroordeelden. De resultaten van dit onderzoek worden hierna weergegeven⁵⁷⁶:

1. In 22 inrichtingen, waaronder 17 huizen van bewaring, worden bloktijden gehanteerd en 25 inrichtingen, waaronder 9 huizen van bewaring, worden geen bloktijden gehanteerd.
2. Van de inrichtingen die bloktijden hanteren worden in 17 inrichtingen uitzonderingen toegestaan (in spoedeisende gevallen) en in 5 inrichtingen niet.
3. In 5 inrichtingen gelden voor advocaten wel bloktijden en voor de politie niet.
4. In 15 inrichtingen is het niet nodig tevoren een afspraak te maken, in 8 inrichtingen wordt dit in verband met het reserveren van bezoekruimte wel aanbevolen en in 24 inrichtingen moet tevoren een afspraak worden gemaakt.
5. In 19 inrichtingen is het bezoek beperkt in duur in die zin dat tevoren een tijdsduur voor bezoek moet worden opgegeven, waarna de bezoekkamer weer gereserveerd wordt voor een andere bezoeker. In 28 inrichtingen geldt, uitgezonderd de openingstijden en de middagpauze geen beperking in duur.
6. Visueel toezicht door middel van een camera in de bezoekkamer wordt slechts in het HvB te 's-Hertogenbosch en de TEBI in Vught uitgeoefend. Gesteld wordt dat deze camera's slechts bij het begin en einde van het bezoek aan staan om te kunnen zien wie de bezoekkamer binnenkomt, respectievelijk verlaat.

574 Bestemd voor de detentie van voorlopig gehechten en kort gestraften.

575 Bestemd voor de detentie van langgestraften.

576 De resultaten van dit onderzoek zijn als bijlage gevoegd bij het preadvies van de Adviescommissie Strafrecht NOvA inzake vrij verkeer advocaten in penitentiaire inrichtingen en is op 23 januari 1997 gezonden aan de vaste commissie voor Justitie van de Tweede Kamer.

7. Van de inrichtingen waar de nota Werkzame Detentie⁵⁷⁷ is ingevoerd heeft dit in 18 inrichtingen geen en in 9 inrichtingen wel gevolgen gehad voor de bezoekenmogelijkheden gedurende de arbeid. In de meeste inrichtingen, waarin tevoren geen bloktijden werden gehanteerd, worden de gedetineerden van de arbeid gehaald ingeval van advocatenbezoek.

Uit dit onderzoek blijkt dat in november 1996, ondanks de invoering van de bloktijdenregeling in 1986, ongeveer de helft van de penitentiaire inrichtingen in de praktijk geen bloktijden hanteert ten aanzien van advocatenbezoek en voor advocatenbezoek in de helft van de inrichtingen geen voorafgaande afspraak nodig is. Mede naar aanleiding van dit onderzoek is op 21 april 1997 overleg gevoerd tussen de NOvA en het ministerie van justitie met als doel tot afspraken te komen om het vrij verkeer beter te garanderen. De Orde heeft erop aangedrongen dat bij advocatenbezoek geen bloktijden zouden worden gehanteerd. Het ministerie was slechts bereid tot een regeling die uiteindelijk ook in het model huisregels⁵⁷⁸ ten aanzien van het bezoek is voorgeschreven⁵⁷⁹, namelijk dat voor advocatenbezoek in beginsel bloktijden gelden. Een uitzondering hierop wordt gemaakt in spoedeisende gevallen en/of indien de directeur besluit dat de gedetineerde de betreffende blokperiode niet deelneemt aan de arbeid. De gedetineerde ontvangt over het dagdeel dat hij geen arbeid verricht geen loon. Omdat deze bezoeksregeling in het model huisregels als 'dwingende bepaling' is opgenomen en de penitentiaire inrichtingen geen ruimte is gegeven om hiervan af te wijken, is de voor het vrij verkeer minst gunstige regeling norm geworden. Uit een in februari 2000 gedaan onderzoek naar de regeling advocatenbezoek in de huisregels van 57 penitentiaire inrichtingen, blijkt dat alle inrichtingen inmiddels bloktijden hanteren bij advocatenbezoek⁵⁸⁰. Bij het onderzoek is uitgegaan van de tekst van de huisregels in de diverse penitentiaire inrichtingen. Hierbij moet in aanmerking worden genomen dat soms in de praktijk van de regeling wordt afgeweken. Zo hanteert bijvoorbeeld de PI Almere Binnen volgens de huisregels bloktijden, maar blijken advocaten in de praktijk toch ook gedurende de bloktijden tot hun cliënten te worden toegelaten.

2.9.1.7 Toezicht bij bezoek

In artikel 38 lid 7 PBW is bepaald dat de rechtsbijstandverlener zich tijdens het bezoek vrijelijk kan onderhouden met de gedetineerde:

⁵⁷⁷ In de Nota werkzame detentie werd de invoering van een nieuw standaardregiem aangekondigd waarin arbeid en structuur centraal staat en waarbij de voor arbeid beschikbare tijd is opgevoerd, met als gevolg dat er minder tijd voor andere activiteiten, waaronder bezoek van advocaten over blijft, zie TK 1994-1995, 22 999, nrs. 10, 11 en 28.

⁵⁷⁸ Zie § 2.9.1.6.

⁵⁷⁹ Advocatenblad 1997, p. 685-686.

⁵⁸⁰ Opmerkelijk is dat de Huisregels van de PI de Kruisberg in Doetichem in afwijking van de in het model huisregels voorgeschreven tekst, geen uitzonderingen toestaat op de bloktijdenregeling.

"behoudens ingeval de directeur, na overleg met desbetreffende bezoeker, van mening is dat van de gedetineerde een ernstig gevaar uitgaat voor de veiligheid van de bezoeker. In dat geval laat de directeur voor het bezoek weten welke toezichthoudende maatregelen genomen worden om het onderhoud zo ongestoord mogelijk te laten verlopen. De toezichthoudende maatregelen mogen er niet toe leiden dat vertrouwelijke mededelingen in het onderhoud tussen de gedetineerde en zijn rechtsbijstandverlener bij derden bekend kunnen worden".

In de redactie van artikel 38 lid 7 PBW ligt besloten, dat de toezichthoudende maatregelen die kunnen worden getroffen, als van de gedetineerde naar mening van de directeur ernstig gevaar uitgaat voor de veiligheid van de bezoeker, het 'vrijelijk onderhoud' beperken. Welke toezichthoudende maatregelen kunnen worden getroffen is in het model huisregels in een 'dwingende aanwijzing' opgenomen, wat wil zeggen dat dit niet nader is geregeld en dat de directeur hieromtrent beleidsvrijheid toekomt. Als beleidskader is door de minister in het model huisregels gegeven, dat indien toezichthoudende maatregelen worden opgelegd, dit voor het bezoek medegedeeld wordt en deze maatregelen er niet toe mogen leiden dat vertrouwelijke mededelingen in het onderhoud tussen gedetineerde en zijn advocaat bij derden bekend kunnen worden. Hier is derhalve de tekst van artikel 38 lid 7 PBW herhaald, merkwaardigerwijs met uitzondering van de passage dat er overleg met de bezoeker moet plaatsvinden bij de beoordeling van de vraag of van de gedetineerde een ernstig gevaar uitgaat voor de veiligheid van de bezoeker. Duidelijk is dat de toezichthoudende maatregelen door de directeur kunnen worden opgelegd, ook indien de advocaat zich daarmee niet kan verenigen. Van belang is verder dat voorafgaand aan het nemen van toezichthoudende maatregelen bij advocatenbezoek de gedetineerde niet hoeft te worden gehoord ingevolge artikel 57 PBW en dat een dergelijke beslissing ook niet conform artikel 58 PBW gemotiveerd en schriftelijk aan de gedetineerde moet worden medegedeeld, rechtswaARBorgen die wel zijn ingebouwd voor onder andere weigering van verzending of uitreiking van post en de weigering van bezoek.

De Nederlandse Orde van Advocaten heeft tijdens de parlementaire behandeling van de Penitentiaire Beginselenwet bezwaar gemaakt tegen de inbreuk die door extra toezichthoudende maatregelen op het vrij verkeer kunnen worden gemaakt en bepleit dat verdergaande toezichthoudende maatregelen dan de gebruikelijk⁵⁸¹, slechts op verzoek van de advocaat zouden mogen worden genomen⁵⁸². Deze suggestie is in de wet niet overgenomen. Door de Orde is naar voren gebracht dat, nu het gaat om een zo belangrijk onderwerp als het vrij verkeer en de ver-

581 Gebruikelijk is dat geen ander toezicht wordt uitgeoefend dan dat door een bewaarder af en toe een blik kan worden geworpen door een raampje dat zich meestal in de deur van de zoekkamer bevindt.

582 Preadvies Adviescommissie Strafrecht NOvA 5 oktober 1995 inzake het wetsvoorstel Penitentiaire Beginselenwet; Preadvies Adviescommissie Strafrecht NOvA 23 januari 1997 inzake vrij verkeer advocaten in penitentiaire inrichtingen en preadvies Adviescommissie Strafrecht NOvA 20 september 1999, inzake vaststelling model huisregels voor de penitentiaire inrichtingen. Ook Mevis is in zijn noot van het hierna te bespreken arrest HR 21-04-1995 in Sancties 1995, p. 258 van mening dat de afweging tussen het belang van vrij verkeer van de raadsman met zijn cliënt tegenover de eventuele dreiging voor de persoonlijke veiligheid van de raadsman tot op grote hoogte aan de raadsman moet worden gelaten.

trouwensrelatie tussen de advocaat en zijn cliënt, in het model huisregels minstens door middel van een 'dwingende bepaling' zou moeten worden opgenomen welke extra maatregelen zijn toegelaten. Er is een scala van toezichthoudende maatregelen te bedenken, die in verschillende mate inbreuk maken op het vrije contact, zoals bijvoorbeeld: afspreken dat de advocaat in het bereik van de alarmknop gaat zitten; extra bewaking op de gang; de deur naar de gang op een kier zetten; bezoek achter glas; extra visueel toezicht; camerabewaking (zonder geluid); boeien van de cliënt etc. Tijdens de parlementaire behandeling van de Penitentiaire Beginselenwet is volgens de NOvA onvoldoende onderkend dat het vrijelijk overleg meer omvat dan de inhoud van de mededelingen die worden uitgewisseld. Ook uit non-verbaal gedrag en het uiten van emoties kan informatie worden verkregen, die een vertrouwelijk karakter heeft. Bovendien kan de wetenschap van permanente observatie zowel de cliënt als de advocaat belemmeren in hun uitingenvrijheid⁵⁸³. Gelet op de omstandigheid dat de Penitentiaire Beginselenwet pas sedert 1 januari 1999 in werking is getreden, is nog niet veel bekend over de praktische toepassing van de mogelijkheid om extra toezichthoudende maatregelen te nemen tijdens het advocatenbezoek en is hierover⁵⁸⁴ ook nog geen jurisprudentie gevormd.

Uit de spaarzame jurisprudentie op dit gebied, die dateert van voor de invoering van de Penitentiaire Beginselenwet, waarvan mag worden uitgegaan dat deze zijn geldingskracht niet verloren heeft, kan het volgende worden afgeleid. In een tweetal zaken dat door gedetineerde cliënten is aangespannen ging het om een situatie waarbij de cliënt in afzondering was geplaatst en zijn advocaat tijdens het bezoek slechts contact kon hebben met de cliënt via het cellulijke van de cel waarin de cliënt was afgezonderd in bijzijn van – in het ene geval – bewaarders en – in het andere geval – leden van een arrestatieteam van de politie, die zich in de gang bij de advocaat bevonden. In het ene geval oordeelde de beroepscommissie dat het onbelemmerde vrij verkeer was geschonden omdat de bewaking binnen gehoorsafstand had plaatsgevonden. De communicatie via het cellulijke achtte de Beroepscommissie gelet op de omstandigheden van het geval wel toelaatbaar⁵⁸⁵. In het andere vrijwel identieke geval, achtte de beroepscommissie het oordeel van de beklagcommissie dat de klacht ongegrond was juist, omdat er ondanks de aanwezigheid van meerdere bewaarders in de nabije omgeving van de raadsman, slechts sprake zou zijn geweest van visueel toezicht en dat als de raadsman recht door het luikje zou spreken, de conversatie voor de anderen niet of nauwelijks zou zijn te volgen⁵⁸⁶.

Aan een civiele zaak, die tot de Hoge Raad is uitgereageerd, lag de volgende casus ten grondslag. In de extra beveiligde inrichting De Marwei te Leeuwarden, waarin vluchtgevaarlijken werden gedetineerd, bemerkte een advocate tijdens haar bezoek aan een cliënt dat zij, zonder daarover te zijn ingelicht, door een

583 Zie Verslag van een rondetafelgesprek, vaste commissie voor Justitie Tweede Kamer d.d. 10 oktober 1996, TK 1996-1997, 24 263, nr. 11, p. 8-10.

584 Tot februari 2000.

585 Ber.cie 28-10-1986, PI 1987, 6.

586 Ber.cie 18-03 1994, A 94/30.

voor haar ondoorzichtige glaswand (gespiegeld glas) voortdurend werd geobserveerd. Dit vormde de aanleiding voor een kort geding waarin onder andere een garantie gevorderd werd dat het vrij verkeer zonder glaswand tussen advocaat en gedetineerde en zonder onzichtbaar visueel toezicht zou kunnen plaatsvinden⁵⁸⁷. De president achtte onzichtbaar visueel toezicht niet toelaatbaar en wees het laatste deel van deze vordering toe⁵⁸⁸. Tijdens de procedure in appel was komen vast te staan dat de advocaten (inmiddels) konden kiezen uit drie mogelijkheden wat betreft de omstandigheden waaronder een gesprek tussen advocaat en gedetineerde kon plaatsvinden:

- a) het gesprek vindt zonder toezicht plaats in eenzelfde vertrek, onder toezicht van een bewaker achter een doorzichtige wand van het vertrek;
- b) het gesprek vindt plaats zonder toezicht in eenzelfde vertrek in het bijzijn van een andere advocaat;
- c) het gesprek vindt plaats zonder toezicht in twee vertrekken die worden gescheiden door een doorzichtige wand en waarbij de advocaat en gedetineerde slechts via een intercominstallatie met elkaar kunnen spreken.

In alle gevallen zou het gesprek niet worden afgeluisterd of opgenomen.

Omdat partijen het erover eens waren geworden dat een eventuele glaswand tussen observerende bewaker enerzijds en de raadsman en zijn cliënt anderzijds van beide zijden doorzichtig diende te zijn en die situatie in de Marwei inmiddels ook bestond, kwam volgens het hof het belang van het door de president uitgesproken dictum te ontvallen, werd het vonnis van de president vernietigd en de vordering alsnog afgewezen. Het Hof achtte de beperkingen ingeval van vluchtgevaarlijke gedetineerden noodzakelijk en te rechtvaardigen, met name omdat de wand tussen de observant en de ruimte waarin de advocaat en zijn cliënt zich bevonden van beide zijden doorzichtig was, het gesprek tussen advocaat en cliënt niet ongezien zou kunnen worden geobserveerd en er nog aanvullende mogelijkheden waren van vrij verkeer zoals ongestoord telefonisch en schriftelijk contact. Bovendien hadden raadsman en cliënt de keuze tussen drie alternatieve bezoekmogelijkheden en konden zij bij hun gesprek een zodanige opstelling innemen dat liplezen door derden niet mogelijk zou zijn en het waarnemen van emoties tot een minimum zou worden beperkt.

In cassatie staat de vraag centraal of de beperkingen, met name het bezoek achter glas en het permanente visuele toezicht, in strijd waren met het recht op vrij verkeer op grond van artikel 50 Sv en artikel 6 lid 3 EVRM waarin het recht op een adequate voorbereiding van de verdediging is opgenomen⁵⁸⁹. Het cassatieberoep wordt verworpen. De belangrijkste overweging van de Hoge Raad luidt:

587 Tijdens de procedure is nogal wat verwarring ontstaan omdat de president in zijn vonnis veronderstelde dat ook de glaswand tussen raadsman en cliënt ondoorzichtig was. Dit was echter niet het geval.

588 President Rb Den Haag 23-07-1993, Sancties 1993, 55.

589 In eerste aanleg is aangevoerd dat een gesprek achter een glazen scheidingswand de vertrouwensrelatie tussen raadsman en cliënt belemmert en ook de voorbereiding van de verdediging bemoeilijkt omdat bijvoorbeeld een dossier niet gezamenlijk kan worden doorgenomen.

"Uit het door het eerste lid van art. 6 (EVRM TS) aan een ieder gegarandeerde recht op een 'eerlijke behandeling van zijn zaak' vloeit, mede in verband met het in lid 3 onder c bepaalde, voort dat een gedetineerde verdachte het recht heeft onder zodanige voorwaarden persoonlijk overleg met zijn raadsman te kunnen voeren dat hij zich daarbij volledig en zonder zich geredd te hoeven voelen kan uitspreken. Dit recht kan evenwel door de daartoe rechte bevoegde autoriteiten worden beperkt, maar deze beperkingen mogen niet zover gaan dat zij het in de kern aantasten. Van dit laatste zal in elk geval sprake zijn indien het overleg zijn vertrouwelijk karakter verliest doordat het door of vanwege de autoriteiten kan worden afgeluisterd. Dergelijke beperkingen moeten voorts een geoorloofd doel dienen – als hoedanig het voorkomen van ontvluchting kan gelden – en voldoen aan het proportionaliteitsvereiste".

Volgens de Hoge Raad heeft het hof dit uitgangspunt niet miskend. Ook faalt de klacht dat het hof artikel 50 Sv, met name de passage 'het vereischte toezicht' te ruim heeft geïnterpreteerd. Dit toezicht omvat op grond van de wetsgeschiedenis onder meer maatregelen ter voorkoming van ontvluchting en beveiliging van de raadsman en tast naar het oordeel van de Hoge Raad het vrij verkeer niet in de kern aan⁵⁹⁰.

Inmiddels is het bezoek achter glas in de enige inrichting in Nederland die speciaal bestemd is voor extreem vluchtgevaarlijke gedetineerden, de EBI te Vught, regel geworden⁵⁹¹.

Met de voortschrijding van de techniek zijn er nog andere vormen van toezicht ontstaan. Zo bevat vrijwel iedere moderne bezoekkamer in een penitentiaire inrichting of politiebureau een intercom, waaraan niet altijd zichtbaar is of deze aan of uitgeschakeld is tijdens het bezoek en zijn bijvoorbeeld de bezoekkamers in de EBI te Vught en het huis van bewaring te 's-Hertogenbosch uitgerust met draaibare camera's; in 's-Hertogenbosch in een donkere plexiglazen bol, zodat niet zichtbaar is of de camera in gebruik is. Gesteld wordt dat deze camera's slechts bij het begin en het einde van het bezoek aan staan om te kunnen zien wie de bezoekkamer binnenkomt, respectievelijk verlaat, maar het blijven instrumenten waarvan de bezoekende advocaat en de gedetineerde moeilijk kunnen nagaan of dit daadwerkelijk zo is⁵⁹².

Andere veiligheidsmaatregelen die niet wordt toegepast tijdens het advocatenbezoek, maar wel van invloed zijn op het vrij verkeer, zijn de fouillering of visitatie⁵⁹³ van de cliënt voor en/of na het bezoek van de advocaat. Over deze maat-

⁵⁹⁰ HR 21-04-1995, NJ 1996, 39.

⁵⁹¹ Zie Regeling model huisregels EBI, Stcr. 1998, nr. 233; Regiem Tijdelijke Extra Beveiligde Inrichting (TEBI) te Vught en het vrij verkeer tussen advocaat en gedetineerde cliënt, DD 1994, p. 301-304; Vrij verkeer in de TEBI, DD 1994, p. 1085-1087.

⁵⁹² Uit de parlementaire behandeling van de Penitentiaire Beginselenwet blijkt dat men nauwelijks begrip heeft voor de bezwaren vanuit de advocatuur tegen een permanente visuele observatie, bijvoorbeeld door middel van een videocamera, van het gesprek tussen advocaat en cliënt. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een vraag van Tweede Kamerlid Dittrich (D66) tijdens een rondetafelgesprek met onder andere de NOvA, waarin hij vroeg welke concrete bezwaren er bij de orde leven tegen het met een videocamera, maar zonder geluid, opnemen van het contact tussen advocaat en gedetineerde, TK 1996-1997, 24 263, nr. 11, p. 9.

⁵⁹³ Fouillering is onderzoek aan de kleding, visitatie is onderzoek aan het lichaam, inclusief het bekijken van lichaamsopeningen zoals mond, neus, oren, anus en vagina.

gelen is door gedetineerden regelmatig geklaagd omdat deze inbreuk maken op het principe van vrij contact tussen raadsman en cliënt⁵⁹⁴. Met name visitatie wordt door gedetineerden als zeer belastend en vernederend ervaren. De Beroepscommissie heeft onder de oude penitentiaire regelgeving, waarin volgens het huishoudelijk reglement gedetineerden voor en na het bezoek konden worden gefouilleerd, uitgemaakt dat advocatenbezoek hiervan niet uitgezonderd is. Volgens de Beroepscommissie maakt fouilleren van de gedetineerde voor en na het bezoek geen inbreuk op het beginsel van vrij verkeer omdat dit vrij verkeer wordt gerealiseerd doordat gedetineerden hun raadslieden alleen en zonder toezicht kunnen spreken en ongecontroleerd brieven kunnen schrijven. Een bedekt wantrouwen jegens de advocatuur spreekt uit een beslissing van de Beroepscommissie, waarin zij overweegt dat het niet denkbeeldig is dat de gedetineerde aan of van zijn raadsman voor derden afkomstige stukken of voorwerpen geeft, respectievelijk ontvangt waarop het beginsel van vrij verkeer niet van toepassing is. "Daardoor zouden deze stukken of voorwerpen aan de voorgeschreven, rechtmatige controle worden onttrokken, zonder dat daarbij overigens van gebrek aan goede trouw bij de raadsman sprake hoeft te zijn"⁵⁹⁵. Soms is het argument voor fouillering bij advocatenbezoek, dat de gedetineerde voor en na het bezoek van zijn advocaat in een gang in aanraking kan komen met andere gedetineerden die familiebezoek hebben gehad en die de gedetineerde bijvoorbeeld drugs zouden kunnen overhandigen⁵⁹⁶.

Voor visitatie voor en/of na advocatenbezoek golden tot aan de invoering van de Penitentiaire Beginselenwet strengere voorwaarden dan voor fouillering. Artikel 63 lid 4 van het Reglement voor huizen van bewaring (oud) schreef voor dat stelselmatig onderzoek aan het lichaam voor en na advocatenbezoek alleen mocht plaatsvinden als de directeur geconstateerd had dat in de inrichting verboden voorwerpen en stoffen (m.n. drugs) verspreid werden en gerede vrees mocht koesteren voor een verdergaande invoer van dergelijke voorwerpen en stoffen. In een dergelijke situatie moest de directeur aannemelijk maken dat er gerede vrees was voor verdergaande invoer in verband met het bezoek van een advocaat⁵⁹⁷. Hoewel aan stelselmatige visitatie bij advocatenbezoek stringenter eisen werden gesteld, achtte de Beroepscommissie steekproefsgewijze visitatie bij advocatenbezoek wel zonder meer toelaatbaar⁵⁹⁸.

Artikel 29 van de per 1 januari 1999 ingevoerde PBW bepaalt dat de gedetineerde voorafgaand aan en na afloop van bezoek aan zijn lichaam of aan zijn kleding kan worden onderzocht. In tegenstelling tot de oude penitentiaire regelgeving wordt in artikel 29 PBW geen uitzondering gemaakt voor geprivilegieerd bezoek. Er zijn twee uitspraken bekend van de Beroepscommissie, na de invoering van de PBW: uit de ene uitspraak blijkt dat steekproefsgewijze visitatie van de gedeti-

594 Zie voor een 'historisch' overzicht de noot van Kelk bij Ber.cie 13-10-1989, Sancties 1990, 11.

595 Ber.cie 28-08-1980, PI 1980, 84. Dat fouillering bij advocatenbezoek nog steeds toelaatbaar wordt geacht blijkt ook uit Ber.cie 12-11-1998, A 98/1189.

596 Ber.cie 05-06-1980, PI 1981, 48.

597 Ber.cie 29-06-1998, Sancties 1998, 48.

598 Ber.cie 13-10-1989, Sancties 1990, 11.

neerde na advocatenbezoek toelaatbaar wordt geacht⁵⁹⁹ en de andere uitspraak betreft de algemene regeling in de EBI dat gedetineerden voor het bezoek van rechtsbijstandverleners stelselmatig worden gevisiteerd. De Beroepscommissie acht een hiertegen gericht beklag ongegrond omdat de maatregel gebaseerd is op de omstandigheid dat de gedetineerden voor hun bezoek in een wachtruimte verblijven met andere gedetineerden en dan contrabande zouden kunnen doorgeven⁶⁰⁰.

In de huisregels, die zijn opgesteld na de invoering van de PBW, staat met betrekking tot de bezoeksregeling voor advocaten in de meeste gevallen de in het model huisregels weergegeven standaard tekst⁶⁰¹ met daaraan toegevoegd bij wie en op welke wijze bezoek kan worden aangevraagd. In 15 van de 57 onderzochte penitentiaire inrichtingen bevatten de huisregels een nadere uitwerking of een uitgebreidere omschrijving van de bezoeksregeling. In een aantal inrichtingen is bepaald dat de gedetineerde niets mag meenemen naar of van het bezoek van zijn advocaat, uitgezonderd de op zijn zaak betrekking hebbende stukken. Daarvoor moet vooraf toestemming worden gevraagd en de stukken worden voor en na het bezoek gecontroleerd⁶⁰². In een aantal inrichtingen is in de huisregels bepaald dat de gedetineerden na afloop van het bezoek van hun advocaat kunnen worden gefouilleerd of gevisiteerd⁶⁰³ en in de huisregels van de PI Overmaze te Maastricht (zowel gevangenis als huis van bewaring) is zelfs bepaald dat de gedetineerde na bezoek van zijn advocaat altijd, dus stelselmatig, wordt gefouilleerd.

In slechts drie penitentiaire inrichtingen is in de huisregels uitgewerkt welke extra toezichthoudende maatregelen de directeur kan nemen. In PI Noordsingel te Rotterdam (hvb) is opgenomen dat de directeur kan bepalen dat het geprivilegieerd bezoek plaatsvindt achter glas. Zoals hiervoor al eerder vermeld, is bezoek achter glas in de EBI te Vught de standaardregeling. De meest vergaande toezichthoudende maatregelen zijn opgenomen in de huisregels van de PI Haarlem. Hierin staat:

"Indien uw gedrag (lichamelijke of gemoedstoestand), het contact met een geprivilegieerde bezoeker of instantie feitelijk onmogelijk maakt, kan de directeur na overleg met uw geprivilegieerde bezoeker, eveneens bepalen het contact tussen u en de geprivilegieerde bezoeker of instantie gedurende de duur van de 'extreme' gedragstoestand tijdelijk uit te sluiten".

599 Ber.cie 16-08-1999, A99/367/GA.

600 Ber.cie 14-04-2000, A99/1302/GA.

601 Dit is het geval in 42 van de 57 in februari 2000 onderzochte Penitentiaire Inrichtingen.

602 PI De Schie, Rotterdam (gev.); PI De Torentijd Middelburg (hvb); PI Utrecht, Nieuwesluis (gev.); PI De IJssel, Krimpen a/d IJssel (hvb). In PI De Stadspoort in Amsterdam (gev.) mag zelfs helemaal niets naar of van het bezoek worden meegenomen.

603 PI Haarlem (gev.); PI De Torentijd Middelburg (hvb); PI Utrecht Nieuwesluis (gev.).

Overigens bevatten de huisregels van dezelfde PI Haarlem een, uit oogpunt van waarborging van de vertrouwelijkheid van het gesprek tussen advocaat en zijn gedetineerde cliënt, weinig geruststellende passage:

"De vertrouwelijk mededelingen tussen u en uw geprivilegieerd bezoeker of instantie zullen worden gerespecteerd en niet aan derden worden bekendgemaakt (cursief TS)"⁶⁰⁴.

Zou het inrichtingspersoneel zichzelf niet als 'derde' zien?

2.9.1.8 *Telefonisch contact*

Door de afnemende bezoekmogelijkheden vanwege de bloktijdenregeling is telefonisch contact een belangrijk alternatief geworden voor het bezoek en in sommige gevallen een tijdsbesparende, snelle en efficiënte manier om even overleg te hebben, zeker als de cliënt in een inrichting is gedetineerd die ver gelegen is van de plaats waar zijn advocaat kantoor houdt.

Wat het telefonisch contact betreft is in artikel 39 lid 4 PBW bepaald dat de gedetineerde in staat wordt gesteld telefonisch contact te hebben met zijn rechtsbijstandverlener, indien hiervoor de noodzaak en de gelegenheid bestaat en dat deze gesprekken aan geen ander toezicht worden onderworpen dan noodzakelijk is om de identiteit van de persoon met wie de gedetineerde een gesprek voert vast te stellen. In de praktijk betekent dit dat als de cliënt zijn advocaat wil bellen, de inrichting het telefonisch contact legt en controleert of er ook daadwerkelijk met de advocaat wordt gebeld, waarna het telefoongesprek kan worden gevoerd, zonder dat de inhoud van het telefoongesprek op enigerlei wijze door de inrichting wordt gecontroleerd, opgenomen of afgeluisterd⁶⁰⁵.

In het model huisregels als 'dwingende bepaling' opgenomen (geen afwijking toegestaan):

"Indien hiertoe de noodzaak en de gelegenheid bestaan wordt u in staat gesteld telefonisch contact te hebben met de zogenaamde geprivilegieerde contacten zoals bijvoorbeeld uw advocaat of reclasseringswerker.

De kosten van het telefoongesprek zijn voor uw rekening, tenzij de directeur anders bepaalt. Er wordt geen ander toezicht op de gesprekken uitgeoefend dan noodzakelijk is om de identiteit van de persoon met wie u een gesprek voert of wenst te voeren vast te stellen".

De aanvraag van een telefoongesprek tussen advocaat en gedetineerde cliënt moet in de huisregels geregeld worden en de wijze waarop dit gebeurt, is aan de directeur overgelaten.

In de praktijk blijken de telefoonregelingen binnen de penitentiaire inrichtingen enorm te verschillen en hanteert de ene inrichting een soepel beleid en vergt het

604 De voorgeschreven tekst in het model huisregels luidt: "De toezichthoudende maatregelen mogen er niet toe leiden dat vertrouwelijke mededelingen in het onderhoud tussen de gedetineerde en zijn rechtsbijstandverlener bij derden bekend kunnen worden".

605 Dit is vastgelegd in een circulaire van 30 juni 1980, nr. 592/380, Telefoneren door gedetineerden, PI 1982, p. 205-206.

in de andere inrichting de nodige inspanningen, zowel van de zijde van de raadsman als van de gedetineerde, om telefonisch te kunnen overleggen. De strengste regeling geldt in de EBI, waar het telefonisch contact met de raadsman is beperkt tot 10 minuten per week⁶⁰⁶. Los hiervan kan, in spoedeisende gevallen, extra worden gebeld en moet het telefonisch contact 24 uur van tevoren worden aangevraagd. Het laat zich raden dat deze aanvraagtermijn moeilijk te rijmen is met het spoedeisende karakter. Verder mag de gedetineerde in de EBI, als hem is toegestaan zijn advocaat te bellen, twee belpogingen doen om zijn advocaat te bereiken. Lukt dat niet dan moet hij een nieuwe aanvraag indienen.

Aan de regeling van artikel 39 lid 4 PBW ligt vaste jurisprudentie van de beroepscommissie ten grondslag waarin de Beroepscommissie als leidraad heeft genomen, dat de noodzaak van het telefonisch contact door de gedetineerde respectievelijk de advocaat moet worden aannemelijk gemaakt⁶⁰⁷. Dit betekent in de praktijk dat moet worden uitgelegd waarom de gedetineerde cliënt niet kan worden bezocht of waarom schriftelijk contact niet kan worden afgewacht. In zeven penitentiaire inrichtingen is thans in de huisregels met zoveel woorden opgenomen dat de gedetineerde de noodzaak van het voeren van een telefoongesprek aannemelijk moet maken⁶⁰⁸.

Door de NOvA is er herhaaldelijk op aangedrongen de mogelijkheden van telefonisch contact te verruimen en ten aanzien van het begrip 'noodzaak' een soepel criterium te hanteren, waarbij noch de cliënt, noch de advocaat verplicht wordt de noodzaak van een telefoongesprek ten overstaan van het gevangenispersoneel te beargumenteren en in sommige gevallen vertrouwelijke informatie prijs te geven. Omdat de contacten tussen advocaat en cliënt per definitie betrekking zullen hebben op de rechtsbijstand die de advocaat verleent, kan niet worden gezegd dat ten aanzien van telefonische contacten geen 'noodzaak' bestaat. Bovendien is een soepele regeling voor alle betrokkenen gunstig omdat telefonische contacten korte bezoeken overbodig kunnen maken, hetgeen minder belastend is voor de zoekafdelingen van de inrichtingen en ook de advocaat een aanzienlijke tijdsbesparing kan opleveren. De Orde heeft erop aangedrongen dat een telefoonregeling wordt getroffen in die zin dat telefonisch contact gedurende kantooruren mogelijk is, mits de telefoonvoorziening van de inrichting dit toelaat en meent dat dit laatste gezien de technische ontwikkelingen op dit gebied nauwelijks tot problemen zou moeten leiden⁶⁰⁹. Door justitie is tijdens een overleg op 21 april

606 Deze regeling geldt in de EBI en is vastgesteld naar aanleiding van een uitspraak van de President Den Haag in een kort geding naar aanleiding van het EBI-regiem d.d. 11-01-1994, rol-nr. 93/1142, Vrij verkeer in de TEBI, DD 1994, p. 1085-1087.

607 Zie bijvoorbeeld Ber.cie 02-07-1981, PI 1981, 64; Ber.cie 15-11-1982, PI 1983, 15; Ber.cie 01-12-1983, PI 1984, 25; Ber.cie 15-06-1984, PI 1984, 66; Ber.cie 03-04-1989, PI 1989, 115; Ber.cie 15-12 1994, Sancties 1995, 22; Ber.cie 02-04-1998, A 97/655 en A 97/920; Ber.cie 11-05-1998, A 98/206 (EBI).

608 HvB Ter Peel, Evertsoord; HvB Arnhem; PI Zwolle (hvb en gev.); PI Zoetermeer (hvb en gev.); HvB Den Haag; PI De Marwei Leeuwarden (gev.); PI de Toorenburgh, Heerhugowaard (gev.).

609 Brief van de NOvA aan de minister van justitie A.H. Korthals, 6 december 1999 inzake vaststelling model huisregels voor de penitentiaire inrichtingen.

1997 met de Orde toegezegd dat de gedetineerde in beginsel iedere werkdag tijdens kantooruren met zijn advocaat moet kunnen bellen en dat deze gesprekken niet aan een termijn gebonden zijn, tenzij met het oog op gemeenschappelijk gebruik ook andere gedetineerden van de telefoon gebruik moeten maken. De regie hiervoor ligt bij de inrichting⁶¹⁰. De thans in artikel 39 lid 4 PBW en model huisregels vastgestelde regeling is veel stringenter dan de met de Orde gemaakte afspraak, op basis waarvan in beginsel iedere werkdag telefonisch contact mogelijk zou moeten zijn. Nu vindt er steeds een noodzakelijkheidstoets plaats. In Penitentiaire Inrichtingen Utrecht, Nieuwersluis (gev.) en Nieuwegein (hvb) is in de huisregels nog extra bepaald dat indien aan de gedetineerde door de RC of de OvJ beperkingen zijn opgelegd⁶¹¹ en de gedetineerde telefonisch contact wil opnemen met zijn advocaat, hij moet aantonen dat dit niet schriftelijk kan worden afgehandeld. In de PI Oosterhoek te Grave (hvb) moet de gedetineerde kiezen tussen zijn naasten of zijn advocaat. Hij mag één keer per week bellen met zijn familie of relaties. Als hij met zijn advocaat wil bellen dan kost dat een belbeurt.

Een ander probleem vormt de vertrouwelijkheid van de telefonische contacten tussen raadsman en cliënt. Weliswaar is in artikel 39 lid 4 PBW bepaald dat telefoongesprekken tussen advocaten en gedetineerden niet mogen worden afgeluisterd of opgenomen, in de praktijk is er regelmatig over geklaagd dat telefoongesprekken worden afgeluisterd.

In 1985 acht de Beroepscommissie het af luisteren van telefoongesprekken tussen advocaten en gedetineerden zelfs toelaatbaar, omdat de mogelijkheid van misbruik groot is. Gedetineerde zouden gemakkelijk met een ander dan met hun advocaat kunnen bellen en daarom zou het noodzakelijk zijn dat een bewaarder af en toe meeluistert om na te gaan of het daadwerkelijk gaat om een telefoongesprek met een advocaat⁶¹². De Beroepscommissie overweegt in deze zaak dat nu gedetineerden en hun raadslieden (kunnen) weten dat hun gesprekken kunnen worden afgeluisterd, het aan hun eigen beleid is overgelaten over de telefoon al of niet over zaken te spreken die van vertrouwelijke aard zijn. Deze uitspraak van de Beroepscommissie leidt tot protesten vanuit de advocatuur en tot kamervragen in de Tweede Kamer⁶¹³ en is aanleiding voor de afspraak tussen het ministerie van justitie en de Orde, dat telefoongesprekken tussen advocaten en gedetineerden niet langer door personeelsleden van de inrichting zullen worden afgeluisterd. Om misbruik tegen te gaan zal een personeelslid de verbinding tot stand brengen en zodra deze zich ervan overtuigd heeft dat de advocaat aan de lijn is, breekt hij het meeluisteren af⁶¹⁴. De Beroepscommissie heeft nadien kritisch getoetst of telefoongesprekken inderdaad konden worden afgeluisterd. Een gedetineerde in de EBI te Vught was verplicht om handsfree te bellen met zijn advo-

610 Advocatenblad 1997, p. 686. Deze regeling geldt niet voor de EBI te Vught.

611 Ex art. 222 en 225 Invoeringswet Wetboek van Strafvordering.

612 Ber.cie 05-02-1985, PI 1985, 39.

613 Korvinus 1985, p. 155; Kamervragen Lankhorst (P.P.R.) over het telefoonverkeer tussen advocaat en cliënt, ingezonden 5 maart 1985, Advocatenblad 1985, p. 200.

614 Brief Directeur Generaal Jeugdbescherming en Delinkwentenzorg MvJ, Advocatenblad 1985, p. 156 en antwoord minister op kamervragen Lankhorst, Advocatenblad 1985, p. 200.

caat, omdat hij tijdens het telefoongesprek geboeid werd. Hij klaagde erover dat de intercom van het telefoontoestel zo luid was ingesteld dat het gesprek door de bewaarders op de gang te volgen was. Naar aanleiding van deze klacht heeft de Beroepscommissie – nadat zij zelf had vastgesteld dat een dergelijk telefoongesprek vanaf de gang inderdaad vrijwel letterlijk te volgen was – bepaald dat het telefonisch contact vrij en onbelemmerd moet kunnen plaatsvinden, hetgeen betekent dat betrokkenen zelfs niet de indruk mogen hebben dat het gesprek door anderen kan worden beluisterd⁶¹⁵.

Desalniettemin duiken berichten dat telefoongesprekken met advocaten worden afgeluisterd of opgenomen regelmatig op. Vaak wordt het af luisteren per toeval ontdekt. Een advocate die telefoneerde met een in de EBI te Vught gedetineerde cliënt bemerkte dat zij werd afgeluisterd toen zij de telefoon overgaf aan een op haar kantoor aanwezige student-stagiaire. Daarop werd het gesprek onmiddellijk door een bewaarder onderbroken en beëindigd met de mededeling dat "dit niet de bedoeling" was⁶¹⁶. Ook in de zomer van 1997 verschenen er berichten in de pers dat alle huizen van bewaring in Nederland een af luistersysteem hadden waarmee alle uitgaande telefoongesprekken van gedetineerden zouden worden opgenomen, inclusief de gesprekken met advocaten⁶¹⁷. Het bleek met name te gaan om penitentiaire inrichtingen die over een (nieuwe) digitale telefooncentrale beschikten waarmee alle uitgaande gesprekken automatisch werden opgenomen. Nadat de Orde aan de bel had getrokken bij het ministerie van justitie de Orde verzekerde, dat het bewust af luisteren of opnemen van telefoongesprekken met advocaten in alle inrichtingen inmiddels was gestaakt en dat in alle inrichtingen een aparte telefoon beschikbaar zou worden gesteld voor het contact met de advocaat, die gegarandeerd niet zou worden afgeluisterd⁶¹⁸. In de praktijk blijft het echter ingewikkeld vast te stellen of er inderdaad via een 'veilige lijn' wordt gebeld. Gebruikelijk is immers dat het contact steeds vanuit de inrichting wordt gelegd. Ook als de advocaat telefonisch contact wenst, dan moet hij dit doorgeven aan de inrichting en wordt hij door zijn cliënt teruggebeld. Het is mogelijk dat de cliënt niet steeds kan bellen met de speciale beveiligde lijn en dan op de gebruikelijke manier telefoneert, zich niet steeds realiserend dat deze gesprekken automatisch worden opgenomen. Dit wordt ook in de hand gewerkt door huisregels, waarin weliswaar staat vermeld dat er geen inhoudelijk toezicht wordt uitgeoefend op

615 Ber.cie 27-07-1994, Sancties 1994, 57. Opvallend is dat deze beslissing van een geheel andere visie getuigt dan de beslissing van de Beroepscommissie 18-03-1994, A 94/30, waarbij de advocaat in bijzijn van bewaarders via een cellulijne moest communiceren met zijn cliënt en de Beroepscommissie aannam dat een dergelijke conversatie niet of nauwelijks zou kunnen worden gevolgd door de aanwezige bewaarders.

616 Zie Kamervragen Wolffensperger (D66), ingezonden op 28 oktober 1993, NJB 1993, p. 1534. De minister gaf in antwoord op de kamervragen toe dat er ten onrechte was afgeluisterd en dat dit had kunnen gebeuren omdat de gedetineerde tevoren niet had aangegeven dat hij zijn advocaat belde. Dit antwoord is enigszins dubieus omdat de af luisterende bewaarder in het begin van het telefoongesprek toch in de gaten moet hebben gekregen dat het om een telefoongesprek met een advocaat ging, hetgeen alleen al blijkt uit het feit dat hij ingreep toen de advocaat de telefoon wilde overgeven aan een student-stagiaire.

617 NRC 19 juli 1997, Alle huizen van bewaring luisteren gesprekken af.

618 Advocatenblad 1997, p. 1071.

een telefoongesprek met een advocaat, maar waarin voor het telefoneren met geprivilegieerde contacten wordt verwezen naar de telefoon die ook voor andere contacten wordt gebruikt. Uit de regeling zelf blijkt niet dat de gedetineerde een gesprek kan aanvragen via een 'veilige' telefoon. Dit is met name het geval in de huizen van bewaring van de PI Over Amstel⁶¹⁹, PI De Berg in Arnhem en PI De Eenhoorn in Hoorn. Uit de huisregels van PI Haarlem kan worden afgeleid dat telefoongesprekken met advocaten gewoon worden opgenomen:

"Indien en zodra er tijdens het beluisteren van bandopnamen blijkt dat het een gesprek tussen u en een geprivilegieerde persoon of instantie betreft, zal het toezicht onmiddellijk worden gestaakt. Eventuele verkregen gegevens tijdens het verrichten van toezicht op grond van de Penitentiaire Beginselenwet zullen en mogen ook niet voor het actieve opsporingsonderzoek uit het wetboek van strafvordering worden gebruikt".

Dat het ook anders kan blijkt uit de huisregels van de PI Dortse Poorten te Dordrecht (gev.) en de Gevangenis Esserheem te Veenhuizen. In de PI Dortse Poorten is de regeling als volgt:

"Er wordt geen ander toezicht op de gesprekken uitgeoefend dan noodzakelijk is om de identiteit van de persoon met wie u een gesprek voert of wenst te voeren vast te stellen:

- Bij inkomst geeft u de namen en telefoonnummers van uw advocaat en reclasseringscontact op. Deze nummers worden door de bevolkingsadministratie op juistheid gecontroleerd en verwerkt.
- Op het moment dat u uw advocaat of reclasseringsmedewerker belt, herkent de telefooncentrale automatisch wanneer het een (beschermd) nummer betreft. Het desbetreffende gesprek kan in dat geval niet worden opgenomen".

In de huisregels van de Gevangenis Esserheem is opgenomen dat de gedetineerde, om niet het risico te lopen dat zijn telefoongesprekken met zijn advocaat worden opgenomen, aan het afdelingshoofd kenbaar kan maken als hij zijn advocaat wil bellen en dan in de gelegenheid wordt gesteld om via een apart toestel te bellen waarvan de gesprekken niet worden opgenomen.

2.9.1.9 Correspondentie

In artikel 36 leden 2-4 PBW is, kort samengevat, bepaald dat alle post afkomstig van en bestemd voor de gedetineerde kan worden onderworpen aan censuur. De post kan worden gecontroleerd op bijgesloten voorwerpen (lid 2), de inhoud kan worden gelezen en gekopieerd (lid 3) en de verzending of uitreiking van post kan worden geweigerd (lid 4).

De regeling met betrekking tot de inhoudelijke censuur van post (leden 3 en 4) is ingevolge artikel 37 PBW niet van toepassing op de correspondentie tussen de gedetineerde en zijn advocaat. Als de directeur een poststuk afkomstig van of bestemd voor een advocaat wil controleren op bijgesloten voorwerpen, dan mag dit

619 HvB De Weg; HvB Het Schouw; HvB De Schans; HvB Demersluis.

onderzoek alleen plaatsvinden in bijzijn van desbetreffende gedetineerde (art. 36 lid 2 PBW).

In artikel 37 lid 3 is bepaald dat het verbod van censuur niet geldt, voorzover de uitvoering van de beperkingen die aan de gedetineerde zijn opgelegd ingevolge de artikelen 222 en 225 van de Invoeringswet van het Wetboek van Strafvordering zich hiertegen verzet. Omdat ervan mag worden uitgegaan dat het vrij verkeer tussen raadsman en verdachte niet kan worden beperkt door een bevel beperkingen op grond van de artikelen 222 en 225 Invoeringswet van het Wetboek van Strafvordering maar dat dit alleen kan worden beperkt door een bevel op grond van artikel 50 lid 2 Sv, moet worden aangenomen dat artikel 37 lid 3 PBW niet van toepassing is op correspondentie tussen raadsman en verdachte. Artikel 37 lid 3 PBW kan wel van toepassing zijn op correspondentie van de verdachte met een advocaat of rechtshulpverlener, die hem niet in de strafzaak bijstaat, maar in een andere juridische aangelegenheid⁶²⁰. In dat geval is artikel 50 Sv niet van toepassing en kunnen in beginsel ook ten aanzien van de contacten met de advocaat of rechtshulpverlener beperkingen op grond van de artikelen 222 en 225 Invoeringswet van het Wetboek van Strafvordering worden opgelegd⁶²¹.

In het model huisregels is met betrekking tot de correspondentie tussen advocaat en gedetineerde als 'dwingende bepaling' opgenomen dat de directeur niet bevoegd is geprivilegieerde post niet te verzenden of niet uit te reiken en dat de gedetineerde op de enveloppe of het poststuk duidelijk dient te vermelden dat het gaat om een geprivilegieerd contact. Verder is er een aparte ministeriële regeling geprivilegieerde post gedetineerden⁶²² uitgevaardigd, waarin, naast de onderwerpen die ook al in de PBW en het model huisregels zijn geregeld, is opgenomen hoe de advocaat post aan zijn gedetineerde cliënt dient te adresseren. Dit moet gebeuren door middel van het zogenaamde 'dubbele enveloppensysteem': de advocaat doet zijn brief in een gesloten envelop en adresseert deze aan de gedetineerde. Deze envelop moet worden gevoegd in een andere envelop die geadresseerd is aan de directeur met het verzoek de bijgesloten envelop aan de gedetineerde uit te reiken. De hoedanigheid van de advocaat moet uit deze brief blijken, anders loopt de advocaat gevaar dat de brief wordt opengemaakt en dat van de inhoud wordt kennisgenomen. Indien niet gebruik wordt gemaakt van het 'dubbele enveloppensysteem' maar wel kenbaar is aan de brief dat deze afkomstig is van een advocaat (bijvoorbeeld door de opdruk op de envelop), dan wordt de brief in bijzijn van de gedetineerde opengemaakt. De ratio van het 'dubbele enveloppensysteem' is te voorkomen dat derden niet, buiten de censuur in de inrichting om,

⁶²⁰ Zie § 2.9.1.

⁶²¹ Volgens art. 6 lid 2a van het Besluit Inverzekeringstelling van 4 december 1925, Stb. 460, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 11 november 1994, Stb. 825, gelden beperkingen met betrekking tot bezoek en correspondentie op grond van de artikelen 222 en 225 Invoeringswet van het Wetboek van Strafvordering "behoudens het bepaalde in artikel 50 van het Wetboek van Strafvordering".

⁶²² Regeling geprivilegieerde post gedetineerden, 12 oktober 1998, nr. 715636/98/DJI, opgenomen in Handboek Rechtspositie Gedetineerde 1999, Sdu Uitgevers, Den Haag, p. 260-262.

brieven aan gedetineerden kunnen sturen⁶²³. In de toelichting op deze ministeriële regeling is vermeld dat bij de vaststelling ervan de uitgangspunten zijn geweest dat geen toezicht wordt uitgeoefend op de inhoud van geprivilegieerde post en dat de bevoegdheid van de inrichting de geprivilegieerde post te controleren op bijgesloten voorwerpen (artikel 36 lid 2 PBW) niet hoeft te zijn gegrond op een vermoeden dat de envelop bijgesloten voorwerpen bevat, maar dat de inrichting bevoegd is de geprivilegieerde post steekproefsgewijs te controleren.

Indien de advocaat geen gebruik heeft gemaakt van het dubbele enveloppensysteem, dan is dit voor de inrichting geen vrijbrief om de post te openen en te lezen. Als duidelijk zichtbaar is, bijvoorbeeld door de opdruk op de envelop, dat de brief afkomstig is van een advocaat, dan mag de brief hoogstens in bijzijn van de gedetineerde worden gecontroleerd op meegezonden voorwerpen, maar moet deze ingeval van twijfel worden teruggezonden⁶²⁴.

Overigens gelden de regels die de vertrouwelijkheid van de correspondentie garanderen niet voor stukken die tijdens het bezoek worden overhandigd. Volgens de Beroepscommissie kunnen deze stukken gewoon worden gecontroleerd⁶²⁵. Indien procesdossiers bij het bezoek worden uitgewisseld dan moet de advocaat hierover tevoren afspraken maken om de vertrouwelijkheid van de inhoud te garanderen. In sommige inrichtingen gelden hiervoor speciale huisregels⁶²⁶. Tot slot heeft de Beroepscommissie uitgemaakt dat bij celinspecties advocatenpost, mits als zodanig herkenbaar, niet mag worden ingezien⁶²⁷.

2.9.1.10 *Het primaat van de organisatie van de penitentiaire inrichting*

Uit de hiervoor weergegeven regulering van het vrij verkeer in penitentiaire inrichtingen, die alle betrekking hebben op 'het vereischte toezicht' en de 'huishoudelijke reglementen' in artikel 50 lid 1 Sv, blijkt dat de praktische effectivering van het vrij verkeer sterk afhankelijk is van de organisatie van de penitentiaire inrichting. Er is een ontwikkeling zichtbaar dat de penitentiaire inrichtingen, mede gestuurd door de noodzaak van bezuinigingen, in toenemende mate de strafprocessuele belangen van gedetineerden, met name wat de contacten met hun advocaat betreft, ondergeschikt maken aan de orde en veiligheid in de inrichting. De bloktijdenregeling en de moeizame telefoonregeling vormen hiervan een illustratie. Kelk constateert dat deze ontwikkeling ook zichtbaar is in het penitentiai-

623 Er zou gebleken zijn dat vrienden van gedetineerden soms over enveloppen van advocatenkantoren beschikten, zie: Vrije verkeer raadsman – gedetineerde cliënt, Advocatenblad 1985, p. 1999.

624 Ber.cie 01-12-1987, PI 1988, 48.

625 Ber.cie 15-06-1983, PI 1983, 95.

626 Zo moet bijvoorbeeld in de EBI de raadsman die tijdens het bezoek stukken wil meenemen, deze laten registreren en controleren, zie Ber.cie 21-04-1999, nr. A 99/68/GA en geldt in de PI 'de Noordsingel' in Rotterdam de regeling dat dossiers alleen in een gesloten envelop met daarop vermeld 'van raadsman aan cliënt', de naam van de advocaat en de naam van de cliënt met een handtekening van de advocaat via de afdeling bevolking van de inrichting tijdens het bezoek aan de cliënt kan worden overhandigd. Persoonlijke overhandiging van dossiers tijdens bezoek is niet toegestaan.

627 Ber.cie 21-01-1991, A 90/ 243.

re beleid, waarbij het bevorderen van een goede rechtsgang als een functie en doelstelling van het huis van bewaring vanaf 1977 steeds meer op de achtergrond is geraakt. Het belang van de gedetineerde bij een goede rechtsgang dreigt binnen de organisatie van een penitentiaire inrichting nogal eens te worden onderschat, zo niet verwaarloosd. Verder signaleert Kelk een groeiende teneur dat de advocatuur met terughoudendheid en wantrouwen wordt benaderd en dat de advocaat niet meer zo klakkeloos wordt vertrouwd als voorheen het geval was⁶²⁸. Deze constatering wordt bevestigd door alle maatregelen tezamen, die vanaf de jaren tachtig zijn genomen. Het fouilleren en visiteren van gedetineerden voor en na advocatenbezoek, de controle door de detectiepoort en de controle van handbagage, het enveloppensysteem, het verbod van persoonlijk overhandigen van procesdossiers, getuigen van een weliswaar ontkend, maar steeds aanwezig wantrouwen jegens de advocaat, zonder dat dit wordt onderbouwd door concrete feiten of omstandigheden⁶²⁹. In dit perspectief zijn de contacten van de gedetineerde met zijn advocaat uiterst kwetsbaar. Bij de maatregelen die betrekking hebben op de controle van het vrij verkeer hoeft niet meer beargumenteerd te worden of deze daadwerkelijk met het oog op de veiligheid en orde in de inrichting noodzakelijk zijn, maar moet de advocaat uitleggen wat hij erop tegen heeft hieraan mee te werken. Daarbij wordt het object van vrij verkeer gemakkelijk gereduceerd tot de inhoud van de mededelingen die door de advocaat en zijn cliënt worden uitgewisseld en wordt miskend dat persoonlijk overleg, zonder dat de gedetineerde en zijn raadsman zich geremd hoeven te voelen zich uit te spreken, méér randvoorwaarden eisen dan alleen de garantie dat de inhoud van het besprokene vertrouwelijk kan blijven. Wellicht hangt het afnemende begrip voor privacy in het contact tussen advocaat en zijn cliënt samen met een toenemende bereidheid van burgers in de samenleving zich te onderwerpen aan allerlei controlemaatregelen in het kader van de algemene veiligheid. Voor advocaten als professionele deelnemers aan het strafproces worden ook buiten de penitentiaire inrichting geen uitzonderingen gemaakt als het gaat om algemene beveiligingsmaatregelen. Zo is het in Nederland sinds de Rara-zaak in 1988⁶³⁰ niet ongebruikelijk dat ook advocaten voor het binnentreden van de zittingzaal zich moeten onderwerpen aan een veiligheidsfouillering⁶³¹, net als al het andere publiek. Volgens Van Kalmthout is deze fouilleringsvorm wegens het ontbreken van een wettelijke grondslag onrechtmatig⁶³². Op grond van artikel 8 lid 3 van de Politiewet 1993 is de politie bij de uitoefening van zijn beroep weliswaar bevoegd tot een veiligheidsfouillering van personen, maar slechts indien uit feiten of omstandigheden blijkt dat gevaar dreigt voor het leven of de veiligheid van de gefouilleerde, de ambtenaar zelf of derden en de

628 Kelk 1985, p. 389-398. Zie ook zijn noot bij Ber.cie 13-10-1989, Sancties 1990, 11, p. 58 e.v.

629 Zie noot Mols bij Ber.cie 11-06-1987, Rechtshulp 1987, p. 64.

630 Zie Ingelse 1988; Fouillering advocaat in RARA-zaak, NJB 1989, p. 34; Fouillering advocaten bij politiek strafproces, DD 1988, p. 763-765.

631 Of een hieraan gelijk te stellen controle door een detectiepoort.

632 Van Kalmthout, Vademecum Strafzaken, suppl. 108, 10.7.3.

fouillering noodzakelijk is ter afwending van dit gevaar⁶³³. Als een advocaat zich bij de rechtbank als zodanig kan legitimeren, dan moeten er wel zeer bijzondere omstandigheden zijn die een concrete verdenking kunnen rechtvaardigen dat de advocaat de veiligheid in gevaar zal brengen, wil een politieambtenaar tot een veiligheidsfouillering van de advocaat bevoegd zijn. In de praktijk blijkt het echter vaak moeilijk voor de advocaat zich tegen een dergelijke fouillering te verzetten. Zo werden op 11 maart 1998 voorafgaande aan een zitting bij de rechtbank Maastricht waarbij twee informanten van politie als getuigen werden gehoord, de advocaten en het publiek onderworpen aan een veiligheidsfouillering⁶³⁴. Deze bestond uit een onderzoek aan de kleding en een onderzoek van de voorwerpen die de advocaten bij zich hadden, waaronder hun tassen en koffers. Een van de advocaten maakte bezwaar tegen deze gang van zaken omdat hij in het kader van de uitoefening van zijn beroep in de rechtbank aanwezig moest zijn, er geen aanleiding was te veronderstellen dat hij de veiligheid van personen in gevaar zou brengen. Bovendien zag hij dat belangstellende rechercheurs zich niet aan de veiligheidsfouillering hoefden te onderwerpen. Evenmin waren de rechters en de officier van justitie hieraan onderworpen. Dat de advocaten, als enige functionele procesdeelnemers zich wel moesten onderwerpen aan een fouillering wekte op zijn minst de indruk dat zij kennelijk geassocieerd werden met gebruik van geweld waardoor de veiligheid van personen in gevaar zou kunnen komen of de voortgang van de zitting zou kunnen worden verstoord. De advocaat verleende geen toestemming voor de fouillering waarop hem de toegang tot het gerechtsgebouw werd onzegd. Via één van de advocaten die wel toestemming voor de fouillering had gegeven, heeft hij zijn bezwaren aan de rechtbank laten overbrengen. De rechtbank bleek niet gevoelig voor zijn argumenten, maar beval wel dat een ieder die nog niet gefouilleerd was, zich alsnog aan een fouillering moest onderwerpen onder het motto 'gelijke monniken, gelijke kappen'. Aangezien ook de rechters niet gefouilleerd waren verklaarden zij zich bereid alsnog elkaar te fouilleren. Het voorstel van de advocaten dat ook zij bereid waren hun confrère te fouilleren werd niet geaccepteerd. Uiteindelijk heeft de advocaat zijn verzet tegen de fouillering in het belang van zijn cliënt opgegeven.

2.9.2 *Tweede beperkingsgrond artikel 50 lid 1 Sv: zonder dat het onderzoek mag worden opgehouden*

In het eerste lid van artikel 50 Sv is bepaald dat het contact tussen raadsman en verdachte de voortgang van het onderzoek niet mag belemmeren. In § 2.4.3.5 is al opgemerkt dat in de jurisprudentie wordt aangenomen dat het recht op overleg kan worden beperkt als het onderzoek daardoor wordt opgehouden. Dit 'ophouden' is een rekbaar begrip, dat door de opsporende instanties gemakkelijk ruim kan worden uitgelegd. Het contact tussen raadsman en cliënt brengt immers per

633 Zie ook Corstens 1999, p. 98, die schrijft dat uit de art. 2 en 8 van de Politiewet 1993, naast de daarin aangegeven situaties, de politie geen zelfstandige wettelijke bevoegdheid kan afleiden inbreuk te maken op grondrechten van burgers.

634 Politie-informanten: een perfecte driehoeksverhouding, De Limburger 12 maart 1998.

definitie oponthoud met zich mee, met name als de raadsman de cliënt wil bezoeken in de periode dat de politie deze ook wil horen. Met name gedurende de in-verzekeringstelling, waarin de politie vaak onder tijdsdruk moet werken om binnen korte tijd informatie te verzamelen voor een eventuele vordering tot bewa-ring en de politie er ook belang bij heeft dat de verdachte niet met zijn raadsman kan overleggen voordat hij wordt verhoord, kunnen er problemen ontstaan bij de toelating van de advocaat tot zijn cliënt. Blijkens de MvT is bij 'ophouden' vooral gedacht aan situaties die geen uitstel kunnen gedogen. Zo wordt als voorbeeld genoemd dat de verdachte zich niet zal kunnen onttrekken aan een voorgeleiding bij de RC, omdat hij met zijn raadsman in gesprek is⁶³⁵. Geduid wordt derhalve op situaties waar termijnen spelen waaraan de opsporende instanties zich moeten houden. Corstens noemt als voorbeeld dat de verdachte, die al enige uren met zijn raadsman geconfereerd heeft, aan het einde van de termijn van de in-verzekeringstelling door de politie mag worden weggehaald, als de politie hem nog voor het verstrijken van de termijn wil horen⁶³⁶. Duidelijk is, dat er enige redelijkheid over en weer in acht moet worden genomen, maar duidelijk is ook dat er een spanningsveld bestaat tussen het opsporingsbelang en het belang van rechtsbijstand en dat het belang van rechtsbijstand gemakkelijk ondergeschikt wordt gemaakt aan het onderzoeksbelang⁶³⁷. Uit de jurisprudentie blijkt dat dit met name gebeurt in de periode van de in-verzekeringstelling. Zo overweegt de rechtbank Dordrecht dat de omstandigheden dat het ging om een zaak waarbij de rechtsorde ernstig was geschokt, er een rechte team van dertig personen de zaak onderzocht, er 7 verdachten vastzaten en werden verhoord en de verdachte voor de eerste keer werd verhoord toen de raadsman zich om 14.15 uur aandienende, de toelating van de raadsman om 17.16 uur niet in strijd was met artikel 50 lid 1 Sv. Ook de beperkte bezoekmogelijkheden van de raadsman in de twee daarop volgende dagen dat de verdachte in verzekering was gesteld werden niet in strijd met het recht op vrij verkeer geacht⁶³⁸.

Ook de Hoge Raad acht het feit dat de politie de verdachte aan het horen is een reden om de raadsman in het belang van het onderzoek niet tot de verdachte toe te laten. Het betrof een situatie waarin de raadsman een afspraak had gemaakt om zijn in-verzekeringgestelde cliënt op een bepaald tijdstip op het politiebureau te bezoeken en toen hij daar aankwam niet werd toegelaten omdat zijn cliënt (nog) door de politie gehoord werd⁶³⁹.

Uit de jurisprudentie blijkt dat er weinig invoelingsvermogen wordt opgebracht voor het strategische belang van het moment van overleg tussen raadsman en verdachte. Het ligt voor de hand dat dit overleg moet kunnen plaatsvinden vóórdat de raadsman de verdachte in het kader van een door de rechter of officier te nemen beslissing moet bijstaan. In een zaak waarin door de verdediging werd geklaagd over het feit dat de (gekozen) raadsman door de officier van justitie niet

635 TK 1913-1914, 286, nr. 3, toelichting bij art. 46 ORO.

636 Corstens 1999, p. 94.

637 Zie ook Verbunt 1985, p. 116 en Van der Kruijs 1995.

638 Rb Dordrecht 14-08-1986, NJ 1987, 675; zie ook Rb Almelo 22-11-1984, NJ 1985, 326.

639 HR 23-05-1995, DD 1995, 352.

tot de verdachte was toegelaten nadat hij in verzekering was gesteld en vóór het verhoor door de RC, dat voorafging aan het bevel bewaring, overwoog de Hoge Raad dat ná het verlenen van het bevel tot bewaring aan de verdachte ruimschoots de gelegenheid is geboden tot verkeer met zijn gekozen raadsman zodat de gang van zaken niet als een inbreuk op- of een belemmering in de uitoefening van de rechten van de verdediging was⁶⁴⁰. In deze beslissing wordt over het hoofd gezien dat het belang van rechtsbijstand van de raadsman in deze fase mede gelegen is in de beïnvloeding van de beslissing van de RC op de vordering bewaring. Een wat principiëler standpunt wordt ingenomen in een zaak waarin de verdachte, die zich reeds drie weken in voorlopige hechtenis bevond, nader door de politie werd gehoord naar aanleiding van een verklaring van een getuige. De raadsvrouw werd van dit verhoor op de hoogte gesteld maar mocht voorafgaande aan het verhoor niet met de verdachte spreken. Het hof oordeelde in deze zaak dat de weigering van het verzochte onderhoud tussen de raadsvrouw en de verdachte voorafgaand aan het verhoor in dit geval niet gerechtvaardigd was in het kader van artikel 50 lid 1 Sv, omdat het onderzoek daardoor niet zou worden opgehouden. De weigering het voorafgaand overleg toe te staan werd dan ook in strijd geacht met artikel 50 lid 1 Sv. Het hof vond deze schending echter voldoende gecompenseerd omdat de raadsvrouw wel het verhoor mocht bijwonen en omdat het verhoor, zij het na enig aandringen, was onderbroken om de raadsvrouw in de gelegenheid te stellen zich met haar cliënt te onderhouden. De Hoge Raad acht het oordeel van het hof juist, temeer omdat de verdachte gedurende het verhoor had volhard bij zijn ontkennende verklaring, zodat hij door de omstandigheid dat hem niet eerder was toegestaan een onderhoud met zijn raadsvrouw te hebben, redelijkerwijs niet in zijn belangen was geschaad⁶⁴¹.

Zeer ruim wordt het begrip 'ophouden van het onderzoek' geïnterpreteerd door de rechtbank Den Bosch. Deze rechtbank overweegt naar aanleiding van een klacht waarin de raadsman om 8.45 uur toegang vraagt tot de avond daarvoor in verzekeringgestelde verdachte en deze toegang geweigerd werd omdat de verdachte nog niet was gehoord:

"Het belang van strafvordering brengt met zich dat de politie binnen betrekkelijk korte tijd na de in verzekeringstelling van de verdachte de gelegenheid heeft om de verdachte te horen, waarna (onderstr. TS) de raadsman toegang krijgt tot de verdachte. Genoemde betrekkelijk korte tijd kan, in het licht van het tijdstip van in verzekeringstelling en gelet op de 'voor de nachtrust bestemde tijd' verlengd worden met de daarvoor bestemde uren"⁶⁴².

Deze uitspraak impliceert dat de politie, ook als zij niet bezig is met een verhoor van de verdachte, de raadsman de toegang tot de verdachte kan weigeren als de verdachte nog niet is gehoord.

640 HR 09-10-1984, NJ 1985, 217.

641 HR 06-07-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 139.

642 Rb Den Bosch 01-09-1995, NJ 1996, 29.

Samengevat kan worden geconcludeerd dat in de beginfase van het onderzoek, met name in de periode van de in verzekeringstelling, snel wordt aangenomen dat door het vrij verkeer het onderzoek wordt opgehouden. Alleen als de verdachte al langere tijd in voorlopige hechtenis verblijft, zullen er concrete feiten of omstandigheden moeten worden aangevoerd waarom overleg, bijvoorbeeld voorafgaande aan een verhoor, het onderzoek zal ophouden⁶⁴³.

2.9.3 *Beperkingen op grond van artikel 50 lid 2 Sv*

De leden 2-4 van artikel 50 Sv luiden:

1. Indien uit bepaalde omstandigheden een ernstig vermoeden voortvloeit dat het vrij verkeer tussen raadsman en verdachte hetzij zal strekken om de verdachte bekend te maken met eenige omstandigheid waarvan hij in het belang van het onderzoek tijdelijk onkundig moet blijven, hetzij wordt misbruikt voor pogingen om de opsporing der waarheid te belemmeren, kan tijdens het gerechtelijk vooronderzoek de rechter-commissaris, en overigens tijdens het voorbereidend onderzoek de officier van justitie, telkens bevelen dat de raadsman geen toegang tot den verdachte zal hebben of dezen niet alleen zal mogen spreken en dat brieven of andere stukken, tusschen raadsman en verdachte gewisseld, niet zullen worden uitgereikt. Het bevel beschrijft de bepaalde omstandigheden in den voorgaanden zin bedoeld; het beperkt de vrijheid van verkeer tusschen raadsman en verdachte niet meer en wordt voor niet langer gegeven, dan door die omstandigheden wordt gevorderd, en is in elk geval slechts gedurende ten hoogste zes dagen van kracht. Van het bevel geschiedt schriftelijke mededeling aan den raadsman en aan den verdachte.
2. De rechter-commissaris of de officier van justitie onderwerpt het bevel onverwijld aan het oordeel van de rechtbank, waartoe hij behoort. De rechtbank beslist zo spoedig mogelijk na den raadsman te hebben gehoord, althans schriftelijk opgeroepen. De rechtbank kan bij hare beslissing het bevel opheffen, wijzigen of aanvullen.
3. Alle belemmeringen van het vrij verkeer tussen raadsman en verdachte, welke ingevolge een der beide voorgaande leden bevolen zijn, nemen een einde zodra het gerechtelijk vooronderzoek is gesloten of geëindigd, of, ingeval een gerechtelijk vooronderzoek niet heeft plaatsgehad, zodra de kennisgeving van verdere vervolging of de dagvaarding ter terechtzitting in eerste aanleg aan de verdachte is betekend.

In hoofdstuk 2 is beschreven dat over de precieze redactie van artikel 50 Sv tijdens de parlementaire behandeling behoorlijk is gestreden⁶⁴⁴. In het oorspronkelijk ontwerp ontbraken de leden 2 tot en met 4 en was op het vrij verkeer in beginsel geen andere beperking toegestaan dan in het eerste lid weergegeven, namelijk 'het vereischte toezicht', "met inachtneming van de huishoudelijke reglementen" en 'zonder dat het onderzoek daardoor mag worden opgehouden'⁶⁴⁵. Dit stuitte tijdens de parlementaire behandeling op ernstige bezwaren. Men was bang dat als een advocaat vrije toegang zou hebben tot de verdachte het onderzoek

643 Zie voor de jurisprudentie van het EHRM § 2.11.11 en § 2.11.12.

644 Zie voor de parlementaire behandeling van art. 50 Sv § 1.3.1.

645 TK 1913-1914, 286.

naar de waarheid ernstig zou (kunnen) worden belemmerd, niet alleen omdat advocaten misbruik zouden kunnen maken van het vrij verkeer, maar ook omdat de druk die door de voorlopige hechtenis op de verdachte wordt uitgeoefend om mee te werken aan het onderzoek zou kunnen verminderen, als de verdachte door een raadsman zou worden geïnformeerd en geadviseerd over zijn rechtspositie en proceshouding. Over de mogelijke beperkingen op het vrij verkeer is uitvoerig gedebatteerd, met name over de omvang van de discretionaire bevoegdheid van de rechter en de officier van justitie om het vrij verkeer te beperken c.q. te ontzeggen. Uiteindelijk zijn in het tweede lid van artikel 50 Sv twee gronden opgenomen die de beperking van het vrij verkeer mogelijk maken:

1. De eerste beperkingsgrond is gelegen in het belang van het onderzoek in de situatie dat de verdachte van bepaalde omstandigheden tijdelijk onkundig moet blijven, terwijl zijn raadsman hem daarover zou kunnen inlichten. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als de raadsman een getuigenverhoor bij de rechter-commissaris heeft bijgewoond, waar de verdachte, zoals gebruikelijk in het vooronderzoek, niet bij aanwezig is geweest en de officier van justitie of rechter van mening is, dat de verdachte daar via zijn raadsman voorlopig ook niet van op de hoogte zou mogen komen;
2. De tweede beperkingsgrond heeft betrekking op de situatie dat het vrij verkeer door de raadsman wordt misbruikt. Uit de tekst kan worden afgeleid dat van misbruik sprake is als de raadsman pogingen doet om de opsporing van de waarheid te belemmeren.

Om zoveel mogelijk te voorkomen dat de beperking van het vrij verkeer in de praktijk meer regel dan uitzondering zullen worden, is voorzien in een aantal waarborgen die het lichtvaardig opleggen ervan zoveel mogelijk aan banden moet leggen:

- het bevel moet de omstandigheid beschrijven die aanleiding is voor de beperking van het vrij verkeer;
- de terminologie 'wordt misbruikt' veronderstelt dat er feiten en omstandigheden moeten zijn die een ernstig vermoeden van misbruik rechtvaardigen en uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat het moet gaan om dreigend misbruik in de zaak waarin de advocaat de verdachte bijstaat. Eerder misbruik of misbruik in een andere zaak kan derhalve geen grond zijn voor een beperking van het vrij verkeer⁶⁴⁶;
- de beperking van het vrij verkeer moet zo kort mogelijk duren en er moet worden gekozen voor de minst beperkende maatregel;
- het bevel moet zijn gemotiveerd en schriftelijk aan de raadsman en verdachte worden medegedeeld;
- het bevel mag hoogstens voor de duur van 6 dagen worden opgelegd;

646 Handelingen TK 1919-1920, p. 1944-1947 en p. 1966-1967 en EK 1920-1921, 18, nr. 10a, p. 8-9 en p. 67.

het bevel moet door de rechter of officier van justitie altijd aan het oordeel van de rechtbank worden onderworpen, die de raadsman moet horen en een beslissing moet nemen over de gegrondheid van het bevel en het bevel kan opheffen, aanvullen of wijzigen.

Verder zijn nog de navolgende procedurele aspecten van belang. Bij een GVO is uitsluitend de RC en niet de officier van justitie bevoegd het bevel te geven, ook indien het opsporingsonderzoek naar het feit waarvoor het GVO geopend is doorloopt⁶⁴⁷. Tegen de opheffing van het bevel beperking van het vrij verkeer van de officier van justitie door de rechtbank staat voor de officier geen hoger beroep open⁶⁴⁸.

Alhoewel er een maximale termijn is opgenomen van 6 dagen, kan een beperking van het vrij verkeer veel langer duren omdat het bevel steeds opnieuw kan worden gegeven⁶⁴⁹. Ieder nieuw bevel moet echter door de rechtbank worden goetst. De Algemene Termijnenwet is op de termijn van 6 dagen ingevolge artikel 593 lid 1 Sv niet van toepassing zodat ook de zaterdag en zondag meegeteld moeten worden. Ingevolge het vierde lid vervallen alle belemmeringen bij de sluiting of beëindiging van het GVO of zodra de kennisgeving van verdere vervolging of dagvaarding in eerste aanleg aan de verdachte is betekend. Deze regeling is analoog aan die van artikel 55 Sv, waarin het tijdstip is vastgesteld waarop aan de verdachte de kennisneming van alle processtukken niet meer kan worden onthouden. In dat geval vervalt ook de ratio van de opgelegde beperkingen en kan in beginsel het onderzoek naar de waarheid, dat wordt verondersteld dan te zijn afgerond, ook niet meer door de raadsman worden belemmerd.

Voorgeschreven is ook dat moet worden gekozen voor de minst beperkende maatregel. Voor het bezoek zijn in artikel 50 lid 2 Sv de alternatieven aangegeven. Zo kan de toegang van de raadsman worden ontzegd of kan worden bepaald dat de raadsman de verdachte alleen onder toezicht zal kunnen spreken. Het is echter volgens de tekst van het tweede lid van artikel 50 Sv niet de bedoeling dat ook de correspondentie gradueel zou kunnen worden beperkt, bijvoorbeeld dat zou kunnen worden bepaald dat de correspondentie door de RC of OvJ wordt gelezen voordat deze wordt uitgereikt. Bij correspondentie kan alleen worden bepaald dat deze niet wordt uitgereikt; deze mag niet inhoudelijk worden gecontroleerd⁶⁵⁰. Als het doel van de maatregel is te voorkomen dat de raadsman de verdachte op de hoogte brengt van bepaalde feiten of omstandigheden, dan is het in de praktijk moeilijk denkbaar dat een minder beperkende maatregel zal worden opgelegd dan een algeheel verbod op mondeling en schriftelijk contact. Het is ook de vraag of een bevel dat het bezoek onder toezicht moet plaatsvinden, zinvol is, omdat hiermee niet wordt voorkomen dat informatie tussen de raadsman en de verdachte wordt uitgewisseld, omdat de raadsman niet geïnstrueerd kan

647 HR 11-10-1991, NJ 1993, 165.

648 Hof Den Bosch 25-03-1948, NJ 1949, 34: de beschikking van de rechtbank is geen beschikking op een vordering van het OM zodat art. 446 Sv niet van toepassing is.

649 EK 1920-1921, 18, nr. 10a, p. 8-9.

650 Blok/Besier 1925/1926 I, p. 177-179.

worden over wat hij wel en niet met zijn cliënt mag bespreken. Indien er een maatregel ex artikel 50 lid 2 Sv wordt getroffen, blijkt in de praktijk dan ook meestal de meest verstrekkende maatregel te worden getroffen, namelijk dat de raadsman geen toegang zal hebben tot de verdachte en dat brieven of andere stukken tussen raadsman en verdachte over en weer niet zullen worden uitgereikt⁶⁵¹. Van praktisch belang is wel, dat de maatregel ook voor een kortere termijn kan worden opgelegd dan voor de duur van 6 dagen, bijvoorbeeld voor de duur van de eerste termijn van de inverzekeringstelling, of voor de periode die de politie nodig heeft om een getuige of medeverdachte te horen.

2.9.3.1 *Misbruik van vrij verkeer*

Van misbruik van vrij verkeer is volgens het tweede lid van artikel 50 Sv sprake als de raadsman pogingen doet de opsporing van de waarheid te belemmeren. In § 2.7.2. is opgemerkt dat het communis opinio is dat de raadsman bij de belangenbehartiging van zijn cliënt de wet niet mag overtreden, geen bewijsmateriaal mag vernietigen, verduisteren of laten verdwijnen en getuigen niet mag bewegen onware verklaringen af te leggen⁶⁵². Dergelijke handelingen zijn, los van de omstandigheid of de cliënt nu al of niet gedetineerd is, ontoelaatbaar⁶⁵³. Als de raadsman de vertrouwelijke contacten met zijn gedetineerde cliënt gebruikt om dergelijke handelingen af te spreken, dan is er sprake van misbruik van vrij verkeer⁶⁵⁴. Verdedigbaar is ook dat de raadsman verplicht is de consequenties van de strafvorderlijke dwangmaatregelen die in het kader van de opsporing van de waarheid aan de verdachte worden opgelegd te respecteren. Dit speelt met name in de situatie dat aan de voorlopig gehechte verdachte wegens collusiegevaar ingevolge de artikelen 222 en 225 Invoeringswet Wetboek van Strafvordering beperkingen zijn opgelegd in contacten met derden⁶⁵⁵. In dat geval mag de raadsman de strekking van deze maatregelen niet frustreren, door als doorgeefluik voor de verdachte naar derden (of omgekeerd van derden naar de verdachte) te fungeren⁶⁵⁶.

651 Er is mij geen geval bekend waarin een minder verstrekkende maatregel, bijvoorbeeld alleen bezoek onder toezicht, is opgelegd.

652 Daarbij is verwezen naar Mols 1993, p. 16; De Roos 1995, p. 159-160; De Roos, Vademecum Strafzaken, suppl. 83, 2.2.; Tutorius, Vademecum Strafzaken, suppl. 1, 1.6.3.a.; Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 8 bij de art. 37-51; Korvinus 1994, p. 73.

653 Overigens kan het manipuleren van bewijs op zichzelf al een strafbaar feit vormen. Te denken valt aan uitlokking van meened bij het beïnvloeden van getuigen of heling bij het in bewaaring nemen van voorwerpen die deel uitmaken van het strafbare feit.

654 Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 12 bij art. 50 Sv. Van misbruik van vrij verkeer kan ook gesproken worden als de advocaat zijn cliënt buiten medeweten van de autoriteiten voorziet van drugs of vervangende drugs zoals methadon. Dit is echter in beginsel geen misbruik dat betrekking heeft op een belemmering van de waarheidsvinding, maar vormt eerder een schending van de voorwaarden waaronder de raadsman wordt toegestaan zijn cliënt te bezoeken.

655 Artikel 6 lid 2, a Besluit Inverzekeringstelling.

656 Prakken, Melai suppl. 177, aant. 12 bij art. 50 Sv geeft aan dat de raadsman dergelijke op de wet gebaseerde beperkingen heeft te respecteren, maar dat deze wel problematisch kunnen zijn omdat zij de verdachte zozeer kunnen beperken in zijn verdedigingsmogelijkheden dat zij in strijd komen met artikel 6 lid 1 en lid 3 EVRM.

Er zijn maar twee (gepubliceerde) uitspraken bekend, waarin het contact tussen de raadsman en de verdachte op grond van artikel 50 lid 2 Sv is ontzegd op grond van misbruik van vrij verkeer. De eerste uitspraak dateert uit 1940 en is afkomstig van de rechtbank Amsterdam⁶⁵⁷. In deze zaak was het vermoeden van misbruik bij de RC ontstaan door de uitlatingen van de raadsman aan de RC, dat de raadsman wel overtuigd was van de schuld van de verdachte, maar dat het slechts zijn taak was de verdachte bij te staan in het aantonen dat het wettig bewijs ontbrak. Het is opmerkelijk dat deze, op zichzelf legitieme taakopvatting (waarbij het overigens bizar is dat de raadsman wel aan de RC meedeelt van de schuld van zijn cliënt overtuigd te zijn) het vermoeden van misbruik van vrij verkeer bij de RC doet ontstaan. De omstandigheid die aanleiding is tot het ontzeggen van het vrij verkeer is echter dat de RC van twee getuigen in de zaak heeft vernomen dat de raadsman met een van hen heeft gesproken en daarbij de getuige heeft voorgesteld om verklaringen af te leggen die de opsporing van de waarheid rechtstreeks belemmeren. Hier was dus kennelijk sprake van het uitlokken van een meinedige verklaring. De tweede uitspraak is uit 1955 van de rechtbank Dordrecht⁶⁵⁸. Ook hier gaat het om een beschikking van de RC gebaseerd op de omstandigheid dat de raadsman van de verdachte een getuige heeft benaderd. In deze zaak is echter geenszins vastgesteld dat de raadsman de getuige zou hebben bewerkt om een verklaring in strijd met de waarheid af te leggen. De rechtbank overweegt:

"dat Mr. Y zelfstandig en buiten voorkennis van den RC., tijdens het gerechtelijk vooronderzoek, den voor het onderzoek in de strafzaak tegen S. voornoemd belangrijke getuige L.B. v.d. S. heeft gehoord en de resultaten van dat verhoor aan gemelden verd. heeft medegedeeld; O. dat uit deze omstandigheden een ernstig vermoeden voortvloeit, dat het vrije verkeer tussen verd. en diens raadsman zal worden misbruikt voor pogingen om de opsporing der waarheid te belemmeren".

Uit deze overwegingen blijkt dat het wantrouwen tegenover een advocaat die in het kader van de verdediging zelfstandig opereert erg groot is. Het opnemen van contact met een getuige en de resultaten daarvan aan de cliënt mededelen, ook al is dit buiten de RC om gebeurd, zijn op zichzelf volstreekte legitieme handelingen in het kader van de verdediging, waaruit nog geen conclusie kan worden getrokken dat er pogingen worden gedaan de opsporing van de waarheid te belemmeren.

Uit de geringe jurisprudentie zou kunnen worden afgeleid dat het nauwelijks voorkomt dat het vrij verkeer wordt ontzegd op grond van misbruik wegens belemmering van de waarheidsvinding. Als de justitiële autoriteiten de advocaat verdenken van misbruik van vrij verkeer wordt er eerder voor gekozen de tuchtrechtelijke weg te bewandelen, wellicht omdat eventueel misbruik vaak pas aan het licht komt op een moment dat het geen zin meer heeft het vrij verkeer te beperken. Deze tuchtrechtelijke jurisprudentie wordt besproken in § 3.9.2.

657 Rb Amsterdam 03-05-1940, NJ 1940, 494.

658 Rb Dordrecht 19-03-1955, NJ 1955, 633.

2.9.3.2 *Omstandigheden waarvan de verdachte tijdelijk onkundig moet blijven*

Verreweg de meeste jurisprudentie met betrekking tot artikel 50 lid 2 Sv heeft betrekking op beperkingen die zijn opgelegd omdat de verdachte tijdelijk onkundig moet blijven van bepaalde informatie waarover zijn raadsman wel beschikt. Ook deze jurisprudentie is niet omvangrijk; het gaat om acht gepubliceerde zaken⁶⁵⁹. Alle gevallen hebben betrekking op de situatie dat één raadsman meer verdachten in dezelfde zaak bijstaat, of dat kantoorgenoten meer verdachten in één zaak bijstaan, of raadslieden van meerder verdachten in dezelfde zaak over en weer uitwisselen welke verklaringen hun cliënten hebben afgelegd en dit aan hun cliënten doorgeven. In deze zaken gaat het steeds om de vraag of uit deze omstandigheden een ernstig vermoeden voortvloeit dat het vrije verkeer zal strekken om de verdachte bekend te maken met "eenige omstandigheid, waarvan hij in het belang van het onderzoek tijdelijk onkundig moet blijven". De jurisprudentie is verdeeld. In vier gevallen is de rechtbank bij de toetsing van het bevel van oordeel dat de hiervoor genoemde omstandigheden op zichzelf geen ernstig vermoeden rechtvaardigen dat de verdachte bekend wordt gemaakt met een omstandigheid waarvan hij in het belang van het onderzoek tijdelijk onkundig moet blijven. Bij een bevel waarover de rechtbank Maastricht moest oordelen ging het om twee raadslieden die onderling contact hadden gehad over de verklaringen die hun cliënten, medeverdachten in een zaak, tegenover de politie hadden afgelegd. De officier van justitie ontzegde het vrije verkeer ten aanzien van beide raadslieden op grond van het onderzoeksbelang en op grond van misbruik. Hij stelde dit op de omstandigheden dat de raadslieden was medegedeeld dat sprake was van tegenstrijdige belangen omdat de verdachten andersluidende verklaringen hadden afgelegd, dat de ene verdachte via de raadslieden in kennis was gesteld van de ontkennende verklaring van de andere verdachte en via zijn raadsman had vernomen dat er nog een derde persoon bij de affaire zou zijn betrokken. Ten aanzien van de eerste grond overweegt de rechtbank dat artikel 50 Sv niet beoogt te waken over de mogelijk tegengestelde belangen van verdachten die uiteenlopende verklaringen afleggen en ieders belang bij een eigen verdediging. De rechtbank is van oordeel dat de belangen van de verdachten geen grondslag kunnen vormen voor het beperken van het vrij verkeer, omdat deze maatregel alleen mag worden genomen in het belang van het onderzoek. Met betrekking tot het onderling contact dat de raadslieden hebben gehad en het feit dat een van de verdachten via zijn raadsman op de hoogte is gebracht van de ontkennende verklaring van de andere verdachte en van diens verklaring dat er nog een derde in het spel zou zijn, is de rechtbank van oordeel dat uit deze omstandigheden op zichzelf niet het ernstige vermoeden voortvloeide dat het vrij verkeer zou strekken om de verdachte op de hoogte te brengen van een omstandigheid waarvan hij in het belang van het onderzoek tijdelijk onkundig zou moeten blijven of dat het vrij verkeer zou worden misbruikt om de opsporing te belemmeren⁶⁶⁰. De rechtbank Alkmaar besliste tweemaal dat het bijstaan van meer ontkennende verdachten in één zaak,

659 Volgens de stand van zaken op 1 september 2000.

660 Rb Maastricht 19-09-1975, NJ 1976, 195.

hetgeen impliceert dat de raadsman de verdachten over en weer op de hoogte zal houden van de stand van zaken van het onderzoek en van elkaars verklaringen, op zichzelf geen omstandigheid oplevert het vrij verkeer te beperken. Deze mogelijkheid is immers aanwezig bij iedere zaak met meer ontkennende verdachten waarin één raadsman optreedt⁶⁶¹. In een zaak, waarin eveneens de rechtbank Alkmaar moest oordelen over de toelaatbaarheid van het bevel beperking van het vrij verkeer, werden twee medeverdachten bijgestaan door twee raadslieden van één kantoor. Bijzonder was verder dat ten aanzien van één van de verdachten door de RC beperkingen waren opgelegd op grond van artikel 225 Invoeringswet Wetboek van Strafvordering. Deze verdachte mocht geen andere contacten onderhouden dan met politie, justitie en zijn advocaat. Het bezwaar van de officier van justitie was dat de mogelijkheid bestond dat de raadsvrouw van de verdachte die geen contacten mocht hebben met de buitenwereld, via haar kantoorgenoot die optrad voor de medeverdachte op de hoogte zou kunnen komen van diens verklaringen en deze informatie zou kunnen doorspelen aan haar cliënt. De rechtbank was echter van oordeel dat het bevel niet in stand kon blijven omdat uit de omstandigheid dat de verdachten werden bijgestaan door twee kantoorgenoten op zichzelf niet zonder meer als een 'bepaalde omstandigheid' in de zin van artikel 50 lid 2 Sv kan worden aangemerkt⁶⁶².

Het opsporingsbelang in deze zaken is duidelijk: men wil niet dat verdachten in eenzelfde zaak via hun raadsman of raadslieden op de hoogte komen van elkaars verklaringen en zo in de gelegenheid worden gesteld hun verklaringen op elkaar af te stemmen of eventueel te volharden in een ontkennen. Bovendien speelt ook nog mee, dat de onzekerheid van de verdachte over de verklaring van de medeverdachte voor de politie een psychologische voorsprong bij het verhoor oplevert, die wordt weggenomen als de verdachte via zijn raadsman weet wat de andere verdachte heeft verklaard. In de hiervoor genoemde zaken vindt de rechtbank dit gegeven niet voldoende om het vrij verkeer te beperken. Op zichzelf past dat ook in het systeem van strafvordering waarin de verdachte vrij is om te verklaren zoals hij dat wil en waarin slechts door middel van een bevel beperkingen op grond van de artikelen 222 en 225 Invoeringswet Wetboek van Strafvordering zijn contacten met derden kunnen worden verboden. In de laatstgenoemde uitspraak van de rechtbank Alkmaar is sprake van een dergelijk bevel beperkingen en in deze zaak is de ontzegging van het vrij verkeer gestoeld op de veronderstelling dat de raadsvrouw van de verdachte die geen contact mag hebben met derden, desalniettemin informatie zal doorgeven aan haar kantoorgenoot die de medeverdachte bijstaat of informatie over deze medeverdachte zal doorgeven aan haar cliënt. Dit zou op zichzelf niet toelaatbaar zijn en misbruik van vrij verkeer zijn. Omdat in deze zaak hiervoor geen concrete aanwijzingen waren, werd het bevel beperkingen vrij verkeer opgeheven⁶⁶³.

661 Rb Alkmaar 30-04-1974, NJ 1975, 316; Rb Alkmaar 15-01-1987, NJ 1987, 547.

662 Rb Alkmaar 09-01-1986, NJB 1986, p. 878.

663 De officier van justitie had in deze zaak het bevel gegeven met de overweging "dat uit het vorenoverwogene een ernstig vermoeden voortvloeit dat het vrije verkeer *kan* (cursief TS) strekken om de verdachte bekend te maken met enige omstandigheid waarvan hij in het be-

Geheel anders wordt geoordeeld in de andere vier gevallen. Daarin gaat het steeds om de situatie dat één raadsman voor meer verdachten in dezelfde zaak optreedt en wordt zonder meer geconcludeerd dat deze omstandigheid het ernstige vermoeden wettigt, dat het vrije verkeer ertoe zal strekken de verdachte bekend te maken met een omstandigheid waarvan hij tijdelijk onkundig moet blijven⁶⁶⁴. Daarbij wordt er geen kwade trouw verondersteld bij de raadsman maar wordt ervan uitgegaan dat een behoorlijke taakuitoefening van de raadsman met zich mee zal brengen dat de raadsman, in de fase dat er (nog) geen tegenstrijdige belangen zijn, de verdachten over en weer op de hoogte zal houden. Dit wordt gezien als een ervaringsgegeven, dat niet nader door andere feiten of omstandigheden hoeft te worden onderbouwd. Deze redenering is ook terug te vinden in de wetsgeschiedenis, waarin de minister in zijn toelichting op artikel 47 (later art. 50) in de Nota van wijzigingen⁶⁶⁵ als een mogelijke omstandigheid noemt het vrij verkeer te beperken:

"Voorts is ook de consciëntieuze raadsman, naar vrij algemeen wordt aangenomen, niet gerechtigd zijn cliënt onkundig te laten van hetgeen hem onttrent diens zaak is bekend geworden. Zijn er in eene zaak meerdere verdachten, die alle denzelfden raadsman hebben, dan zal dientengevolge het vrije verkeer tusschen raadsman en verdachte van zelf strekken om tusschen de verklaringen der onderscheiden verdachten tegenstrijdigheden, welke tot opsporing der waarheid zouden kunnen bijdragen, weg te nemen of te voorkomen"⁶⁶⁶.

Het is ook op grond van deze passage in de wetsgeschiedenis dat de minister van justitie aan de Algemene Raad van de NOvA schrijft dat het buiten twijfel geacht moet worden dat de officier van justitie in de fase van de invezekeringstelling in dit soort gevallen van de hem in artikel 50 lid 2 gegeven bevoegdheid gebruik kan maken, wanneer het belang van het onderzoek dat eist⁶⁶⁷.

lang van het onderzoek tijdelijk onkundig moet blijven". In de wetstekst van artikel 50 lid 2 Sv staat in plaats van 'kan' 'zal', waaruit kan worden afgeleid dat het niet mag gaan om een mogelijkheid, maar om een waarschijnlijkheid.

664 Rb Arnhem 22-03-1979, NJ 1979, 298; Rb Leeuwarden 15-03-1978, NJ 1978, 427; Rb Breda 16-05-1988, NJ 1988, 769; Rb Amsterdam 06-02-1998, NJ 1998, 322 (in deze zaak heeft de rechtbank bovendien uitgemaakt dat de omstandigheden op grond waarvan het bevel beperkingen vrij verkeer is gegeven door de OvJ in raadkamer kunnen worden aangevuld). Overigens was er in geen van deze gevallen sprake van een bevel beperkingen op grond van de art. 222 en 225 Invoeringswet Wetboek van Strafvordering, inhoudende dat de verdachten geen contacten met de buitenwereld, waaronder medeverdachten, zouden mogen onderhouden.

665 TK 1919-1920, 18, nr. 1, p. 4.

666 Zie in gelijke zin Blok/Besier 1925/1926 I, p. 173.

667 Brief van de minister van justitie aan de Algemene Raad Nederlandse Orde van Advocaten van 16 februari 1979, Dir. O.R.R. no. 279 P 879, inzake Toelating raadsliden tot meerdere invezekeringgestelde verdachten, opgenomen in de bijlagen T&C Sv 1999, p. 1927. De inhoud van deze brief is opgenomen in de Aanwijzing Invezekeringstelling van 15 februari 2000, Stert. 2000, 43, in werking getreden op 15 maart 2000. Hierin staat tevens vermeld dat de officier van justitie, om te beoordelen of hij gebruik zal maken van zijn bevoegdheid ex art. 50 lid 2 Sv, over informatie moet beschikken met betrekking tot de aard, toedracht en bijzonderheden van de zaak, waartoe de politie de officier van justitie moet informeren. De politie heeft niet zelf de bevoegdheid een bevel als bedoeld in art. 50 lid 2 Sv te geven.

Ook de rechtbank Breda neemt deze stelling in, maar overweegt bovendien dat de beperking van het vrij verkeer in een dergelijke situatie, een risico is waarmee de raadsman die zich voor meer verdachten in hetzelfde feitencomplex stelt, rekening heeft te houden⁶⁶⁸:

"In het algemeen kan worden onderschreven de stellingname van de OvJ dat een behoorlijke uitoefening van een raadsman mee zal brengen dat hij zijn cliënt zo volledig mogelijk op de hoogte zal stellen en houden van al hetgeen in het onderzoek voor zijn cliënt van betekenis is.

Van algemene bekendheid in de kring der betrokkenen bij de rechtspleging is voorts dat zich tijdens opsporingsonderzoeken velerlei ontwikkelingen kunnen voordoen waarvan de politie zich de kennis zal voorbehouden totdat het tactisch geschikte ogenblik aanwezig wordt geacht om deze kennis aan verdachten voor te leggen. Indien verschillende personen verdachten zijn in een zelfde feitencomplex kan de geschiktheid van dat moment per verdachte variëren. Voor de rechtsorde die gebaat is bij opheldering van misdrijven, is het van eminent belang dat de politie kan blijven beschikken over deze legitieme mogelijkheden tot het bepalen en inzetten van opsporingsstrategie en opsporingstactiek. Van dit soort overwegingen dient een raadsman in strafzaken zich bewust te zijn en als uitgangspunt mag gelden dat iedere raadsman die zich aanmeldt als gekozen advocaat voor een verdachte zich daarvan in feite ook bewust is. Vanuit een dergelijke bewustheid moet zijn optreden dan ook worden beoordeeld, waarbij in het midden kan blijven of de raadsman metterdaad zich al of niet deze achtergrond heeft gerealiseerd.

In het onderhavige geval was het onderzoek naar het bewuste misdrijf nog niet voltooid. Verdachte B. had de naam van zijn mededader nog niet willen noemen. De B., die als medeverdachte werd aangemerkt, zulks op gronden die de verdenking konden dragen, ontkende. Wat verdachte De B. vervolgens als houding tegenover de politie zou gaan aannemen, en welke verklaringen hij zou gaan afleggen, was onzeker. Op voorhand kon er, op grond van algemene ervaringsregels in het opsporingsonderzoek, vanuit worden gegaan dat hij verklaringen zou gaan afleggen, die mogelijk aanleiding zouden geven tot verdere naspeuringen. Zeer wel denkbaar was dat de eventuele verklaringen van de verdachte De B. er weer toe zouden hebben geleid dat confrontatie van de verdachte B. daarmee nodig was op een door de politie daartoe geschikt te oordelen tijdstip.

Indien een raadsman zich in een opsporingsonderzoek waarin twee verdachten zijn betrokken stelt voor beide verdachten, wekt hij daardoor nolens volens de indruk deze hiervoor geschilderde algemene ervaringsgegevens met betrekking tot opsporingsonderzoeken te miskennen. Hierdoor kan de OvJ aan diens verzoek om toelating de gerechtvaardigde vrees ontlenen dat, in het vrije verkeer tussen de raadsman en de beide verdachten, de verdachte in kwestie direct of indirect bekend geraakt met, c.q. vermoedens gaat koesteren omtrent enigerlei omstandigheid waarvan deze, in het belang van het onderzoek, tijdelijk onkundig zou dienen te blijven.

Op grond van deze overwegingen is de Rb. van mening dat het bevel van de OvJ met juistheid van gronden is gegeven, en dat er geen redenen zijn om aan dit bevel, achteraf, de rechtmatigheid te ontfagen".

⁶⁶⁸ Rb Breda 16-05-1988, NJ 1988, 769.

2.9.3.3 De consequenties van de beperkende maatregelen op grond van artikel 50 lid 2 Sv

Hoewel uit de hiervoor besproken jurisprudentie blijkt dat een beperking van het vrij verkeer in de praktijk niet zoveel voorkomt, moet niet onderschat worden wat de dreiging dat dit middel door de officier van justitie of de RC kan worden gebruikt, voor invloed heeft op de verdediging in de praktijk.

Het is op zichzelf verdedigbaar en legitiem, dat er mogelijkheden bestaan om in te grijpen in het vrij verkeer als hiervan misbruik wordt gemaakt, mits aan de voorwaarde wordt voldaan dat er concrete en aanwijsbare omstandigheden zijn die een ernstig vermoeden kunnen rechtvaardigen dat het vrij verkeer inderdaad misbruikt wordt.

De beperking van het vrij verkeer met het oog op het onderzoeksbelang is uit oogpunt van het recht op verdediging veel problematischer dan de beperkingsmogelijkheid ingeval van misbruik en getuigt van de inquisitoire inslag van ons strafproces. Het doel van deze beperking is immers een deel van het onderzoek voor de verdachte geheim te houden en daarvoor wordt een relatief zwaar middel gebruikt, namelijk de ontzegging van rechtsbijstand⁶⁶⁹. Dit verstreckende gevolg leidt ertoe dat een raadsman zich in de praktijk niet zo snel bereid zal verklaren meer verdachten in één zaak bij te staan. Dit is waarschijnlijk ook de reden dat het relatief weinig voorkomt dat het vrij verkeer op deze grond wordt beperkt. De werking van artikel 50 lid 2 Sv is voornamelijk preventief. Daarnaast zijn er nog andere redenen op grond waarvan bijstand van meer verdachten in één zaak wordt vermeden. Er dreigt altijd het gevaar van tegenstrijdige belangen, met als gevolg dat de raadsman zich in alle betrokken zaken zal moeten terugtrekken⁶⁷⁰. Hiermee zijn de cliënten niet gediend, maar wordt ook een eigen belang van de raadsman geschaad: deze is dan alle zaken kwijt. Met name bij bijstand in het kader van de piketdienst, waarbij de raadsman voordat hij zijn cliënten bezoekt vaak nauwelijks of geen informatie heeft over de zaak en hij (tenzij er sprake is van een voorkeurspiket) de verdachten nooit eerder gesproken heeft, is het 'veilig' bij meer verdachten in één zaak, iedere verdachte te voorzien van een eigen piketadvocaat. In de praktijk komt het vaak voor dat de politie de advocaat die zich aandient in het kader van de piketdienst, nog voordat deze een van de verdachten heeft gesproken, waarschuwt voor het bestaan van tegenstrijdige belangen⁶⁷¹. Hoewel de toegang tot inverzekeringgestelde verdachten op deze grond niet kan worden geweigerd⁶⁷² en het de raadsman zelf is die moet uitmaken of er

669 Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 13 bij art. 50 Sv en Bakker Schut 1986 II. Uit een onderzoek uit 1992 van diverse West-Europese landen (Nederland, België, Luxemburg, Frankrijk, Duitsland, Italië) blijkt dat de mogelijkheid om het vrij verkeer te beperken, afgezien van Nederland, alleen in Italië mogelijk is, zie Mols e.a. 1992.

670 Regel 7 lid 1 Gedragsregels 1992, zie voor de problematiek van tegenstrijdige belangen verder § 3.8.7 e.v.

671 Zie in dit verband ook het piketreglement van de Raad voor Rechtsbijstand Leeuwarden, geciteerd in § 2.3.5.7.

672 Zie Rb Maastricht 19-09-1975, NJ 1976, 195.

daadwerkelijk sprake is van tegenstrijdige belangen⁶⁷³, vinden veel raadslieden het riskant met een dergelijke waarschuwing geen rekening te houden⁶⁷⁴. Bovendien blijft de mogelijkheid van overleg over de verdediging ook bestaan indien iedere verdachte voorzien is van een eigen raadsman. Het zal in een dergelijk geval veel moeilijker zijn het vrij verkeer te beperken⁶⁷⁵. Het kan echter zijn, dat verdachten in één zaak uitdrukkelijk kiezen voor de bijstand van dezelfde advocaat. Als de advocaat in overleg met zijn cliënten tot de conclusie komt dat er geen tegenstrijdige belangen zijn, dan kan hij in beginsel voor alle betrokken verdachten optreden, maar loopt hij wel het risico van uitsluiting van het vrij verkeer, waarbij het van de betrokken rechtbank zal afhangen of een dergelijk bevel wordt gehandhaafd⁶⁷⁶.

Helemaal problematisch uit oogpunt van het recht op verdediging is, als de raadsman met uitsluiting van zijn cliënt wordt toegelaten tot een onderzoekshandeling, bijvoorbeeld een getuigenverhoor, waarin informatie boven water komt die de RC doet besluiten dat het vrij verkeer moet worden ontzegd.

In alle gevallen waarin een uitsluiting van het vrij verkeer dreigt, zal de raadsman dit moeten voorzien en met de betrokken cliënten moeten overleggen of zij ondanks dit risico toch prijs stellen op bijstand door één raadsman, of – ingeval van het bijwonen van een onderzoekshandeling – moeten bespreken of hij deze wel zal bijwonen, als tevoren onduidelijk is of een uitsluiting van het vrij verkeer dreigt. Prakken is van mening dat van de RC zou kunnen worden gevraagd om, wanneer deze overweegt de raadsman die bepaalde dingen weet of gaat weten waarvan hij het onwenselijk vindt dat de verdachte die al te weten komt, van het vrij verkeer uit te sluiten, tevoren kenbaar te maken dat een ingrijpen in het vrij verkeer wordt overwogen. Zij acht het onaanvaardbaar de verdediging met zo'n besluit te overvallen, wanneer er geen sprake is van misbruik⁶⁷⁷. Opmerkelijk is overigens dat gevallen van uitsluiting van het vrij verkeer op de grond dat de raadsman bij een getuigenverhoor op de hoogte is gekomen van omstandigheden

673 Zie de door Bakker Schut 1986 II, aangehaalde uitspraak van het Hof Amsterdam d.d. 16 december 1981 (rolno. 230742-81, niet gepubliceerd) in de strafzaak tegen een aantal advocaten van het Advocatencollectief Amsterdam Noord, waarin was geklaagd dat de politie de toegang van raadslieden tot enkele gearresteerde advocaten had geweigerd omdat deze reeds optraden voor medeverdachten. Het Hof overweegt hierin dat de beslissing over de vraag of eenzelfde raadsman meerdere arrestanten zou kunnen bijstaan niet toekomt aan de officier van justitie of politie.

674 In het arrondissement Maastricht heeft de Raad van Toezicht met het parket en de rechtbank, naar aanleiding van klachten dat advocaten optraden voor cliënten met tegenstrijdige belangen, de afspraak gemaakt dat bij alle piket zaken met meer dan één verdachte, telkens maar één advocaat voor één verdachte zal optreden en dat geen kantoorgenoten voor medeverdachten zullen optreden. Deze afspraak is gemaakt ter voorkoming van onnodige en tijdrovende discussies over het al dan niet bestaan van tegenstrijdige belangen, zie Maastrichts Balie Bulletin 1999, jaargang 7 nr. 2, p. 5. Hoewel het de vraag is in hoeverre de individuele advocaat gebonden is aan een dergelijke afspraak, heeft deze tot effect, dat advocaten niet zo snel voor meer verdachten in een zaak zullen gaan optreden.

675 Rb Maastricht 19-09-1975, NJ 1976, 195; Rb Alkmaar 09-01-1986, NJB 1986, p. 878.

676 Zie voor de gedragsrechtelijke complicaties van het optreden voor meer verdachten in een zaak en tegenstrijdige belangen Prakken en Spronken 1999 en § 3.8.7 e.v.

677 Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 12 bij art. 50 Sv.

die zijn cliënt niet mag weten, in de (gepubliceerde) jurisprudentie niet voorkomen. Wellicht is de oorzaak hiervan dat de RC in het vooronderzoek op grond van artikel 186a Sv toch al de bevoegdheid heeft de raadsman in het belang van het onderzoek bij een getuigenverhoor te weren en als hij verwacht dat bij het getuigenverhoor informatie zal worden verkregen, waarvan de verdachte tijdelijk geen weet mag hebben, eerder tot uitsluiting van de raadsman van het getuigenverhoor zal overgaan, dan te moeten grijpen naar de beperking van het vrij verkeer, dat toch een paardenmiddel is.

2.9.3.4 Artikel 50a Sv

Uit het voorgaande blijkt dat het belang van het onderzoek, met name in de eerste fase van de vervolging, het recht op rechtsbijstand volledig kan frustreren. Tot 1 februari 2000 was de verdachte, die zelf niet kon voorzien in bijstand van een andere raadsman, gedurende het bevel beperkingen ex artikel 50 lid 2 Sv verstoken van rechtsbijstand. Omdat een dergelijke gevolg van de belemmering van het vrij verkeer op gespannen voet staat met het recht op rechtsbijstand in artikel 6 lid 3, c EVRM en artikel 14 lid 3, b IVBPR, in welke laatste bepaling ook expliciet het recht op contact met de raadsman is gegarandeerd en de verdachte part nog deel hoeft te hebben gehad in de omstandigheden die voor de rechter-commissaris of de officier van justitie aanleiding zijn het vrij verkeer te beperken, is in de Wet herziening GVO artikel 50a Sv opgenomen, waarin is bepaald dat voor de duur van de beperkingen onverwijld een raadsman wordt toegevoegd⁶⁷⁸. De Commissie Moons heeft de aanzet tot deze wetswijziging gegeven omdat zij tot de conclusie kwam dat het hier om een elementair verdedigingsrecht gaat, waarop geen beperkingen door de wetgever in het belang van het onderzoek toegelaten zijn⁶⁷⁹. De Commissie Moons suggereerde twee mogelijke oplossingen: opheffing van de wettelijke beperkingen en het bewandelen van de tuchtrechtelijke weg tegen de raadsman die ervan wordt verdacht misbruik te maken van het vrij verkeer, of toevoeging van een vervangende raadsman. De Commissie gaf aan de laatste oplossing de voorkeur omdat de Advocatenwet niet voorziet in een mogelijkheid om de raadsman hangende een onderzoek in de uitoefening van zijn beroep te schorsen en omdat er ook omstandigheden zouden kunnen zijn die een onmiddellijke belemmering van het optreden van de raadsman eisen, zodat een optreden van de Deken, ook al zou hij de bevoegdheid krijgen de raadsman te schorsen, niet zou kunnen worden afgewacht. Opmerkelijk is overigens dat hoewel de Commissie Moons beperkingen van het vrij verkeer in het belang van het onderzoek ontoelaatbaar achtte, in haar voorstel tot wijziging van artikel 50 Sv, het tweede lid van artikel 50 Sv, waarin de beperking in het belang van het onderzoek mogelijk wordt gemaakt, in stand liet⁶⁸⁰.

De wetgever heeft gekozen voor de toevoeging van een vervangende raadsman. Volgens de MvT strekken de werkzaamheden van de ingevolge artikel 50a Sv

678 Wet van 27 mei 1999 (Herziening GVO), Stb. 243, in werking getreden op 1 februari 2000.

679 Commissie Moons 1990, p. 125-127.

680 Commissie Moons 1990, p. 202.

toegevoegde advocaat er alleen toe, de belemmeringen in het contact van de verdachte en zijn raadsman te minimaliseren, omdat de aard van de beperkingen kunnen verschillen⁶⁸¹. Als er sprake is van een bezoekverbod, dan bezoekt de vervangende raadsman de verdachte. Zijn er beperkingen ten aanzien van de correspondentie, dan loopt de correspondentie via de vervangende raadsman. Als het vrij verkeer geheel wordt beperkt, dan neemt de vervangende raadsman voor de duur van deze beperking de hele verdediging op zich. De regeling gaat er dus van uit dat de oorspronkelijke raadsman tijdens het bevel beperkingen in functie blijft. De wetswijziging getuigt van weinig inzicht in de praktijk. Uit de wetsgeschiedenis blijkt niet dat men zich gerealiseerd heeft dat er nauwelijks gevallen te bedenken zijn waarbij het zinvol is alleen de correspondentie of alleen het bezoek toe te staan. Dat betekent dat de uitsluiting van het vrij verkeer, zo blijkt ook uit de jurisprudentie, altijd volledig zal zijn. Over de vraag of de toegevoegde – vervangende – raadsman met de oorspronkelijke raadsman over de verdediging mag communiceren en op welke wijze verdedigingstaken zouden moeten worden gecoördineerd, is in de wetsgeschiedenis niets te vinden. Dit getuigt van weinig inzicht in de problemen waarvoor de verdediging in de praktijk kan komen te staan als het vrij verkeer wordt beperkt. Gelet op de gronden waarop een bevel ex artikel 50 lid 2 Sv kan worden gebaseerd, lijkt het niet de bedoeling dat de vervangende raadsman via de oorspronkelijke raadsman van de informatie, waarvan de verdachte onkundig moet blijven, op de hoogte wordt gesteld. Toch zal de verdediging moeten worden overgedragen en zal ook over de verdedigingsstrategie overleg moeten plaatsvinden tussen de uitgesloten raadsman en de raadsman die hem tijdelijk vervangt. Hoe moet de raadsman nu handelen als hij beschikt over voor de verdediging belangrijke informatie? Duidelijk is dat hij deze niet mag doorgeven aan zijn cliënt en dat hij in het verlengde daarvan waarschijnlijk tuchtrechtelijk laakbaar handelt, als hij de vervangende raadsman van deze informatie in kennis stelt⁶⁸². Maar niets belet de raadsman, die gedurende de beperking van het vrij verkeer in functie blijft, in het belang van de verdediging op basis van de informatie die hij heeft gekregen actie te ondernemen, bijvoorbeeld door getuigen à décharge te benaderen of anderszins nadere informatie te verzamelen. Hierover kan hij echter weer niet overleggen met zijn cliënt en de vervangende raadsman. In feite zit de verdachte opgescheept met twee 'gehandicapte' raadslieden: de vervangende raadsman kan op korte termijn niet veel doen omdat hij zich eerst nog moet inwerken in de zaak en de oorspronkelijke raadsman kan niet veel doen omdat hij niet kan overleggen met zijn cliënt. Of de raadslieden onderling mogen overleggen is onduidelijk. Formeel lijkt het recht van de verdachte op rechtsbijstand gewaarborgd door de toevoeging van een vervangende raadsman gedurende de periode dat het vrij verkeer met zijn raadsman is beperkt, maar of dit ook

681 TK 1992-1993, 23 251, nr. 3, p. 15.

682 De Gedragsregels 1992 bevatten voor een dergelijke situatie geen specifieke regeling, maar aangenomen mag worden dat analoog wordt geredeneerd aan het in strijd handelen met de aan de verdachte opgelegde beperkingen ingevolge de art. 222 en 225 Invoeringswet Wetboek van Strafvordering, juncto Besluit in verzekeringstelling, hetgeen in strijd wordt geacht met art. 46 Advocatenwet, zie bijvoorbeeld RvD 's-Hertogenbosch 25-11-1996, Advocatenblad 1997, p. 879.

een praktisch effectieve regeling is valt sterk te betwijfelen. Gelet op het geringe aantal gevallen waarin het vrij verkeer op grond van artikel 50 Sv kan worden beperkt en de ruime mogelijkheden die de politie, de officier van justitie en de RC hebben om de verdachte en raadsman in het belang van het onderzoek uit te sluiten van onderzoekshandelingen en informatie, zou het zuiverder zijn geweest de regeling van de leden 2-4 van artikel 50 Sv te laten vervallen en eventueel misbruik van vrij verkeer via het tuchtrecht af te doen, zoals de Commissie Moons als eerste alternatief heeft voorgesteld, desnoods met een aanvulling van de tuchtprocedure in de Advocatenwet met een procedurele voorziening, die het mogelijk maakt de advocaat tijdelijk te verbieden in de strafzaak op te treden, als het misbruik van vrij verkeer daartoe aanleiding geeft.

2.9.4 *Samenvatting vrij verkeer*

Artikel 50 Sv reguleert het vertrouwelijk contact tussen de raadsman en zijn gedefinieerde cliënt. Het recht op toegang tot de cliënt ontstaat in beginsel vanaf het moment dat deze rechtens van zijn vrijheid is beroofd of dit nu op een politiebureau of in een penitentiare inrichting is. Naast het recht op toegang omvat het recht op vrij verkeer ook het recht op vertrouwelijk bezoek, ongecensureerde correspondentie en vertrouwelijk telefonisch contact. Artikel 50 Sv bevat verschillende beperkingsgronden voor het recht op vrij verkeer, die te onderscheiden zijn in:

- beperkingen die hun oorsprong vinden in het toezicht en de regulering binnen de inrichting, waarbij de veiligheid en het ordelijk verloop binnen de inrichting een belangrijke rol spelen;
- beperkingen die betrekking hebben op de voortgang van het onderzoek: het vrij verkeer kan worden beperkt als het onderzoek daardoor zou worden opgehouden;
- beperkingen die kunnen worden opgelegd als aangenomen mag worden dat het vrij verkeer zal worden misbruikt, bijvoorbeeld als de raadsman pogingen doet de opsporing van de waarheid te belemmeren;
- en beperkingen die kunnen worden opgelegd in het belang van het onderzoek als de verdachte door het vrij verkeer op de hoogte zou kunnen komen van feiten waarvan hij tijdelijk onkundig moet blijven.

Wat het toezicht en de regulering van het vrij verkeer binnen de penitentiare inrichting betreft is een ontwikkeling zichtbaar dat de mogelijkheden voor vrij verkeer, zowel wat het bezoek als het telefonisch contact betreft in toenemende mate worden beperkt en ondergeschikt gemaakt aan de interne organisatie van de penitentiare inrichting. Dit blijkt uit de invoering van de bloktijdenregeling en de telefoonregeling, die na de inwerkingtreding van de Penitentiare Beginselenwet in 1999 voor iedere inrichting op het minimale niveau is vastgesteld, terwijl voorheen door een groot aantal inrichtingen geen bloktijdenregeling of strikte telefoonregeling voor het vrij verkeer werd gehanteerd. Wat het toezicht betreft is geconstateerd dat er vanaf de tachtiger jaren een groeiende teneur is dat de advo-

catuur met wantrouwen wordt benaderd, hetgeen bijvoorbeeld blijkt uit het fouilleren en visiteren van gedetineerden na advocatenbezoek, striktere voorwaarden voor het verzenden van post, de controle van advocaten door een detectiepoort en het verbod van overhandigen van dossiers tijdens bezoek. Ook het toezicht tijdens het advocatenbezoek is de afgelopen 20 jaren verscherpt en in de Penitentiaire Beginselenwet is geformaliseerd dat de directeur van de inrichting extra toezichthoudende maatregelen kan treffen bij het advocatenbezoek als hij van mening is dat de gedetineerde de veiligheid van de advocaat in gevaar kan brengen.

Het gevolg van de toenemende controle op het vrij verkeer is dat daardoor de vertrouwelijkheid van de contacten tussen de raadsman en zijn gedetineerde cliënt onder druk komt te staan. Zo wordt bijvoorbeeld permanent visueel toezicht op het bezoek van de advocaat aan zijn cliënt in beginsel toelaatbaar geacht. Het vrij verkeer wordt daarmee gereduceerd tot de inhoud van de uitgewisselde mededelingen, terwijl een vertrouwelijk overleg méér randvoorwaarden eist dan alleen de garantie dat de inhoud van het besprokene vertrouwelijk blijft⁶⁸³. Communicatie omvat echter meer dan alleen de inhoud van het gesproken woord.

De beperkingen in het vrij verkeer die kunnen worden opgelegd om de voortgang van het onderzoek te waarborgen spelen vooral in de eerste fase van de vervolging, als de verdachte is aangehouden en nog wordt verhoord. Hierbij strijden de belangen van de politie bij een ongestoord verhoor en de belangen van de verdachte om zich met zijn raadsman te beraden óver dat verhoor, om voorrang. Alhoewel uit de wetsgeschiedenis blijkt dat bij 'ophouden van het onderzoek' vooral is gedacht aan situaties die geen uitstel kunnen gedogen zoals een voorgeleiding bij de RC, blijkt in de praktijk dat aan het 'ophouden van het onderzoek' een ruimere betekenis wordt toegekend. Als de verdachte nog niet is verhoord of verhoord wordt, dan wordt dit in het begin van de vervolging meestal als argument gebuikt om de raadsman toegang tot de verdachte te weigeren. Naarmate de voorlopige hechtenis langer duurt worden er strengere eisen gesteld aan de argumenten die aangevoerd worden om aan te tonen dat het vrij verkeer het onderzoek zou ophouden⁶⁸⁴.

Van veel ingrijpender aard dan de voorgaande, zijn de beperkingen die op grond van artikel 50 lid 2 Sv door de officier van justitie en de rechter-commissaris kunnen worden opgelegd, omdat hierdoor het recht op rechtsbijstand volledig kan worden gefrustreerd. In het belang van het onderzoek of bij misbruik kan het vrij verkeer geheel worden ontzegd. Om te voorkomen dat deze maatregelen lichtvaardig worden opgelegd is voorzien in een aantal procedurele waarborgen. Een bevel moet gemotiveerd worden en schriftelijk aan de raadsman worden medegegeeld. Het bevel mag hoogstens voor 6 dagen worden opgelegd en dient aan het oordeel van de rechtbank worden onderworpen, die een beslissing moet nemen over de gegrondheid en het bevel kan opheffen, aanvullen of wijzigen.

⁶⁸³ Zie nader § 2.9.1.7.

⁶⁸⁴ Zie met name HR 06-07-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 139.

Bevelen ex artikel 50 lid 2 Sv worden in de praktijk hoogst zelden gegeven. In de jurisprudentie zijn tien gevallen gevonden, waarvan twee gevallen betrekking hebben op misbruik van vrij verkeer. De overige acht gevallen hebben betrekking op de situatie dat de verdachte tijdelijk onkundig moet blijven van bepaalde feiten of omstandigheden en de advocaat meer (ontkennende) verdachten in een zaak bijstaat. De vraag of het bijstaan van meer (ontkennende) verdachten in een zaak een grond mag zijn om het vrij verkeer te ontzeggen wordt in de jurisprudentie uiteenlopend beantwoord. Sommige rechtbanken zien hierin geen rechtvaardiging voor de beperking van het vrij verkeer, terwijl andere rechtbanken ervan uitgaan dat de omstandigheid dat de raadsman de verdachten onderling op de hoogte zal houden van hun respectievelijke verklaringen, voldoende grond is om het vrij verkeer te ontzeggen. Met name de beperking van het vrij verkeer op grond van onderzoeksbelangen getuigt van de inquisitoire inslag van ons strafproces. Alleen al de dreiging dat het vrij verkeer zou kunnen worden ontzegd als een advocaat meer verdachten in een zaak bijstaat, heeft in de praktijk het effect dat advocaten erg voorzichtig zijn voor meerdere verdachten in een zaak op te treden, ook al zou dit in het belang van alle verdachten zijn en ook al is er geen sprake van tegenstrijdige belangen.

Met ingang van 1 februari 2000 is in artikel 50a Sv voorzien in de toevoeging van een vervangende raadsman voor de duur van de ontzegging van het vrij verkeer. Er is echter geen aandacht besteed aan de praktische invulling van de verdediging in deze constructie. Met name de coördinatie tussen de vervangende raadsman en de raadsman ten aanzien waarvan het vrij verkeer is ontzegd, maar die wel in functie blijft, lijkt nogal gecompliceerd. Daardoor is weliswaar formeel voorzien in de verdediging van de verdachte, maar of dit een uit oogpunt van verdediging effectieve regeling is valt sterk te betwijfelen.

2.10 Het professionele verschoningsrecht

Het professionele verschoningsrecht is in het kader van dit onderzoek 'ingedeeld' bij de strafvorderlijke bevoegdheden die specifiek betrekking hebben op de uitoefening van de rol van verdediger. Het professionele verschoningsrecht bestrijkt als juridisch-ethisch thema een veel breder gebied dan de rol van de advocaat in strafzaken en is ook niet beperkt tot het beroep van advocaat. Ook notarissen, medewerkers van bureaus voor rechtshulp, reclasseringsambtenaren, geestelijken, artsen en verplegers hebben uit hoofde van hun functie een verschoningsrecht dat, evenals bij de advocaat, gebaseerd is op een hulpverleningsrelatie⁶⁸⁵. Een aparte categorie is het verschoningsrecht voor degene die uit hoofde van zijn ambt of beroep betrokken is bij een verhoor van een bedreigde getuige voorzover

685 De toekenning van het professionele verschoningsrecht berust niet steeds op de veronderstelling dat het gaat om een maatschappelijke functie die de strekking heeft hulp te verschaffen aan personen die daaraan behoefte hebben. Er zijn nog meer verschoningsgerechtigden zoals de belastingambtenaar en de journalist, waarbij de grondslag niet ligt in de hulpverleningsrelatie, maar in de bescherming van de privacy van de aangifteplichtige respectievelijk de vrijheid van nieuwsgaring; zie in dit verband Wisselink 1997, p. 130-142 en p. 174-176.

dit voor het verborgen houden van de identiteit van de bedreigde getuige noodzakelijk is⁶⁸⁶. Daarnaast bestaat een verschoningsrecht voor verwanten en (ex)-echtgenoten⁶⁸⁷ en voor degene die door het beantwoorden van een vraag zichzelf zou belasten⁶⁸⁸. Hierna zal alleen het professionele of functionele verschoningsrecht centraal staan.

Het verschoningsrecht is zowel geregeld in het strafrecht, als in het civiele recht en het administratieve recht. Daarnaast zijn er tientallen bijzondere wetten op de meest uiteenlopende rechtsgebieden waarin een verschoningsrecht is opgenomen⁶⁸⁹.

Om inzicht te krijgen in de betekenis van het verschoningsrecht voor de advocaat als verdediger in strafzaken, is het noodzakelijk eerst kort in te gaan op de algemene uitgangspunten van het verschoningsrecht, zoals deze in de wet, jurisprudentie en de literatuur zijn omlijnd. Daarbij zal primair worden aangeknoopt bij de straf(proces)rechtelijke bepalingen en -jurisprudentie die op het verschoningsrecht betrekking hebben, maar soms zal ook worden verwezen naar jurisprudentie uit andere rechtsgebieden, omdat de jurisprudentie over het verschoningsrecht in het ene rechtsgebied vaak relevant is voor het andere rechtsgebied⁶⁹⁰.

Het professionele verschoningsrecht en de geheimhoudingsplicht zijn nauw met elkaar verbonden, alleen al omdat zij beide dezelfde ratio hebben, namelijk de bescherming van de vertrouwelijkheid tussen cliënt en hulpverlener. In de literatuur worden het verschoningsrecht en de geheimhoudingsplicht dan ook meestal in een adem behandeld. De geheimhoudingsplicht wordt zowel strafrechtelijk als tuchtrechtelijk gesanctioneerd. Buiten artikel 272 Sr, wordt de geheimhoudingsplicht gezien als een uitvloeisel van artikel 46 Advocatenwet, waarin de advocaat wordt verplicht tot een zorgvuldige behartiging van de belangen van cliënten⁶⁹¹. De geheimhoudingsplicht is expliciet vastgelegd in regel 6 van de Gedragsregels 1992⁶⁹².

In dit hoofdstuk zal het verschoningsrecht en de geheimhoudingsplicht vooral uit straf(proces)rechtelijk perspectief worden geanalyseerd en niet vanuit het gedragsrechtelijk perspectief. Voor deze gesplitste behandeling van de geheimhoudingsplicht is in de eerste plaats gekozen, omdat het verschoningsrecht in strafzaken is opgenomen in het Wetboek van Strafvordering en systematisch thuis hoort

686 Art. 219a Sv.

687 Art. 217 Sv.

688 Art. 219 Sv.

689 Zie Vranken 1986, p. 7-8 en de bijlage. Vranken komt tot 50 verschillende wettelijke regelingen. Het door hem gegeven overzicht is inmiddels echter verouderd.

690 Aangenomen wordt dat de rechtspraak ten aanzien van het verschoningsrecht in de verschillende rechtsgebieden algemene betekenis toekomt in die zin dat bijvoorbeeld uitspraken van de burgerlijke rechter over het verschoningsrecht van overeenkomstige toepassing zijn op het strafrecht en omgekeerd, zie Verburg 1985, p. 28; Lubbers 1986, p. 196-197; Nieuwenhuys en Thiessen 1989, p. 237; Vranken 1987, p. 188.

691 Wisselink 1997, p. 9.

692 Regel 6 lid 1 luidt: "De advocaat is verplicht tot geheimhouding; hij dient te zwijgen over bijzonderheden van door hem behandelde zaken, de persoon van zijn cliënt en de aard en omvang van diens belangen".

bij de analyse van de strafvorderlijke bepalingen die in dit hoofdstuk centraal staan. In de tweede plaats is het belang van de strafvorderlijke bepalingen die betrekking hebben op het verschoningsrecht met name gelegen in de mate waarin de geheimhoudingsplicht van overheidswege wordt gerespecteerd. De bepalingen die betrekking hebben op het verschoningsrecht richten zich in principe tot de overheid, terwijl de geheimhoudingsplicht als norm gericht is op de advocaat. Daarom zullen de gedragsrechtelijke implicaties van de geheimhoudingsplicht worden behandeld in hoofdstuk 3, waarin de gedragsregels en normen van beroepsethiek centraal staan.

Hierna zal eerst worden ingegaan op de verhouding tussen het verschoningsrecht, de geheimhoudingsplicht, de getuigplicht en de aangifteplicht. Vervolgens zal het verschoningsrecht worden besproken aan de hand van twee thema's die in de literatuur voor veel discussie aanleiding hebben gegeven – en nog steeds geven – namelijk:

- in hoeverre de geheimhouder verplicht is gebruik te maken van zijn verschoningsrecht. Deze vraag heeft betrekking op de positie van de verschoningsgerechtigde, ook wel het subject van verschoning genoemd

en

- wie uiteindelijk beslist over de reikwijdte van het verschoningsrecht. Deze vraag heeft betrekking op de kennis of informatie waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt, ook wel het object van verschoning genoemd. Hierbij zullen ook de strafvorderlijke dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden in relatie tot de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht aan de orde komen.

Na deze algemene oriënterende beschrijving zal het verschoningsrecht nader worden gezien vanuit de positie van de advocaat als verdediger in het strafproces.

2.10.1 Verhouding tussen verschoningsrecht, geheimhoudingsplicht, getuigplicht en aangifteplicht

Iedereen aan wie uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift een geheim bekend wordt, dient hierover te zwijgen. De schending van deze zwijgplicht is strafbaar gesteld in artikel 272 lid 1 Sr, dat luidt:

“Hij die enig geheim waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat hij uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift dan wel van vroeger ambt of beroep verplicht is het te bewaren, opzettelijk schendt, wordt gestraft met gevangenisstraf van het hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie”.

De ratio van de geheimhoudingsplicht is de bescherming van de privacy. Artikel 272 Sr heeft betrekking op alle personen die vanwege hun professionele bezigheden de aan hen toevertrouwde geheimen tegenover derden moeten bewaren. Aan

deze zwijgplicht hoeft niet per se een hulpverleningsrelatie ten grondslag te liggen. Ook de ambtenaar die een overheidstaak vervult heeft ten aanzien van vertrouwelijke gegevens een geheimhoudingsplicht⁶⁹³. Als het gaat om een professionele hulpverleningsrelatie is er in het verlengde van de bescherming van de privacy nog een extra grond voor het inacht nemen van geheimhouding: de wetenschap, dat alles wat de cliënt aan de hulpverlener toevertrouwt niet zonder zijn toestemming naar buiten zal worden gebracht, is noodzakelijk voor het kunnen aangaan van een vertrouwensrelatie. Hazewinkel-Suringa verwoordt het als volgt:

"Wil een cliënt deskundige hulp en steun vinden, dan moet hij open kaart spelen en aan zijn helper in nood alles mededelen, wat deze behoeft voor het geven van adviezen, het leiden van civiele processen, het voeren van de verdediging in strafzaken. Openhartigheid, overgave zijn echter ook hier alleen te verwachten, als zij geen gevaren meebrengen; als de hulpbegerende zich veilig weet en niet behoeft te vrezen, dat de gegevens tegen hem zullen worden uitgespeeld"⁶⁹⁴.

Voor de bescherming van het beroepsgeheim in een hulpverleningsrelatie bestaan dus twee grondslagen, die met elkaar samenhangen: de bescherming van de privacy en het belang van vertrouwelijkheid in de hulpverleningsrelatie.

In artikel 272 Sr is niet aangegeven wie op grond van een ambt of beroep een geheimhoudingsplicht heeft. De invulling hiervan is aan de rechter overgelaten. Het belangrijkste uitgangspunt voor de rechter is daarbij of het gaat om een professionele werkzaamheid, die alleen dan naar behoren kan worden vervuld als daarbij de zekerheid bestaat dat hetgeen daarbij aan de beroepsbeoefenaar bekend wordt, geheim blijft⁶⁹⁵. Daarbij is het niet bepalend of de beroepsbeoefenaar op grond van de wet of een overeenkomst tot geheimhouding verplicht is, maar vloeit de geheimhoudingsplicht voort uit de aard van het beroep (of ambt)⁶⁹⁶. Of dit het geval is, hangt af van de traditie en het maatschappelijke normbesef. Geheim is daarbij alle informatie die niet van algemene bekendheid is of openbaar is.

De geheimhoudingsplicht geldt, tenzij daarop wettelijke uitzonderingen worden gemaakt, tegenover iedereen behalve de rechter⁶⁹⁷. Algemeen wordt aangenomen

693 De functionele geheimhoudingsplicht is ook opgenomen in bijzondere wetten, zie bijvoorbeeld art. 372 Sr e.v. over de schending van het telefoon- en briefgeheim, art. 28 RO over de schending van het geheim van de raadkamer en art. 67 AWR over de geheimhoudingsplicht van de belastingambtenaar. In beginsel hebben alle betrokkenen bij het openbaar bestuur een geheimhoudingsplicht op grond van art. 2:5 lid 1 Awb: "Een ieder die is betrokken bij de uitvoering van de taak van een bestuursorgaan en daarbij de beschikking krijgt over gegevens waarvan hij het vertrouwelijke karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden, en voor wie niet reeds uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift ter zake van die gegevens een geheimhoudingsplicht geldt, is verplicht tot geheimhouding van die gegevens, behoudens voor zover uit enig wettelijk voorschrift hem tot mededeling verplicht of uit zijn taak de noodzaak tot mededeling voortvloeit".

694 Hazewinkel-Suringa 1959, p. 25-26.

695 Verburg 1985, p. 18 e.v.

696 HR 06-12-1955, NJ 1956, 52.

697 Verburg 1985, p. 19.

dat de getuigplicht en de aangifteplicht derogeren aan de geheimhoudingsplicht die gesanctioneerd is in artikel 272 Sr en dat een geheimhoudingsplichtige zich als getuige of aangifteplichtige in beginsel niet kan verschonen tenzij hem op grond van artikel 218 Sv een verschoningsrecht toekomt⁶⁹⁸. Alleen die geheimhoudingsplichtigen die ook een verschoningsrecht hebben, kunnen hun geheimhoudingsplicht ook tegenover de rechter handhaven. In het Wetboek van Strafvordering is het verschoningsrecht geregeld in artikel 218 dat luidt:

“Van het geven van een getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen kunnen zich ook verschoonen zij die uit hoofde van hun stand, hun beroep of hun ambt tot geheimhouding verplicht zijn, doch alleen omtrent hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zoodanig is toevertrouwd”⁶⁹⁹.

Door het verschoningsrecht wordt een uitzondering gemaakt op de getuigplicht, die in beginsel rust op iedere burger⁷⁰⁰ en wordt ook een uitzondering gemaakt op de aangifteplicht die op burgers rust bij de kennisneming van sommige ernstige misdrijven⁷⁰¹. Net als in de tekst van artikel 272 Sr, is in artikel 218 Sv niet met zoveel woorden opgenomen welke beroepsbeoefenaars zich kunnen beroepen op het verschoningsrecht en is de beoordeling of een beroepsbeoefenaar zich kan beroepen op een verschoningsrecht overgelaten aan de rechter. Verburg heeft op grond van de jurisprudentie en literatuur een aantal criteria geformuleerd dat een rol speelt bij de beantwoording van de vraag of een beroepsbeoefenaar in aanmerking komt voor een verschoningsrecht⁷⁰². Hij onderscheidt twee soorten criteria, namelijk de beroepswaarborgen en de relatie-eisen.

Als beroepswaarborgen noemt hij:

- a) specifieke deskundigheid van de beroepsbeoefenaar;
- b) toelatingseisen in de vorm van opleiding en/of ervaring;
- c) duurzaam karakter van de werkzaamheden en de behoefte daaraan in de samenleving;
- d) onderwerping aan regels met betrekking tot de beroepsuitoefening.

698 Noyon/Langemeijer/Remmelink, suppl. 100, aant. 2 bij art. 272 Sr.

699 Het verschoningsrecht is in vrijwel dezelfde bewoordingen ook opgenomen in art. 191 lid 2 sub b Rv. Deze bepaling is van overeenkomstige toepassing verklaard in het bestuurs(proces)recht, zie art. 8:33 lid 3 Awb.

700 Zie art. 221 en 294 Sv (gijzeling bij weigerachtige getuige) en de art. 192 en 444 Sr (strafbaarstelling van getuige die niet voldoet aan zijn wettelijke verplichtingen).

701 In art. 137 Sr is een bijzondere strafuitsluitingsgrond opgenomen voor professioneel verschoningsgerechtigden ten aanzien van de in de art. 135 en 136 Sr opgenomen aangifteplicht van een aantal misdrijven tegen de veiligheid van de staat en eventueel daaruit ontstaan levensgevaar. Op grond van artikel 160 lid 2 Sv is de aangifteplicht van aanzien van een aantal ernstige misdrijven (misdrijven tegen het leven, mensenroof, verkrachting) niet van toepassing op een professioneel verschoningsgerechtigde. Zie verder ook Wisselink 1997, p. 18-19.

702 Deze criteria zijn ook van toepassing bij de beantwoording van de vraag welk beroep of ambt in het kader van artikel 272 Sr verplicht tot geheimhouding.

De relatie-eisen van het beroep hebben betrekking op de relatie tussen de hulpverlener en de hulpvrager:

- a) het beroep moet functioneren op basis van vertrouwelijke informatie;
- b) de onbelemmerde uitoefening van het beroep moet staan of vallen met een strikte bescherming van het vertrouwen;
- c) de goede uitoefening van het beroep wordt gezien als een algemeen belang van hoge orde;
- d) het beroep voorziet in een exclusieve deskundigheid waarop de hulpvrager aangewezen is⁷⁰³.

In de jurisprudentie is de relatie-eis genoemd onder punt c) de doorslaggevende factor voor de toekenning van een verschoningsrecht. Alleen aan die geheimhoudingsplichtigen, waarvan de maatschappelijke functie zo belangrijk wordt geacht dat het belang van de waarheidsvinding daarvoor moet wijken, wordt een verschoningsrecht toegekend⁷⁰⁴. In zoverre is de erkenning van het professionele verschoningsrecht het resultaat van een afweging van het belang van de waarheidsvinding tegenover het belang dat de hulpverlener de vertrouwelijke communicatie met een cliënt kan garanderen. Als de hulpverlening zonder deze garantie niet of moeilijk tot stand kan komen en aan deze hulpverlening een groot maatschappelijk belang wordt gehecht, weegt het belang dat ieder zich zonder vrees voor openbaring vrijelijk tot deze hulpverlener moet kunnen wenden, zwaarder dan het belang van de waarheidsvinding⁷⁰⁵. Het verschoningsrecht dient daarmee niet alleen het individuele belang van de cliënt maar ook een publiek belang, omdat het niet alleen gaat om de individuele cliënt, maar ook om het maatschappelijk belang dat potentiële cliënten niet geremd worden bij het consulteren van de beroepsbeoefenaar⁷⁰⁶.

Naast de arts, de notaris en de geestelijke is aan de advocaat vanouds het verschoningsrecht van artikel 218 Sv toegekend⁷⁰⁷. Verder is van belang dat diege-

703 Verburg 1975, p. 87 e.v. Deze criteria worden nog steeds als geldend beschouwd: zie Van Domburg 1994, p. 34; Noyon/Langemeijer/Remmink, suppl. 100, aant. 3 bij art. 272 Sr.

704 Van Domburg 1994, p. 27 spreekt over "verschoningsrecht ten behoeve van existentiële hulpverlening met een vertrouwelijk karakter" en bedoelt met 'existentieel' aan te geven dat het moet gaan om zwaarwichtige hulp die noodzakelijk is om de juridische nood van de hulpzoekende te verhelpen, zoals de verdediging door de advocaat van de verdachte ter terechtzitting en de hulp van de notaris om een rechtsgeldig testament op te maken.

705 In HR 01-03-1985, NJ 1986, 173 heeft de Hoge Raad de grondslag van de erkenning van het professionele verschoningsrecht gezocht "in een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden".

706 Zie ook Blok/Besier 1925/1926 I, p. 541; Hazewinkel-Suringa 1957, p. 40; Verburg 1975, p. 6 e.v.; Verburg 1985, p. 25; Vranken 1986, p. 8 en p. 66.

707 Zie Verburg 1975, p. 101 e.v. die in een historisch overzicht aangeeft dat al halverwege de negentiende eeuw in jurisprudentie is uitgemaakt dat advocaten uit hoofde van hun beroep tot geheimhouding zijn verplicht en een vaste aanspraak op het verschoningsrecht wordt gegund. Naast de advocaat behoren de notaris, de arts, de geestelijke tot de klassieke verschoningsge-

nen die werkzaam zijn voor een geheimhouder een afgeleid verschoningsrecht hebben⁷⁰⁸. Ook deskundigen die door een advocaat zijn ingeschakeld hebben een afgeleid verschoningsrecht ten aanzien van stukken c.q. gegevens die onder de geheimhoudingsplicht van de advocaat vallen⁷⁰⁹.

2.10.2 Verschoningsrecht: verschoningsplicht?

Een interessante vraag is, of de advocaat op grond van zijn geheimhoudingsplicht ook verplicht is van zijn verschoningsrecht gebruik te maken. In de literatuur wordt hierover verschillend gedacht. De oorsprong van de verschillende opvattingen ligt in de tegenstelling tussen artikel 272 Sr, dat tot geheimhouding verplicht en artikel 218 Sv, dat door het woord 'kunnen' in de zinsnede "van het geven van getuigenis of van het beantwoorden van vragen kunnen zich ook verschonen etc." de indruk wekt dat de advocaat zelf uit mag maken of hij zijn geheimhoudingsplicht al dan niet doorbreekt. Op de vraag of een geheimhoudingsplichtige die een verschoningsrecht toekomt ook verplicht is zich op het verschoningsrecht te beroepen zijn twee visies te onderscheiden.

Aan de ene kant staat de opvatting dat de verschoningsgerechtigde de vrije keuze heeft om zich al dan niet te beroepen op zijn verschoningsrecht. Hierbij wordt ervan uitgegaan dat de getuigplicht in het belang van de waarheidsvinding in zijn algemeenheid voorrang heeft boven de geheimhoudingsplicht en dat de geheimhouder die zich niet op zijn verschoningsrecht beroept niet strafbaar is op grond van overtreding van artikel 272 Sr omdat hij zich op de rechtvaardigingsgrond van artikel 42 Sr kan beroepen: de strafbaarheid van de schending van de geheimhoudingsplicht ex artikel 272 Sr wordt opgeheven door het wettelijk voorschrift van de getuigplicht van artikel 192 Sr. Een extra argument voor deze visie is dat in artikel 218 Sv staat dat de geheimhouder zich verschonen *kan* en niet dat hij zich verschonen *moet*. Het recht op verschoning wordt in deze visie niet gezien als een verplichting, maar als een bevoegdheid van de verschoningsgerechtigde⁷¹⁰.

Hiertegenover staat de opvatting dat artikel 218 Sv de plicht tot getuigen van de geheimhoudingsplichtige juist opheft, zodat de verschoningsgerechtigde zich

rechtigen. Zie voor een overzicht van andere functionarissen die een beroep op het verschoningsrecht gehonoreerd of afgewezen zagen Domburg 1994, p. 43 en 44. Dit overzicht is ten aanzien van de journalist achterhaald. In HR 10-05-1996, NJ 1996, 578 werd aan de journalist een verschoningsrecht toegekend met betrekking tot zijn informatiebronnen.

708 HR 06-12-1955, NJ 1956, 52. Het gaat hierbij om ondergeschikte medewerkers zoals kantoorpersoneel.

709 HR 29-03-1994, NJ 1994, 552. In 1990 besliste de Hoge Raad nog anders: HR 26-06-1990, NJ 1990, 750.

710 Remmelink, Noyon/Langemeijer/Remmelink, suppl. 95, aant. 8 bij art. 192 Sr; Naeyé, Vademecum Strafrecht, suppl. 112, 15.13.4; Lubbers 1986, p. 190-195. Deze opvatting vindt ook steun in de wetsgeschiedenis, zie Blok/Besier 1925/1926 I, p. 543; Schorer 1931, p. 134 en ook de geciteerde rechtspraak en literatuur in Hazewinkel-Suringa 1959, p. 167, waarin ervan uit wordt gegaan dat bij een conflict van plichten tussen getuigen en geheimhouden, het alleen ter beoordeling van de geheimhoudingsplichtige is of hij zich van het beantwoorden van vragen zal verschonen.

moelijk kan beroepen op een wettelijke plicht waardoor hij tot het geven van een getuigenverklaring zou zijn gedwongen. Dat betekent dat degene die gebruik kan maken van zijn verschoningsrecht, maar dat niet doet, in beginsel strafbaar is op grond van artikel 272 Sr, omdat er geen wettelijke noodzaak bestaat de geheimhoudingsplicht te doorbreken. Als een beroep op het verschoningsrecht aan de vrije beoordeling van de verschoningsgerechtigde zou zijn overgelaten, dan zou de geheimhoudingsplicht voor de hulpzoekende zijn betekenis verliezen. Die moet er immers op kunnen rekenen dat zijn mededelingen ook voor de rechter vertrouwelijk blijven⁷¹¹. Verder zou ook voorbij worden gegaan aan de door de wetgever gemaakte belangenafweging, dat het belang van de waarheidsvinding ondergeschikt is aan de vervulling van de maatschappelijke functie van de verschoningsgerechtigde. De consequentie van deze visie is dat de verschoningsgerechtigde, indien hij als getuige vertrouwelijke informatie prijsgeeft in beginsel strafbaar is op grond van overtreding van artikel 272 Sr. Vereist is daarbij wel dat de advocaat de informatie opzettelijk prijsgeeft. Dit blijkt uit een geval waarin een advocaat tijdens een gesprek met de verbalisanten die zijn cliënt als verdachte horen, per ongeluk informatie prijsgeeft die zijn cliënt hem heeft gegeven. De (ex)cliënt dient vervolgens een verzoek ex artikel 12 Sv in om de betreffende advocaat te vervolgen wegens overtreding van artikel 272 Sr. Het Hof Amsterdam oordeelt in dit geval, dat de advocaat weliswaar aan de politie informatie heeft prijsgegeven die hij uit hoofde van zijn functie als raadsman verborgen had moeten houden, maar dat dit een kennelijke verspreking is geweest. De opmerking van de advocaat is namelijk gemaakt in een gesprek met de politie waarin hij zijn ongenoegen uitte met betrekking tot informatie over het onderzoek die hem zou zijn onthouden. Hieruit leidt het Hof af dat de vereiste opzet in de zin van artikel 272 Sr ontbreekt. Een constructie van voorwaardelijk opzet acht het Hof in dit geval redelijkerwijs uitgesloten⁷¹².

Het verschil tussen beide opvattingen is echter relatief, omdat ook in de tweede visie de verschoningsgerechtigde bij schending van zijn geheimhoudingsplicht niet altijd strafbaar is. Het is in Nederland algemeen aanvaard dat zowel de geheimhoudingsplicht als het verschoningsrecht niet absoluut zijn in die zin, dat de geheimhoudingsplicht *nóóit* zou mogen worden doorbroken⁷¹³. Er kunnen zich omstandigheden voordoen waarbij het belang bij het bekend maken van vertrouwelijke gegevens zo zwaar weegt, dat een schending van de geheimhoudings-

711 Aldus Thijssen 1905, p. 87-88; Verstegen 1931, p. 103; Langemeijer 1956, p. 7-9; Telders 1957, p. 384; Vos 1957, p. 428 en 436; Hazewinkel-Suringa 1959 p. 167-171; Verburg 1975, p. 280-281; J. Leijten 1986, p. 708; Van Domburg 1994, p. 95-96.

712 Hof Amsterdam 28-07-1999, nr. 98/239/12Sv, niet publ. Zie voor de tuchtrechtelijke klacht in deze zaak § 3.8.6.2. Overigens oordeelde de tuchtrechter dat de advocaat zijn geheimhoudingsplicht niet geschonden had. De tuchtrechter beschikte over meer informatie dan het hof, namelijk het proces-verbaal van verhoor van de rechter-commissaris, waaruit bleek dat de informatie die de advocaat aan de verbalisanten had prijsgegeven afkomstig was van de rechter-commissaris en niet van de cliënt.

713 Hazewinkel-Suringa 1959, p. 96 e.v.; Verburg 1975, p. 275 e.v.; Van Domburg 1994, p. 37 e.v.; Corstens 1999, p. 137.

plicht gerechtvaardigd is, of dit nu in rechte gebeurt doordat de verschoningsgerechtigde een getuigenverklaring aflegt, of buiten rechte bijvoorbeeld door waarschuwing of inlichting van de autoriteiten. Verburg stelt daarbij dat de verschoningsgerechtigde zich in een dergelijk concreet geval moet realiseren dat de wetgever aan het zwijgen zelf een zwaarder belang heeft toegekend dan aan de waarheidsvinding, zodat spreken alleen is toegestaan als het daarmee te dienen belang boven het belang van waarheidsvinding uitstijgt⁷¹⁴. Telders legt er de nadruk op dat het belang bij de opheldering van een *reeds gepleegd* misdrijf, hoe afschuwelijk ook, nooit opweegt tegen het belang van de rechtzoekende bij geheimhouding⁷¹⁵. De klassieke voorbeelden die een doorbreking van de geheimhoudingsplicht kunnen rechtvaardigen hebben dan ook betrekking op het voorkomen van zeer ernstig onrecht, zoals de veroordeling van een onschuldige, of het voorkomen van levensbedreigende misdrijven of situaties, zoals bijvoorbeeld een criminele afrekening⁷¹⁶. In een dergelijk geval wordt overtreding van artikel 272 Sr straffeloos geacht omdat de geheimhoudingsplichtige een beroep kan doen op overmacht ex artikel 40 Sr. Ook in die situaties moet de geheimhoudingsplichtige zodanig te werk gaan dat de belangen van de cliënt zo weinig mogelijk worden geschaad, wat wil zeggen dat de verschoningsgerechtigde bijvoorbeeld bij het voorkomen van een ernstig misdrijf, de voor zijn cliënt minst nadelige of belastende weg moet kiezen⁷¹⁷.

Uiteindelijk gaat het in beide visies om de beslissingsmarge die de verschoningsgerechtigde heeft om inbreuken te maken op de geheimhoudingsplicht⁷¹⁸. In de eerste visie is de verschoningsgerechtigde steeds bevoegd als getuige zijn geheimhoudingsplicht te doorbreken. In de tweede visie is de beslissingsmarge van de verschoningsgerechtigde om inbreuken te maken op de geheimhoudingsplicht veel beperkter dan in de eerste visie en is een doorbreking van de geheimhoudingsplicht alleen in zeer uitzonderlijke (overmachts)situaties denkbaar⁷¹⁹.

714 Verburg 1975, p. 282.

715 Telders 1957, p. 403; zo ook Verstegen 1931, p. 100. Dit ligt ook in de lijn van de bijzondere strafuitsluitingsgrond voor verschoningsgerechtigden bij de aangifteplicht van de art. 135 en 136 Sr en de uitsluiting van verschoningsgerechtigden van de aangifteplicht van ernstige misdrijven ex art. 160 lid 2 Sv.

716 Noyon/Langemeijer/Remmelink, suppl. 100, aant 3a bij art. 272 Sr.

717 Zie Hazewinkel-Suringa 1959, p. 53 en 172; Telders 1957, p. 403; Vos 1957, p. 432-435; Van Domburg 1994, p. 37 en 96.

718 In de praktijk komt het niet of nauwelijks voor dat een verschoningsgerechtigde wordt vervolgd wegens het doorbreken van zijn geheimhoudingsplicht bij het afleggen van een getuigenverklaring voor de rechter. De gepubliceerde jurisprudentie met betrekking tot artikel 272 Sr heeft vrijwel uitsluitend betrekking op schending van de geheimhoudingsplicht buiten rechte. Voor klachten over schending van de geheimhoudingsplicht wordt meestal de tuchtrechter ingeschakeld, zie Noyon/Langemeijer/Remmelink, suppl. 100, aant. 4 bij art. 272 en § 3.8.6 e.v.

719 Zo overweegt ook de Hoge Raad in HR 01-03-1985, NJ 1986, 173 (notaris Maas), dat zich slechts zeer uitzonderlijke omstandigheden laten denken waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt moet prevaleren boven het verschoningsrecht.

2.10.3 *De invloed van het standpunt van de cliënt*

Uit het voorgaande blijkt dat de verschoningsgerechtigde altijd een belangenafweging moet maken als hij zich op zijn verschoningsrecht beroept, ook al kan men over de ruimte die de verschoningsgerechtigde heeft om zijn geheimhoudingsplicht straffeloos te doorbreken, van mening verschillen. Een vervolgvraag is of het standpunt van de cliënt van invloed is op de beslissing van de verschoningsgerechtigde om zich al dan niet op zijn verschoningsrecht te beroepen. Hierbij kunnen twee situaties worden onderscheiden, namelijk: a) of de cliënt de verschoningsgerechtigde kan verplichten om van zijn verschoningsrecht gebruik te maken en hem kan verbieden te spreken en b) of de cliënt de verschoningsgerechtigde van zijn geheimhoudingsplicht kan ontslaan of hem kan opdragen te getuigen.

In een zaak waarin een patiënt in kort geding vorderde dat aan zijn arts het verbod zou worden opgelegd informatie over hem te verstrekken oordeelde de Hoge Raad dat de verschoningsgerechtigde zelf uitmaakt of hij, ondanks zijn geheimhoudingsplicht en zijn verschoningsrecht spreekt⁷²⁰. Hieruit kan worden afgeleid dat de verschoningsgerechtigde het recht heeft zelf de belangenafweging te maken en tegen de wens van de cliënt in zijn geheimhoudingsplicht mag verbreken. Uit deze uitspraak kan overigens niet worden afgeleid dat de verschoningsgerechtigde helemaal vrij is in zijn beslissing. Indien hij zijn geheimhoudingsplicht verbreekt, zal hij zich eventueel naar aanleiding van een klacht van de cliënt wegens overtreding van artikel 272 Sr tegenover de strafrechter of wegens schending van enige professionele gedragsregel tegenover de tuchtrechter moeten verantwoorden. Ook als achteraf komt vast te staan dat de verschoningsgerechtigde artikel 272 Sr heeft overtreden, kan zijn verklaring rechtsgeldig voor het bewijs worden gebruikt⁷²¹. Bewijs wordt slechts onrechtmatig, indien hieraan een onbevoegd of onrechtmatig handelen van de overheid ten grondslag ligt. Deze kwestie speelde in een zaak waarin het slachtoffer van een poging tot verkrachting had verklaard de dader in zijn tong te hebben gebeten. Het ziekenhuis weigerde de opsporingsambtenaar inlichtingen te verschaffen of iemand zich voor een wond aan de tong had laten behandelen. De opsporingsambtenaar had vervolgens de politiearts ingeschakeld en was via hem toch achter de naam van de verdachte gekomen. De vraag was vervolgens, of hier sprake was van uitlokking van schending van de geheimhoudingsplicht. In dat geval zou de verdenking zijn gebaseerd op onrechtmatig verkregen bewijs. De Hoge Raad oordeelde dat van uitlokking van schending van de geheimhoudingsplicht geen sprake was, want 'vragen staat vrij'⁷²². 't Hart⁷²³ merkt naar aanleiding van dit arrest op dat indien het

720 HR 06-03-1987, NJ 1987, 1016.

721 Zie Van Domburg 1994, p. 97-98 die verwijst naar HR 27-11-1956, NJ 1957, 309. In een fiscale zaak oordeelde de Hoge Raad echter, dat een behoorlijk handelende overheid die stukken niet in een fiscale procedure tegen de verdachte mag gebruiken HR 12-03-1997, Nederlandse Belastingrechtspraak 1997, 146c.

722 HR 22-01-1991, NJ 1991, 401. Van Veen schrijft in zijn noot onder het arrest dat het stellen van vragen (door de politiearts) geen uitlokkingsmiddel is.

723 't Hart 1992, p. 109-110.

beroepsgeheim is geschonden, die schending nog niet meebrengt dat het bewijs vervolgens onrechtmatig verkregen is. Dat ligt volgens hem anders indien de politiearts als een soort stroman van de politie de gegevens bij het ziekenhuis heeft weten te ontfutselen, die het ziekenhuis als zodanig nooit aan de politie zou hebben verstrekt. In dat geval kan aan de rechtmatigheid volgens 't Hart op zijn minst worden getwijfeld. In een dergelijk geval gaat het echter om een onrechtmatig handelen van de overheid en niet om een eventueel strafbaar handelen van de verschoningsgerechtigde.

De eigen verantwoordelijkheid van de verschoningsgerechtigde geldt ook in de omgekeerde situatie: de bevoegdheid tot verschoning wordt niet opgeheven door de toestemming of uitdrukkelijk opdracht van de cliënt⁷²⁴. Het belangrijkste argument dat hiervoor wordt aangevoerd is, dat de grondslag van het verschoningsrecht niet (alleen) gelegen is in het individuele belang van de cliënt en ook niet gebaseerd kan worden op een overeenkomst met de cliënt, maar in het algemeen belang dat gemoeid is met de het vertrouwen van het publiek in de geheimhoudingsverplichting van de verschoningsgerechtigde⁷²⁵. Het wordt mede tot de verantwoordelijkheid van de verschoningsgerechtigde gerekend dat hij moet voorkomen dat andere potentiële cliënten door een doorbreking van de geheimhoudingsplicht worden afgeschrikt om zich tot de beroepsgroep van de verschoningsgerechtigde te wenden. Verder dreigt het gevaar dat indien de cliënt de verschoningsgerechtigde kan ontslaan van zijn geheimhoudingsplicht, daarvan een zekere dwang zal uitgaan ten opzichte van andere cliënten, die een dergelijke toestemming niet willen geven en wier geloofwaardigheid daardoor in een kwaad daglicht kan worden gesteld⁷²⁶.

724 HR 17-02-1928, NJ 1928, p. 727; HR 07-06-1985, NJ 1986, 174. In de laatste zaak riep een cliënt zijn advocaat als getuige op en ontsloeg hem uit zijn geheimhoudingsplicht. Het beroep van de advocaat op zijn verschoningsrecht werd desalniettemin aanvaard.

725 Telders 1957, p. 386; Vos 1957, p. 423; Hazewinkel-Suringa 1959, p. 148; Verburg 1975, p. 283-285; Van Domburg 1994, p. 39-41.

726 In de zaak van notaris Maas HR 01-03-1985, NJ 1986, 173, overwoog de Hoge Raad: "Daarom kan niet worden aanvaard de in het onderdeel verdedigde opvatting dat de omstandigheid dat het verhoor van de RC plaatsvindt op verzoek van de bewindvoerders in de surseance van de belanghebbende vennootschappen, de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht zou opheffen. Dit geldt ook indien – zoals het onderdeel tot uitgangspunt neemt – deze vennootschappen de notaris uit zijn geheimhoudingsplicht zouden hebben ontslagen. Een andere opvatting zou er immers toe leiden dat het oordeel omtrent de geloofwaardigheid van hen die zich tot de betreffende vertrouwenspersoon hebben gewend, ongunstig zou kunnen worden beïnvloed door hun weigering hem uit zijn geheimhoudingsplicht te ontslaan, zodat de vrees dat zij daardoor naderhand tot een zodanig ontslag zouden worden genoopt hen ervan zou kunnen weerhouden de hulp van die vertrouwenspersoon in te roepen of zich vrijelijk tegenover hem uit te spreken". Zie ook 't Hart, 1992, die erop wijst dat indien de cliënt de verschoningsgerechtigde zou kunnen ontslaan van zijn zwijgplicht, hiervan een sluipende dwang tot opheffing van de geheimhoudingsplicht zou kunnen uitgaan doordat bij het afsluiten van bijvoorbeeld arbeidsovereenkomsten of verzekeringsovereenkomsten de cliënt zou kunnen worden verplicht zijn behandelend arts van hun beroepsgeheim te ontslaan.

De conclusie die uit de jurisprudentie kan worden getrokken is, dat de beslissing om al dan niet gebruik te maken van het verschoningsrecht is voorbehouden aan de verschoningsgerechtigde.

Met name Vranken heeft zich, geïnspireerd door de regeling van het verschoningsrecht in de Common Law-landen, tegen dit standpunt verzet door de stelling in te nemen dat het verschoningsrecht in beginsel het recht van de cliënt is en niet van de verschoningsgerechtigde:

"Een beroep ontstaat en bestaat alleen maar, voorzover hier relevant, omdat er cliënten zijn. De beroepsuitoefening is er voor en ten behoeve van de cliënt. Het zijn primair diens belangen die worden behartigd, niet de belangen, de eer en de glorie van de beroepsbeoefenaar of zijn beroepsgroep. Het verschoningsrecht sluit hier in zoverre op aan dat cliënten niet weerhouden mogen worden van een gang naar de beroepsbeoefenaar doordat achteraf geopenbaard kan worden waarvan zij (de cliënten) vooraf dachten dat het geheim zou blijven. Is het dan niet wat aanmatigend en paternalistisch om wanneer deze cliënten achteraf in volle vrijheid verklaren geen prijs meer te stellen op geheimhouding, de definitieve beslissing het geldend maken van het verschoningsrecht nagenoeg exclusief in handen van de beroepsbeoefenaar te leggen?"⁷²⁷

Het standpunt van Vranken wordt, zoals hiervoor al gezegd, in de jurisprudentie en literatuur niet gedeeld⁷²⁸, alhoewel de meesten wel van mening zijn dat de toestemming van de cliënt wel van invloed is op de belangenafweging die de advocaat moet maken. Hazewinkel-Suringa formuleert drie criteria voor de belangenafweging van de verschoningsgerechtigde, die van zijn cliënt toestemming c.q. een verzoek heeft gekregen om de geheimhoudingsplicht te verbreken: het algemeen belang mag niet worden geschaad, de belangen van derden moeten in acht worden genomen en de cliënt moet volledig geïnformeerd zijn over de consequenties van de doorbreking van de geheimhoudingsplicht⁷²⁹. Leijten is van mening, dat hoewel het verschoningsrecht geen recht van de cliënt is, de verschoningsgerechtigde bij toestemming of verzoek van de cliënt slechts mag blijven zwijgen in zeer uitzonderlijke en door de verschoningsgerechtigde aannemelijk te maken omstandigheden⁷³⁰.

2.10.4 De omvang van het verschoningsrecht

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de rechter beslist of aan een bepaalde beroepsbeoefenaar een verschoningsrecht toekomt. Is dit verschoningsrecht eenmaal erkend, dan kan de beroepsbeoefenaar zich volgens artikel 218 Sv alleen maar verschonen "omtrent hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zoodanig

⁷²⁷ Vranken 1986, p. 100. Eenzelfde standpunt werd aangenomen door de NJV in 1905 en ook door de Nederlandse Advocatenvereniging in 1931 (Advocatenblad 1931, p. 146-149), zij het met een nipte meerderheid, naar aanleiding van het preadvies van Verstegen 1931, p. 97 die het vanzelfsprekend vindt dat de cliënt de advocaat van zijn geheimhoudingsplicht kan ontslaan.

⁷²⁸ Nieuwenhuys en Thiessen 1989, p. 245; 't Hart 1992, p. 106 en Domburg 1994, p. 40.

⁷²⁹ Hazewinkel-Suringa 1959, p. 153. Zie in dezelfde zin: Groen 1996, p. 703-705.

⁷³⁰ J. Leijten 1986, p. 709.

is toevertrouwd". Deze zinsnede van artikel 218 Sv bevat twee criteria die bepalend zijn voor welke informatie onder het verschoningsrecht valt namelijk 'als zoodanig' en 'toevertrouwd'.

2.10.4.1 De 'normale' beroepsuitoefening: procesbijstand en advies

De woorden 'als zoodanig' impliceren dat het moet gaan om informatie die in het kader van de beroepsuitoefening is verkregen. Dit betekent bijvoorbeeld dat de advocaat die getuige is van een misdrijf, ten aanzien van wat hij heeft gezien geen beroep kan doen op zijn verschoningsrecht, omdat datgene waarvan hij getuige is geweest niet in het kader van de hulpverlening aan hem is toevertrouwd⁷³¹. Ook wordt aangenomen dat de advocaat die al dan niet bewust meewerkt aan frauduleuze of illegale handelingen, ten aanzien van deze feiten geen verschoningsrecht toekomt⁷³², omdat deze niet behoren tot de normale uitoefening van zijn functie⁷³³. De woorden 'als zoodanig' betekenen verder dat de werkzaamheden die de advocaat verricht, moeten behoren tot werkzaamheden die behoren bij de normale uitoefening van de functie, namelijk op rechtsbijstand. Als de advocaat zich buiten het werkkterrein begeeft dat 'des advocaats' is, dan heeft hij met betrekking tot die werkzaamheden weliswaar een geheimhoudingsplicht, maar komt hem geen verschoningsrecht toe. Doorenbos noemt als voorbeelden: de advocaat die ten behoeve van zijn cliënt een bankrekening opent en zich tot die rekening laat machtigen en die rekeningen beheert (louter financiële dienstverlening), of de advocaat die gaat optreden als statutair directeur of commissaris van de vennootschap van een cliënt. Deze werkzaamheden worden niet geacht onder juridische dienstverlening te vallen en behoren niet tot de klassieke taken van de advocaat⁷³⁴. De afbakening tussen juridische dienstverlening en andersoortige (financiële) dienstverlening is niet altijd helder. Dit blijkt in een zaak waarbij de advocaat in het kader van een schikking gelden van zijn cliënt doorbetaalde aan derden. Omdat het om een buitenlandse cliënt ging, verzocht de Nederlandsche Bank ingevolge de Wet financiële betrekkingen buiten-

731 Verstegen 1931, p. 91; Hazewinkel-Suringa 1959, p. 72.

732 Tenzij hij zich zelf zou kunnen belasten. Dan komt hem een verschoningsrecht toe op grond van art. 219 Sv.

733 Zie Verburg 1975, p. 59; Nieuwenhuys en Thiessen 1989, p. 251; Van Domburg 1994, p. 30; Corstens 1999, p. 453. Zie ook HR 03-06-1986, NJ 1987, 84, waarin de advocaat ervan verdacht werd betrokken te zijn bij oplichting door feiten te verzwijgen waardoor de tegenpartij op het verkeerde been werd gezet. Een beroep op zijn geheimhoudingsplicht ten aanzien van deze feiten mocht de advocaat niet baten. Zie verder HR 30-11-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 1, waarin de Hoge Raad heeft bevestigd dat het verschoningsrecht en de geheimhoudingsplicht van een advocaat, die betrokken is bij een grootschalig fraude en daarbij misbruik heeft gemaakt van zijn bijzondere positie als advocaat, jegens zijn medeverdachte cliënten niet langer bescherming verdient. Vranken 1986, p. 118, wijst erop dat van een dergelijke situatie scherp moet worden onderscheiden de situatie dat de gevolgen van reeds gepleegde misdrijven door de advocaat of notaris binnen de grenzen van het recht worden geregeld. Zie in dit verband verder § 3.12.3 met betrekking tot de positie van de advocaat als verdachte.

734 Doorenbos, 1996, p. 111-115. Zie ook: Vos 1957, p. 455; Mout 1994, p. 146; Van Domburg 1994, p. 75-77; Mul en Schaap 1995 II; HR 29-04-1994, NJ 1994, 537.

land om opgave van het bedrag, van de identiteit (naam, adres en woonplaats) van de opdrachtgever en de begunstigde en van de aard van de betaling. De advocaat beriep zich op zijn verschoningsrecht, stellende dat het hier ging om financiële dienstverlening, die rechtstreeks voortvloeide uit zuiver juridische dienstverlening. Het College van Beroep voor het Bedrijfsleven oordeelde echter dat doorbetaling van bedragen ter uitvoering van een schikking aan derden niet onder de geheimhoudingsplicht valt, omdat die betaling aan desbetreffende derden bekend wordt en daarom op de advocaat geen geheimhoudingsplicht rust en omdat het beroepsgeheim van de advocaat er niet toe strekt dergelijke betalingen geheim te houden⁷³⁵. Deze uitspraak is met name door de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten bekritiseerd⁷³⁶. De deken stelt dat het feit dat een derde bij de betaling betrokken is, niets zegt over de mate van vertrouwelijkheid van de betaling omdat ook de derde mede belang kan hebben bij vertrouwelijkheid en daarop ook jegens de advocaat mag rekenen. Ook gaat het volgens de deken niet om geheimhouding van de betaling op zichzelf, maar om geheimhouding van de daarmee verbonden voorgeschiedenis⁷³⁷.

Bij de vraag wat nu precies moet worden verstaan onder 'beroepsspecifieke' werkzaamheden van de advocaat wordt ook wel eens geopperd dat advieswerkzaamheden, bijvoorbeeld in de sfeer van het bedenken van constructies van rechtspersonen, niet onder het verschoningsrecht vallen omdat het hier niet gaat om 'existentiële hulpverlening' waarvoor de cliënt is aangewezen op de diensten van een advocaat⁷³⁸. De deken van de Orde heeft zich in zijn jaarrede van 1996 tegen deze opvatting verzet. Volgens hem heeft het onderscheid tussen advies- en procespraktijk geen zin, omdat de behoefte aan vertrouwelijkheid hieraan niet gebonden is. Soms is het belang van vertrouwelijkheid bij advieswerkzaamheden groter dan bij een procedure. Verder ligt de grens tussen de advies- en procespraktijk niet vast. Of een zaak in de adviessfeer kan worden opgelost of tot een procedure leidt, blijkt immers pas gaandeweg, zodat het van toevallige omstandigheden zou afhangen of iets al dan niet onder het verschoningsrecht valt⁷³⁹.

735 College van Beroep voor het Bedrijfsleven 23-04-1996, nr. 95/0941/075/200, Advocatenblad 1996, p. 573-575. In dezelfde zin oordeelde de President van de Rb Rotterdam 23 maart 1995, Advocatenblad 1995, p. 473 e.v. waarin het ging om inlichtingen die de fiscus wilde hebben met betrekking tot de rekening derdengelden van een advocatenkantoor. Zie ook Wisselink 1997, die naar aanleiding van de uitspraak van het CvBB opmerkt dat er onzekerheid blijft bestaan voor de gevallen waarbij er wel causaal verband is tussen de juridische en financiële dienstverlening.

736 Huydecoper 1996 II.

737 Zie voor een vervolgdiscussie: Mout 1996, die stelt dat het niet aangaat dat iemand aan de opheffing van zijn anonimiteit kan ontkomen door betalingen via zijn advocaat te laten geschieden, Huydecoper 1996 III, die volhoudt dat geheimhouding van wat tussen advocaat en cliënt is besproken illusoir wordt als datgene wat de advocaat ter uitvoering van het besprokene doet niet door het beroepsgeheim wordt gedekt en Weisz 1996, die van mening is dat de aard van de door de cliënt aan de advocaat toevertrouwde feiten het vertrouwen van de dienen te rechtvaardigen. Volgens hem zijn dit alleen feiten die volgens het in Nederland heersend rechtsbewustzijn verborgen behoren te blijven.

738 Van Domburg 1994, p. 82.

739 Huydecoper 1996 IV, p. 859; Wisselink 1997, p. 23.

Het onderscheid tussen procesbijstand en advieswerkzaamheden speelt ook bij de in § 1.12.6 besproken Europese richtlijn 91/308/EEG ter bestrijding van het witwassen. In het kader van een voorgestelde wijziging van deze richtlijn is men voornemens ook advocaten te verplichten tot het melden van verdachte transacties, indien zij daaromtrent van hun cliënten informatie ontvangen⁷⁴⁰. Het gaat hierbij volgens de voorgestelde wijziging voornamelijk om de betrokkenheid bij financiële transacties, zoals bijvoorbeeld de aan- en verkoop van onroerend goed en handelszaken, het beheer van geld, waardepapieren of andere activa. Volgens artikel 6 lid 3 van de voorgestelde wijziging zijn advocaten niet meldingsplichtig wanneer de informatie dient om de cliënt in rechte te vertegenwoordigen. De vrijstelling geldt niet in de gevallen waarin advies wordt ingewonnen met het doel witwassen van geld gemakkelijker te laten verlopen. Naar aanleiding van deze voorgenomen wijziging heeft de NOvA bezwaren gemaakt bij het ministerie van justitie, dat voor het verschoningsrecht geen onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen procesbijstand en advieswerkzaamheden en dat een meldingsplicht zich hoogstens zou mogen uitstrekken tot activiteiten die vallen buiten de normale beroepsuitoefening. De Orde stelt daarbij dat het beheer van geld als professionele dienst niet tot de normale beroepsuitoefening van de advocaat behoort. Het verschoningsrecht is ook bij advieswerkzaamheden van belang omdat het tot doel heeft dat de cliënt zijn advocaat in vertrouwen kan nemen. Wat dat betreft heeft de advocaat bij het tegengaan van witwaspraktijken een preventieve functie. De advocaat kan de cliënt immers uitleggen wat wel en niet is toegestaan⁷⁴¹. Aan de bezwaren van de Orde wordt tegemoetgekomen als het voorstel tot wijziging van richtlijn 91/308/EEG op 5 juli 2000 in het Europese Parlement wordt geamendeerd in die zin dat de in de witwasrichtlijn vastgestelde verplichtingen ook niet gelden voor onafhankelijke advocaten ten aanzien van informatie die zij van een cliënt krijgen indien zij slechts in de arm zijn genomen om onafhankelijk juridisch advies te verstrekken. De Ecofin-Raad heeft tegen dit amendement echter weer bezwaren gemaakt⁷⁴². Tijdens de Ecofin Raad d.d. 29 september 2000 is een politiek akkoord bereikt, in die zin dat advieswerkzaamheden met betrekking tot het aangaan of vermijden van procedures van de meldingsplicht zijn uitgezonderd⁷⁴³. Dit politieke compromis zal echter nog moeten worden bekrachtigd door het Europees Parlement. Ten tijde van de afsluiting van dit onderzoek is nog niet bekend hoe de richtlijn zal worden aangepast.

740 Meldingsplicht ongebruikelijke transacties ook voor advocaten? Rubriek Advocatuur DD 2000, p. 295-298.

741 Brief Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 24 december 1999 aan mr. N.P. Levenkamp, ministerie van justitie; zie ook: Meldingsplicht ongebruikelijke transacties ook voor advocaten? Rubriek Advocatuur DD 2000, p. 295-298.

742 Zie Von Schmidt auf Altenstadt 2000, p. 573.

743 TK 2000-2001, 21 501, nrs. 294, 296, 302 en 303. Advocaten en witwassen, Nieuwsbrief strafrecht 2000, p. 328-330. Zie voor kritiek op deze regeling Groenhuijsen en Van der Landen 2000, p. 1002-1004, die schrijven dat het helemaal niet zo gemakkelijk is om vast te stellen wat tot de 'kerntaak' van de advocaat behoort, en dat daarom het criterium om te bepalen wat wel en niet onder de geheimhoudingsplicht valt onhanteerbaar wordt.

10.4.2 'Toevertrouwd'

In de jurisprudentie wordt het begrip 'toevertrouwd' ruim uitgelegd. Het gaat hierbij om alle informatie die de beroepsbeoefenaar bij de uitoefening van zijn werkzaamheden ontvangt. Hieronder valt niet alleen de informatie van de cliënt, maar vallen alle waarnemingen en ondervindingen in het kader van de hulpverlening, inclusief ongewild of toevallig verkregen informatie en inclusief informatie van derden⁷⁴⁴. Er wordt geen onderscheid gemaakt tussen meer of minder vertrouwelijke gegevens⁷⁴⁵.

Ook datgene wat de verschoningsgerechtigde zelf heeft gedaan of geadviseerd valt onder het verschoningsrecht⁷⁴⁶. Illustratief is in dit verband een uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam. Deze zaak had betrekking op een civielrechtelijk rechtshulpverzoek vanuit de Verenigde Staten in het kader waarvan een advocaat in een van partijen als getuige werd opgeroepen. De advocaat beriep zich met betrekking tot het merendeel van de vragen op zijn verschoningsrecht, onder andere ten aanzien van vragen die betrekking hadden op de data waarop hij contact had gehad met vertegenwoordigers van zijn cliënt en op welke wijze die contacten hadden plaatsgevonden. De kantonrechter overweegt dat aan de advocaat niet alleen verschoningsrecht toekomt met betrekking tot hetgeen de cliënt aan hem heeft medegedeeld maar ook met betrekking tot hetgeen de advocaat zelf aan zijn cliënt heeft meegedeeld en/of geadviseerd buiten aanwezigheid van derden. De kantonrechter acht het ook voorstelbaar dat onder omstandigheden de cliënt van de advocaat er belang bij kan hebben dat niet bekend wordt dat en op welke tijdstippen en op welke wijze hij om hulp en bijstand van de advocaat heeft gevraagd, zodat de advocaat terzake eveneens een geheimhoudingsplicht heeft en zich op zijn verschoningsrecht moet kunnen beroepen⁷⁴⁷. Ook als de advocaat sommige vragen wel beantwoordt, brengt dat niet met zich mee dat hij zich vervolgens ten aanzien van andere vragen niet meer op zijn verschoningsrecht kan beroepen. In hoeverre de advocaat al dan niet consistent gebruik maakt van zijn verschoningsrecht staat niet ter beoordeling van de rechter. Ook als derden inmiddels hebben kennis genomen van de gevraagde informatie, ontslaat dat de advocaat nog niet van zijn geheimhoudingsplicht jegens zijn cliënt⁷⁴⁸.

⁷⁴⁴ Hazewinkel-Suringa 1959, p. 76; Verburg 1985, p. 31-34; Vranken 1986, p. 117, schrijft: "Horen, zien, begrijpen, afleiden, ondervinden, toevalligheden of het al dan niet gewild zijn van gegevens: de rechter hoeft zich niet in de bron te verdiepen"; Nieuwenhuys en Thiessen 1989, p. 243-244; Van Domburg 1994, p. 30 en 31; Wisselink 1997, p. 27-31 en p. 43.

⁷⁴⁵ HR 01-03-1985, NJ 1986, 173. Het uitgangspunt dat er geen plaats is voor een onderscheid tussen vertrouwelijke en minder vertrouwelijke gegevens is nog recentelijk bevestigd in HR 18-12-1998, NJ 2000, 341. Groenhuijsen en Knigge 2000, p. 35, beperken het verschoningsrecht tot wat zich in "functionele contact tussen raadsman en cliënt heeft voorgedaan". Dit is echter in strijd met de algemene opvatting in de literatuur en de jurisprudentie die hier wordt aangehaald.

⁷⁴⁶ Nieuwenhuys en Thiessen 1989, p. 243; HR 20-06-1968, NJ 1968, 332.

⁷⁴⁷ Anders: Vranken 1986, die van mening is dat de naam van de cliënt en het feit dat er contact is geweest tussen de cliënt en de beroepsbeoefenaar niet onder de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht valt.

⁷⁴⁸ Kantonrechter Amsterdam 04-09-1992, NJ 1992, 351. Ten aanzien van dit laatste aspect, de bekendheid bij derden, oordeelt het College van Beroep voor het Bedrijfsleven 23-04-1996,

Op de hiervoor beschreven ruime uitleg die gegeven wordt aan het begrip 'toevertrouwd' is in de jurisprudentie een uitzondering gemaakt voor de inhoud van besprekingen waarbij derden aanwezig zijn geweest, voorzover die besprekingen tot een rechtens afdwingbaar resultaat hebben geleid⁷⁴⁹. Met andere woorden, als de advocaat aanwezig is geweest bij een bespreking met de tegenpartij en tijdens deze bespreking een overeenkomst tot stand is gekomen, dan kan de advocaat zich achteraf ten aanzien van de totstandkoming van deze overeenkomst niet op zijn verschoningsrecht beroepen⁷⁵⁰.

Tot slot is van belang dat aan de verschoningsgerechtigde door de rechter een grote vrijheid wordt gelaten om te bepalen welke informatie onder de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht valt. Als de advocaat zich op zijn verschoningsrecht beroept, dan toetst de rechter dit slechts zeer marginaal: vragen hoeven niet te worden beantwoord, zolang de rechter het aan redelijke twijfel onderhevig acht dat beantwoording naar waarheid kan geschieden zonder dat de geheimhoudingsplicht wordt geschonden⁷⁵¹.

2.10.5 *Het verschoningsrecht en de strafvorderlijke dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden*

Het verschoningsrecht waarop de geheimhoudingsplichtige zich ten opzichte van de rechter kan beroepen bestrijkt maar een klein deel van de strafvorderlijke waarheidsvinding, namelijk alleen die situatie waarin de verschoningsgerechtigde als getuige wordt gehoord. Het verschoningsrecht zou gemakkelijk ondergraven kunnen worden als vertrouwelijke gegevens via de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen en opsporingsmethoden toch ter beschikking van justitie zouden kunnen komen. Daarom zijn verspreid door het Wetboek van Strafvordering bepalingen opgenomen die moeten voorkomen dat de vertrouwelijkheid van het contact tussen advocaat en verdachte wordt geschonden:

- Zo is ten aanzien van het bevel tot uitlevering van voor inbeslagneming vatbare voorwerpen in artikel 96a lid 3b Sv opgenomen dat een verschoningsgerechtigde zich ten aanzien van een dergelijk bevel kan verschonen, voorzover de uitlevering met de geheimhoudingsplicht in strijd zou zijn.

nr. 95/0941/075/200, Advocatenblad 1996, p. 573-575, zoals in de vorige paragraaf besproken, anders. Overigens moet worden opgemerkt dat informatie die een openbaar karakter heeft niet onder het verschoningsrecht valt, zie bijvoorbeeld Rb Amsterdam 22-02-1996, KG 1996, 124, waar ten aanzien van de gegevens van een hypotheekhouder die ingevolge de Wet op het Notarisambt en de Kadasterwet openbaar worden gemaakt door inschrijving in het openbaar register, geen verschoningsrecht wordt aangenomen.

⁷⁴⁹ Zie voor overzicht jurisprudentie Wisselink 1997, p. 44 e.v.

⁷⁵⁰ Zie Vranken 1986, p. 119 en Nieuwenhuys en Thiessen 1989, p. 244, alsmede de door hen aangehaalde jurisprudentie.

⁷⁵¹ Dit is vaste rechtspraak. Zie o.a. HR 01-03-1985, NJ 1986, 173 (notaris Maas); Hof Arnhem 13-12-1994, NJ 1996, 241; HR 18-12-1998, RvdW 1999, 2C.

- n artikel 98 Sv staat dat bij verschoningsgerechtigden, tenzij met hun toestemming, geen brieven of andere geschriften in beslag mogen worden genomen, waartoe hun geheimhoudingsplicht zich uitstrekt en dat een doorzoeking bij verschoningsgerechtigden, tenzij met hun toestemming, alleen plaatsvindt voorzover dit zonder schending van het beroepsgeheim kan gebeuren en dat deze doorzoeking slechts gericht mag zijn op brieven of geschriften die het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan ervan gediend hebben.
- n het SFO zijn de artikelen 97 tweede, derde en vierde lid en 98 Sv (doorzoeking van kantoor van geheimhouder) van overeenkomstige toepassing, zie de artikelen 126b-126d Sv.
- Bij een bevel tot uitlevering van poststukken (art. 100 en 114 Sv) zijn de artikelen 217-219 Sv van overeenkomstige toepassing. Een dergelijk bevel richt zich echter tot een medewerker van de post en die heeft geen verschoningsrecht. In de artikelen 100 en 114 Sv is geen uitzondering gemaakt ten aanzien van poststukken gericht aan of afkomstig van verschoningsgerechtigden. Dat zou betekenen dat post aan of van een verschoningsgerechtigde, zolang deze onderweg is, in beslag zou kunnen worden genomen. Aangezien dit in strijd wordt geacht met de strekking van onder andere de artikelen 50 en 98 Sv en de Hoge Raad heeft bepaald dat de bescherming van artikel 98 Sv ook geldt voor vertrouwelijke correspondentie die bij de cliënt wordt aangetroffen⁷⁵², wordt aangenomen dat een bevel tot uitlevering van poststukken, die zich bij de post bevinden of een andere instelling voor vervoer, niet kan worden gegeven ten aanzien van post aan of van verschoningsgerechtigden⁷⁵³.
- Ten aanzien van het uitleveren van gegevens c.q. decryptie van gegevens, opgeslagen in een geautomatiseerd werk (art. 125i, 125j en 125k Sv) is in artikel 125m lid 2 Sv opgenomen dat een verschoningsgerechtigde zich van een bevel daartoe kan verschonon voorzover de uitlevering met de geheimhoudingsplicht in strijd zou zijn.
- In artikel 125l Sv is bepaald dat een onderzoek naar gegevens in geautomatiseerde werken van verschoningsgerechtigden, tenzij met hun toestemming, niet plaatsvindt voorzover de geheimhoudingsplicht zich tot deze gegevens uitstrekt en dat een onderzoek in een geautomatiseerd werk waarin dergelijke gegevens zijn opgeslagen, tenzij met hun toestemming, slechts plaatsvindt voorzover dat zonder schending van het beroepsgeheim kan gebeuren.
- Artikel 126aa lid 2 Sv regelt dat processen-verbaal of andere voorwerpen die mededelingen behelzen, gedaan door of aan een verschoningsgerechtigde, door de officier van justitie zullen worden vernietigd.

⁷⁵² Zie § 2.10.6.1.

⁷⁵³ Mevis, T&C Sv 1999, aant. 10 bij art. 100 Sv.

- Een procedurele garantie is, dat in beginsel de doorzoeking van een kantoor (of woning) van een geheimhouder uitsluitend toekomt aan de RC (art. 110 Sv). Als ingeval van spoed niet op de komst van de RC kan worden gewacht, kan de officier van justitie of de hulp-officier van justitie op grond van artikel 97 Sv het kantoor van de geheimhouder doorzoeken echter alléén na voorafgaande machtiging van de RC (art. 97 lid 2).

Bij de invoering van de Wet Herziening GVO en de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden per 1 februari 2000 zijn de bevoegdheden met betrekking tot het toepassen van strafvorderlijke dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden ingrijpend gewijzigd, hetgeen ook zijn uitwerking heeft op de positie van de verschoningsgerechtigde. Hier zal alleen worden ingegaan op die wijzigingen die voor het verschoningsrecht van belang zijn⁷⁵⁴.

Bij het doorzoeken van een kantoor van een geheimhouder ter inbeslagneming is materieel niets gewijzigd, omdat deze bevoegdheid, evenals voor 1 februari 2000 is voorbehouden aan de RC. Dit geldt ook ten aanzien van het uitleveren van gegevens c.q. decryptie van gegevens, opgeslagen in een geautomatiseerd werk van een verschoningsgerechtigde (art. 125i en 125k Sv) en het doorzoeken van een geautomatiseerd werk van een verschoningsgerechtigde in artikel 125l Sv; ook in die gevallen blijft de RC bevoegd.

Een belangrijke wijziging heeft betrekking op de telefoontap. Bij de invoering van de Wet Herziening GVO is de bevoegdheid tot het opnemen van telecommunicatie uit het GVO gehaald en komt deze bevoegdheid de officier van justitie toe, die daartoe een machtiging nodig heeft van de RC (art. 126m Sv). De artikelen 125f-125h Sv (oud) zijn vervallen wat tot gevolg heeft dat de RC niet meer verantwoordelijk is voor de rechtmatige uitvoering van de tap en voor het bewaren en vernietigen van de tapgegevens. Op grond van artikel 125h lid 2 Sv (oud) diende de RC processen-verbaal en andere voorwerpen die waren verkregen als gevolg van inlichtingen ex artikel 125f Sv (oud) of door het aftappen of opnemen van telefoongesprekken te vernietigen, indien deze betrekking hadden op mededelingen gedaan door of aan een verschoningsgerechtigde. Deze verantwoordelijkheid komt op grond van artikel 126aa lid 2 Sv thans voor rekening van de officier van justitie.

Een minstens zo belangrijke wijziging, die relevant is voor de verschoningsgerechtigde, is de wettelijke uitbreiding van het scala aan (bijzondere) opsporingsbevoegdheden en de verruiming van de omstandigheden waaronder deze kunnen worden toegepast. Bij het onderzoek van telecommunicatie (art. 126m en 126t Sv) is niet meer vereist dat het vermoeden bestaat dat de verdachte aan de tele-

754 Voor algemene literatuur met betrekking tot beide wetten kan o.a. worden verwezen naar Corstens 1999, p. 287-330 en p. 415-480 en de daarin aangegeven literatuurverwijzingen; Mevis, T&C Sv 1999, de aant. bij de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden en voor literatuur m.n. aant. 8 bij de Inleidende opmerkingen bij de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden.

communicatie deelneemt⁷⁵⁵. Verder kunnen de dwangmiddelen observatie (art. 126g Sv) en het opnemen van vertrouwelijke communicatie, in verband waarmee een besloten plaats, niet zijnde een woning, heimelijk kan worden betreden zonder toestemming van de rechthebbende (art. 126l Sv) ook ten opzichte van derden worden uitgeoefend, die niet worden aangemerkt als verdachten of als personen die betrokken zijn bij georganiseerde criminaliteit⁷⁵⁶. Verder zijn er dwangmiddelen waarvan de wet niet noemt tegen wie zij gericht kunnen zijn zoals het inkijken ingevolge de artikelen 126k en 126r Sv. Ook in dit verband is de verplichting van de officier van justitie tot vernietiging van vertrouwelijk materiaal op grond van artikel 126aa lid 2 Sv van belang. Deze verplichting heeft niet alleen betrekking op telefoongesprekken maar op alle processen-verbaal en andere voorwerpen die mededelingen behelzen gedaan door of aan een verschoningsgerechtigde, die zijn verkregen door de uitoefening van bijzondere opsporingsbevoegdheden genoemd in de titels IVa tot en met Va van het Wetboek van Strafvordering. Hierna zal eerst worden ingegaan op de bescherming van de geheimhoudingsplicht bij de inbeslagneming en doorzoeking bij een verschoningsgerechtigde en daarna op de bescherming van vertrouwelijke gegevens die in het kader van de opsporing ter kennis komen van justitie.

2.10.6 Doorzoeking en inbeslagneming bij een advocaat

De meest klassieke bescherming van het verschoningsrecht van de advocaat bij de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen heeft betrekking op de inbeslagneming en doorzoeking en is geregeld in artikel 98 Sv dat sinds de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering op 1 januari 1926 materieel niet gewijzigd is. Bij de invoering van de Wet Herziening GVO⁷⁵⁷ is de tekst van artikel 98 Sv aangepast, met name doordat de term 'huiszoeking' is vervangen door 'doorzoeking'. Er is sprake van doorzoeking zodra er meer zoekhandelingen worden verricht dan het zoekend rondkijken en het doorzoeken heeft ook betrekking op andere plaatsen dan de woning, zoals een kantoor of een vervoermiddel. Deze wijziging heeft niet zozeer betrekking op de inhoud van artikel 98 Sv, maar wel op de toepasselijkheid van dit artikel op de doorzoekingsbevoegdheden⁷⁵⁸. Voor 1 februari 2000 was artikel 98 Sv alleen van toepassing bij een huiszoeking en thans is artikel 98 Sv ook van toepassing bij de doorzoeking van andere plaatsen, zoals bijvoorbeeld een vervoermiddel⁷⁵⁹.

⁷⁵⁵ Art. 125g Sv (oud).

⁷⁵⁶ Titel V van het Wetboek van Strafvordering.

⁷⁵⁷ Wet Herziening GVO 27 mei 1999, Stb. 243.

⁷⁵⁸ Mevis, T&C Sv 1999, aant. 13 bij art. 98 Sv. Overigens is Vellinga-Schootstra het er niet mee eens dat hierdoor geen inhoudelijke wijziging heeft plaatsgevonden. Anders dan voorheen, toen er tussen het binnentreden en zoekend rondkijken en huiszoeking een glijdende schaal bestond, heeft de wetgever thans alles wat méér inhoudt dan zoekend rondkijken doorzoeking genoemd, met als consequentie dat de hieraan verbonden waarborgen moeten worden nageleefd, zie Vellinga-Schootstra 2000, p. 928-931.

⁷⁵⁹ TK 1992-1993, 23 251, nr. 3, p. 21.

Art. 98 luidt thans als volgt:

Het eerste lid van artikel 98 Sv heeft betrekking op de voorwerpen die (niet) in beslag mogen worden genomen bij een verschoningsgerechtigde en het tweede lid heeft betrekking op de wijze waarop een doorzoeking bij een verschoningsgerechtigde mag plaatsvinden. Op beide aspecten zal hierna afzonderlijk worden ingegaan.

2.10.6.1 *In beginsel geen inbeslagneming van stukken die onder de geheimhoudingsplicht vallen*

Uit de tekst van artikel 98 Sv blijkt dat een inbeslagneming of doorzoeking bij een advocaat op zichzelf niet verboden is. In het eerste lid wordt de inbeslagneming van bepaalde voorwerpen verboden: brieven of andere geschriften waartoe de geheimhoudingsplicht zich uitstrekt mogen, tenzij met toestemming van de verschoningsgerechtigde, niet in beslag worden genomen. Het eerste lid beperkt derhalve de inbeslagnemingsbevoegdheid. In de wet staat uitdrukkelijk 'brieven of andere geschriften', hetgeen betekent dat andere voorwerpen, bijvoorbeeld geluidsbanden of videocassettes daar – naar de letter van de wet – niet onder vallen⁷⁶⁰. Aangenomen wordt dat het begrip 'geschrift' ruim moet worden uitgelegd in die zin, dat het niet alleen gaat om op papier vastgelegde tekst maar ook om documenten die bijvoorbeeld op een diskette zijn opgeslagen⁷⁶¹. De ratio van artikel 98 lid 1 Sv is, dat stukken, waartoe de geheimhoudingsplicht zich uitstrekt, beschermd worden. Het doet er niet veel toe waar die stukken zich bevinden. Ook als deze stukken zich niet bij de geheimhouder bevinden, in diens kantoor, archief, woning, tas of vervoermiddel, maar bij de cliënt of bij een door de geheimhouder ingeschakelde deskundige, dan mogen zij niet in beslag worden genomen⁷⁶². Het moet dan wel gaan om correspondentie tussen advocaat en cliënt of stukken die door de cliënt aan de advocaat zijn toevertrouwd en die de advocaat

"1. Bij personen met bevoegdheid tot verschooning, als bedoeld bij artikel 218, worden tenzij met hunne toestemming, niet in beslag genomen brieven of andere geschriften, tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt.

2. Een doorzoeking vindt bij zodanige personen, tenzij met hun toestemming, alleen plaats, voor zover het zonder schending van het stands-, beroeps- of ambtsgeheim kan geschieden, en strekt zij zich niet uit tot andere brieven of geschriften dan die welke het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan gediend hebben".

760 Vellinga-Schootstra 1982, p. 170; Corstens 1999, p. 453. Velen zijn overigens van mening dat voorwerpen grammaticaal gezien weliswaar niet onder art. 98 lid 1 Sv vallen, maar dat voorwerpen die onder de geheimhoudingsplicht vallen eigenlijk wel de bescherming van deze bepaling zouden moeten genieten, zie Van Domburg 1994, p. 49-50, die verwijst naar Melai, suppl. 4, aant. 4 en 5 bij art. 98 Sv en Verburg 1985, p. 35, die eveneens deze mening zijn toegedaan.

761 Mevis T&C Sv 1999, aant. 4 bij art. 98.

762 Zie voor correspondentie aangetroffen bij de cliënt HR 19-11-1985, NJ 1986, 533. Ook een nog niet door de cliënt verzonden brief, gericht aan zijn advocaat, mag niet in beslag worden genomen HR 01-11-1988, NJ 1989, 349. Zie in dit verband ook T. Blom en De Doelder 1991, p. 853-854 en Van Domburg 1994, p. 61-63. Zie verder HR 29-03-1994, NJ 1994, 553, waarin de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat het deel van het dossier dat met het oog op een door een registeraccountant uit te brengen advies door de advocaat aan de registeraccountant ter beschikking is gesteld, niet in beslag mag worden genomen.

vervolgens ter beschikking stelt aan een adviseur. Stukken die de cliënt rechtstreeks ter beschikking stelt aan de adviseur vallen niet onder het verschoningsrecht⁷⁶³. In een beschikking van 4 augustus 2000 van de Rechtbank Amsterdam, stelt de rechtbank zich op het standpunt dat het afgeleide verschoningsrecht zich ook uitstrekt tot de adviezen die de deskundige aan de advocaat op basis van de hem door de advocaat verstrekte vertrouwelijke gegevens uitbrengt. De rechtbank is van oordeel dat het afgeleide verschoningsrecht anders illusoir zou worden. Tegen deze beschikking is door het OM beroep in cassatie aangetekend⁷⁶⁴. Op het verbod tot inbeslagneming van stukken die onder de geheimhoudingsplicht vallen worden twee⁷⁶⁵ uitzonderingen gemaakt:

- Inbeslagneming van dergelijke stukken is wel mogelijk bij toestemming van de verschoningsgerechtigde. Hierop wordt in § 2.10.6.3 nader ingegaan.
- Verder is in de jurisprudentie uitgemaakt dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen voordoen waarin het belang van de waarheidsvinding prevaleert boven het verschoningsrecht.

In de jurisprudentie is al meermalen beslist dat het verschoningsrecht niet absoluut is en dat er zich uitzonderlijke omstandigheden kunnen voordoen waarin de waarheidsvinding prevaleert, maar hoe het criterium 'uitzonderlijke omstandigheden' moet worden ingevuld was tot voor kort onduidelijk⁷⁶⁶. In een arrest van 30 november 1999 heeft de Hoge Raad, voor het eerst⁷⁶⁷, aangenomen dat er

⁷⁶³ Zo besliste de Hoge Raad in HR 20-06-1995, DD 1995, 417, in een geval waarbij stukken niet door de raadslieden maar door de cliënt ter beschikking waren gesteld aan de belastingadviseur, dat deze stukken niet aan de raadslieden als geheim waren toevertrouwd en derhalve niet onder het verschoningsrecht vielen, dus bij de belastingadviseur in beslag mochten worden genomen. Dit is een wat formele opvatting. Als het gaat om stukken die ter beschikking worden gesteld in het kader van de verdediging, dan is het wat gekunsteld ervan uit te gaan, dat als deze stukken via de advocaat aan de belastingadviseur worden gestuurd hierop het verschoningsrecht wel van toepassing is, maar als de cliënt dat rechtstreeks doet niet. Zie voor een bespreking van deze uitspraak: Verschoningsrecht, Rubriek Advocatuur DD 1995, p. 1113-1114.

⁷⁶⁴ Rb Amsterdam 04-08-2000, nr. RK 00/2549, niet gepubl. Ten tijde van de afronding van dit onderzoek is het cassatieberoep nog aanhangig.

⁷⁶⁵ Eigenlijk is er nog een derde uitzondering, namelijk ten aanzien van stukken die voorwerp van het strafbare feit hebben uitgemaakt of tot het begaan ervan gediend hebben zoals vermeld in art. 98 lid 2 Sv. Op zichzelf kunnen dit ook stukken zijn die onder de geheimhoudingsplicht vallen. In de jurisprudentie wordt echter aangenomen dat dergelijke stukken per definitie niet onder de geheimhoudingsplicht vallen, zie uitgebreider § 2.10.6.2 hierna.

⁷⁶⁶ Mevis, T&C Sv 1999, aant. 8b bij art. 89 Sv. Zie verder HR 01-03-1985, NJ 1986, 173; HR 14-10-1986, NJ 1987, 490; HR 05-10-1993, NJ 1994, 262.

⁷⁶⁷ In HR 29-04-1994, NJ 1994, 537 is de Hoge Raad niet aan deze beslissing toegekomen. In deze zaak, waarvan de casus veel overeenkomsten vertoont met de casus die ten grondslag ligt aan de uitspraak van de Hoge Raad van 30-11-1999, had de rechtbank geoordeeld dat er zich uitzonderlijke omstandigheden voordeden, die de inbeslagname van dossiers rechtvaardigden, ook als deze onder de geheimhoudingsplicht zouden vallen. Daarbij wees de rechtbank erop dat de betrokken dossiers betrekking hadden op ernstige strafbare feiten waarvan de advocaat zelf werd verdacht die er, kort gezegd, op neerkwamen dat hij zijn positie als advocaat had misbruikt door strafbare handelingen van derden te bevorderen, door onder meer

sprake is van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden, die een inbeslagname van stukken waartoe de geheimhoudingsplicht zich uitstrekt rechtvaardigen⁷⁶⁸. Het betreft een zaak waarbij de advocaat ervan verdacht werd dat hij een crimineel samenwerkingsverband vormde met cliënten en daarbij mogelijk op grote schaal fraude pleegde. Met name zou hij valsheid in geschrifte hebben gepleegd door in strijd met de waarheid overeenkomsten op te stellen terzake van levering van obligaties, terwijl hij wist of kon vermoeden dat deze obligaties helemaal niet geleverd konden worden en door bedragen afkomstig van door betrokken cliënten gegenereerde geldstromen te laten overmaken naar de rekening van zijn vroegere advocatenmaatschap. De rechtbank had naar aanleiding van een beklag van de advocaat tot teruggave van inbeslaggenomen voorwerpen ex artikel 552a Sv overwogen dat, gelet op de omstandigheid dat de advocaat verdacht werd van deelneming aan een samenwerkingsverband dat mogelijk grootschalige fraude pleegde, de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat jegens betrokken cliënten geen bescherming verdient, omdat een beroep hierop er toe zou kunnen leiden dat de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht worden ingezet ten behoeve van het achterhouden van bewijsmateriaal. De Hoge Raad overweegt naar aanleiding van de vraag welke omstandigheden als zeer uitzonderlijk moeten worden aangemerkt, dat dit zich niet in een algemene regel laat samenvatten, maar dat de enkele omstandigheid dat de advocaat als verdachte wordt aangemerkt in ieder geval niet toereikend is om zijn verschoningsrecht te doorbreken⁷⁶⁹. Dat kan volgens de Hoge Raad anders zijn bij verdenking van een ernstig strafbaar feit, zoals het vormen van een crimineel samenwerkingsverband van een advocaat met bepaalde cliënten:

“Dan zal het belang van die cliënten dat zij ervan moeten kunnen uitgaan dat de advocaat geheim houdt hetgeen zij hem in die criminele aangelegenheid hebben toevertrouwd moeten wijken voor het belang dat de waarheid aan het licht komt. In een dergelijk geval dienen het verschoningsrecht en de daarmee samenhangende beperkingen van de uitoefening van de beslag- en huiszoekingsbevoegdheden te wijken voor het belang van de strafvordering, zij het

de daarbij betrokken en verworven criminele vermogens veilig te stellen. De rechtbank achtte deze verdenking, gelet op de stukken, voldoende onderbouwd. Uit die stukken bleek onder meer dat een cliënt van de advocaat voor anonieme derden geld had gestort op een rekening bij de Femisbank en dat de advocaat in overleg met deze cliënt opdracht had gegeven om een bedrag van f 17 500 000 naar de rekening van de advocaat bij de Femisbank over te boeken. Dit bedrag werd vervolgens door de advocaat verder geleid via diverse bankrekeningen in Luxemburg en Zwitserland. Aan de beantwoording van de vraag of dit bijzondere omstandigheden waren die een inbreuk op de geheimhoudingsplicht rechtvaardigden kwam de Hoge Raad niet toe, omdat de advocaat de inbeslaggenomen dossiers vrijwillig had afgestaan en de overwegingen van de rechtbank met betrekking tot de bijzondere omstandigheden die een inbreuk op de geheimhoudingsplicht zouden rechtvaardigen, ten overvloede waren gegeven.

768 HR 30-11-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 1. Zie voor de beschikking van de rechtbank die ten grondslag lag aan deze uitspraak Rb Amsterdam 09-10-1998, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, 183 en voor een bespreking van dit arrest Hamer en Pelsser 2000, p. 198-200.

769 De Hoge Raad verwijst naar HR 10-10-1950, NJ 1951, 356. In dezelfde zin oordeelde de Hoge Raad ook in HR 14-10-1986, NJ 1987, 490. Uit laatstgenoemde uitspraak blijkt dat het aanvaarden van een honorarium dat bestaat uit gelden die van misdrijf afkomstig zijn geen ‘bijzondere omstandigheid’ oplevert.

dat ook dan de inbreuk op het verschoningsrecht niet verder mag gaan dan strikt nodig is voor het aan het licht brengen van de waarheid van het desbetreffende feit waarbij zorg moet worden betracht om te voorkomen dat de belangen van andere cliënten van de advocaat dan de cliënten die betrokken zijn bij de strafbare feiten waarvan de advocaat wordt verdacht, onevenredig zouden worden getroffen (...).

De rechtbank heeft niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door (...) aan te nemen dat in dit geval, waarbij een advocaat van ernstige misdrijven wordt verdacht, waarbij indien die verdenking op juistheid berust, de klager als advocaat is betrokken bij een groot-schalige fraude en daarbij misbruik heeft gemaakt van zijn bijzondere positie als advocaat, zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen welke rechtvaardigen dat de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat jegens zijn medeverdachte cliënten niet langer bescherming verdient en het belang van de waarheidsvinding meebrengt dat in zoverre schending van het beroepsgeheim mag plaatsvinden. Terecht heeft de rechtbank daaraan toegevoegd dat in deze zeer uitzonderlijke situatie niet langer het onderscheid van belang is tussen enerzijds brieven en geschriften die voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend en anderzijds voorwerpen die kunnen dienen om de waarheid aan het licht te brengen".

Uit deze uitspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat indien de advocaat samen met een aantal van zijn cliënten verdacht wordt van het plegen van ernstige strafbare feiten, ook inbeslagneming kan plaatsvinden van stukken die betrekking hebben op de contacten tussen de advocaat en deze cliënten, ondanks dat deze stukken geen corpora et instrumenta delicti zijn en ondanks de omstandigheid dat deze stukken onder de geheimhoudingsplicht vallen⁷⁷⁰.

2.10.6.2 *Beperkte doorzoekingsbevoegdheid bij verschoningsgerechtigden*

Het tweede lid van artikel 98 Sv heeft niet betrekking op de inbeslagnemingsbevoegdheid zelf, maar beperkt de doorzoekingsbevoegdheid. Bij het doorzoeken mag, tenzij met toestemming van de verschoningsgerechtigde⁷⁷¹, de geheimhoudingsplicht niet worden geschonden en er mag alleen worden gezocht naar papieren die het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan ervan gediend hebben, de zogenaamde corpora et instrumenta delicti. Ook als er gezocht wordt naar andere voorwerpen dan brieven of geschriften, dan mag de geheimhoudingsplicht niet worden geschonden⁷⁷².

Vellinga-Schootstra is van mening dat uit het tweede lid van artikel 98 Sv moet worden afgeleid dat uitsluitend naar papieren die het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan ervan gediend hebben, de zogenaamde corpora et

⁷⁷⁰ Zie voor eenzelfde opvatting Van Domburg 1994, p. 65-67, waarin hij stelt dat ten aanzien van een verschoningsgerechtigde die ten opzichte van zijn cliënt in een dader-deelnemer-verhouding staat, de bescherming van artikel 98 Sv niet geldt, voorzover het gaat om hun vertrouwensrelatie, maar dat deze bescherming wel geldt ten aanzien van andere cliënten of in een situatie dat alleen de advocaat als verdachte wordt aangemerkt, zonder dat daarbij een cliënt betrokken is en Corstens 1999, p. 455.

⁷⁷¹ Zie § 2.10.6.3 hierna.

⁷⁷² Mevis T&C Sv 1999, aant. 7b bij art. 89 Sv.

instrumenta, mag worden gezocht⁷⁷³. Verder kunnen dergelijke corpora et instrumenta volgens haar alleen in beslag worden genomen als zij niet onder de geheimhoudingsplicht vallen: het eerste lid van artikel 98 Sv verbiedt immers de inbeslagname van geheime stukken. Volgens haar interpretatie kunnen dus ook corpora et instrumenta onder de geheimhoudingsplicht vallen⁷⁷⁴. Deze strikte uitleg van artikel 98 Sv wordt door de Hoge Raad niet gedeeld. De Hoge Raad heeft bepaald dat een huiszoeking bij een advocaat gericht mag zijn op brieven of andere geschriften waarvan redelijkerwijs mag worden aangenomen dat zij niet het object van het de advocaat toekomende verschoningsrecht kunnen zijn, mits dit geschiedt op zodanige wijze en onder zodanige omstandigheden dat de kans dat gegevens waarvan de wetenschap de advocaat in diens hoedanigheid zijn toevertrouwd ter kennis van derden zouden kunnen komen, zo klein mogelijk is⁷⁷⁵. Dus volgens de Hoge Raad mag ook naar andere papieren dan corpora et instrumenta worden gezocht, mits deze niet onder de geheimhoudingsplicht vallen. In de meeste gevallen gaat het dan om stukken die de advocaat niet als zodanig onder zich heeft, maar in een andere hoedanigheid, bijvoorbeeld als bestuurslid of commissaris van een rechtspersoon. Verder vallen volgens de Hoge Raad corpora et instrumenta per definitie niet onder de geheimhoudingsplicht omdat dergelijke brieven en geschriften geen object zijn van de bevoegdheid tot verschoning, zodat hiernaar altijd gezocht kan worden en deze altijd in beslag kunnen worden genomen⁷⁷⁶. Tot slot mag er ook naar andere voorwerpen dan geschriften worden gezocht⁷⁷⁷.

Vranken is van mening dat schriftelijke stukken die tot stand zijn gekomen vóór de aanvang van de relatie tussen hulpverlener en cliënt niet onder het verschoningsrecht vallen⁷⁷⁸. Deze opvatting is echter in strijd met de hiervoor beschreven uitleg die gegeven wordt aan het verbod van inbeslagname in artikel 98 Sv. Onder dit verbod vallen immers alle brieven en andere schriftelijke stukken die aan de verschoningsgerechtigde in zijn functie ter beschikking zijn gesteld, of deze nu vóór of na de relatie met de verschoningsgerechtigde tot stand zijn gekomen. Uitgezonderd zijn alleen die stukken, die het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of die tot het begaan ervan hebben gediend⁷⁷⁹. Toch speelt de opvatting van Vranken in de praktijk wel eens een rol. In dit verband kan gewezen worden op een zaak waarin huiszoeking was gedaan op een kantoor van een advocaat die stukken (een journaal) in bewaring had gekregen van zijn cliënt, een van corruptie verdachte politieagent die vertrouwelijke opsporingsinformatie aan 'derden'

773 Vellinga-Schootstra 1982, p. 177-178.

774 Vellinga-Schootstra 1982, p. 172 en de door haar in noot 29 aangehaalde schrijvers, Noyon, Simons, Verstegen, Verburg en Langemeijer.

775 HR 20-06-1988, NJ 1989, 213.

776 HR 22-11-1991, NJ 1992, 315; HR 29-04-1994, NJ 1994, 537. Dit is overeenkomstig het standpunt van de minister in de wetsgeschiedenis, zie met name de MvT bij de art. 98 en 113 Sv TK 1913-1914, 286, nr. 3; zie ook Blok/Besier 1925/1926 I, p. 314-315.

777 Mevis T&C Sv 1999, aant. 7a bij art. 89 Sv; zie ook § 2.10.6.1 hiervoor.

778 Vranken 1986, p. 117. Wisselink 1997, p. 29, acht deze uitzondering niet onredelijk.

779 Vellinga-Schootstra 1982, p. 171-176; Mevis, T&C Sv 1999, aant. 3 bij art. 98 Sv; Corstiens 1999, p. 452-453.

zou hebben verkocht. Het journaal was een persoonlijk relaas van de politieagent over zijn werkzaamheden, dat hij had bijgehouden voordat hij in contact was gekomen met zijn advocaat. De rechtbank achtte door de inbeslagneming het beroepsgeheim van de advocaat niet geschonden omdat het journaal door de verdachte niet ten behoeve van zijn raadsman was opgesteld, de raadsman daarvan al eerder een kopie had verstrekt aan de officier van justitie en niet op voorhand was uit te sluiten dat het journaal voorwerp uitmaakte van het strafbare feit⁷⁸⁰. In cassatie bevestigt de Hoge Raad het oordeel van de rechtbank, maar lijkt de Hoge Raad de omstandigheid, dat het journaal niet ten behoeve van de raadsman is opgesteld, niet doorslaggevend te achten. De Hoge Raad overweegt namelijk dat gelet op de omstandigheid dat de inhoud van de in de zaak inbeslaggenomen stukken reeds bij politie en justitie bekend was en dat de raadsman er ten tijde van, en onmiddellijk na de inbeslagneming, blijk van heeft gegeven geen bezwaar te hebben tegen dat bekend zijn, het oordeel van de rechtbank dat door de inbeslagneming het beroepsgeheim van de advocaat niet is geschonden, geen blijk geeft van een verkeerde rechtsopvatting⁷⁸¹.

Ook ten aanzien van de doorzoeking geldt dat op de hiervoor geformuleerde hoofdregels een uitzondering kan worden gemaakt als er zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen op grond waarvan de waarheidsvinding prevaleert boven de bescherming van de geheimhoudingsplicht⁷⁸². In het in § 2.10.6.1 besproken arrest van de Hoge Raad van 30 november 1999⁷⁸³ heeft de Hoge Raad overwogen dat ingeval van zeer uitzonderlijke omstandigheden, in casu was de advocaat verdacht van ernstige strafbare feiten die hij samen met cliënten zou hebben gepleegd, de huiszoeking ook zonder toestemming een verdere strekking kan hebben dan de inbeslagneming van brieven en geschriften die voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan gediend hebben. In een dergelijk geval kan de doorzoeking gericht zijn op brieven en geschriften die kunnen dienen om de waarheid aan het licht te brengen, ook als hier de geheimhoudingsplicht door geschonden zou worden.

⁷⁸⁰ Inbeslagneming op een advocatenkantoor, Rubriek Advocatuur DD 1997, p. 287-291.

⁷⁸¹ HR 20-01-1998, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, 49; Mevis, T&C Sv 1999, aant. 3 bij art. 98 Sv, die naar aanleiding van dit arrest opmerkt dat als de geheimhouder stukken zelf bekend maakt of geen bezwaar maakt tegen het bekend zijn van stukken, de inbeslagneming het beroepsgeheim kennelijk niet schendt. Overigens speelde bij deze zaak eigenlijk een heel andere kwestie. Het OM vreesde dat het journaal van de politieagent geheime en voor het OM nadelige informatie over opsporingsmethoden bevatte en wilde het originele journaal en alle kopieën ervan in beslag nemen, terwijl de advocaat een kopie wilde behouden voor de verdediging. In feite was de hele exercitie niet nodig geweest, omdat de inbeslaggenomen stukken, aldus de Hoge Raad, in beginsel naar analogie van artikel 30 Sv ter kennisneming moeten komen van de verdediging, zie: Rubriek Advocatuur DD 1998, p. 290-292.

⁷⁸² HR 01-03-1985, NJ 1986, 173; HR 14-10-1986, NJ 1987, 490; HR 05-10-1993, NJ 1994, 262.

⁷⁸³ HR 30-11-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 1. Zie voor de beschikking van de rechtbank die ten grondslag lag aan deze uitspraak Rb Amsterdam 09-10-1998, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, 183.

2.10.6.3 Toestemming verschoningsgerechtigde

De beperkingen op de inbeslagnemings- en doorzoekingsbevoegdheid van het eerste en tweede lid van artikel 98 Sv vervallen als de verschoningsgerechtigde toestemming geeft tot inbeslagneming of doorzoeking⁷⁸⁴. Deze toestemming moet blijken uit een uitdrukkelijke wilsverklaring van de geheimhouder zelf of een door hem aangewezen gemachtigde. Toestemming van een kantoorgenoot is niet voldoende⁷⁸⁵. Van Domburg merkt op dat het met name bij de toestemming tot doorzoeking duidelijk moet zijn waar precies toestemming voor wordt gegeven. Het is immers mogelijk alleen toestemming te geven naar corpora et instrumenta delicti te zoeken, of naar voorwerpen die niet onder de geheimhoudingsplicht vallen, of alleen toestemming te geven om te zoeken naar gegevens of objecten die betrekking hebben op een bepaalde cliënt, of om toestemming te geven alles te doorzoeken.

Ook hier spelen de vragen, die in § 2.10.2 en § 2.10.3 aan de orde zijn gesteld, namelijk in hoeverre de advocaat wel bevoegd is om toestemming te geven als consequentie daarvan is dat de geheimhoudingsplicht wordt geschonden. In § 2.10.2 is uiteengezet dat ten aanzien van het professionele verschoningsrecht twee opvattingen bestaan, waarbij de ene opvatting ervan uitgaat dat de advocaat steeds bevoegd is te getuigen ook al schendt hij zijn geheimhoudingsplicht en de andere opvatting ervan uitgaat dat een doorbreking van de geheimhoudingsplicht alleen in zeer uitzonderlijke (overmachts)situaties denkbaar is. In de eerstgenoemde opvatting speelt een belangrijke rol, dat tegenover de bevoegdheid tot verschoning een wettelijke getuigplicht staat. Een soortgelijke verplichting bestaat echter niet ten aanzien van het geven van toestemming voor een doorzoeking of inbeslagneming, zodat het belangrijkste argument om de advocaat, die als getuige zijn geheimhoudingsplicht doorbreekt straffeloos te achten, bij een doorzoeking en inbeslagneming ontbreekt. Dat betekent dat er nauwelijks situaties denkbaar zijn dat een advocaat, zonder zich strafbaar te maken aan overtreding van artikel 272 Sr, toestemming mag geven tot inbeslagneming van stukken die onder zijn geheimhoudingsplicht vallen of tot een doorzoeking waarbij de geheimhouding niet wordt gerespecteerd. Alleen als er sprake is van een overmachtssituatie, waarbij vooral gedacht moet worden aan het voorkomen van levensbedreigende situaties, zou de advocaat toestemming mogen geven tot inbeslagneming of huiszoeking waarbij een inbreuk op de geheimhoudingsplicht wordt gemaakt⁷⁸⁶. Volgens Corstens zou de advocaat toestemming kunnen geven,

784 HR 01-05-1990, NJ 1991, 40; in deze zaak besliste de Hoge Raad dat de toestemming mede kan omvatten dat gezocht mag worden naar stukken die onder de geheimhoudingsplicht vallen door te overwegen: "Redelijke uitleg van art. 98 tweede lid Sv brengt echter mee dat huiszoeking a. alleen plaatsvindt voor zover zij zonder schending van het stands-, beroeps- of ambtsgeheim kan geschieden, en b. zich niet uitstrekt tot andere brieven of geschriften dan die welke het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan gediend hebben, tenzij de in het eerste lid van art. 98 Sv bedoelde persoon er in heeft toegestemd dat de huiszoeking zonder evengenoemde beperkingen of een daarvan plaatsvindt".

785 HR 25-11-1986, NJ 1987, 513.

786 Van Domburg 1994, p. 60.

als hij van oordeel is dat het belang van de cliënt gebaat is bij openheid⁷⁸⁷. Daarover zal de advocaat mijns inziens echter niet zelf kunnen beslissen, maar daartoe zal hij toestemming nodig hebben van zijn cliënt. Bovendien speelt bij het geven van toestemming ook het algemeen belang, dat de burger erop moet kunnen vertrouwen dat de gegevens die hij aan de verschoningsgerechtigde toevertrouwt door deze geheim zullen worden gehouden. Als de advocaat niet consequent toestemming weigert, dan kan er net als in de situatie dat de advocaat als getuige gehoord wordt, de indruk ontstaan dat als de advocaat zwijgt of zijn toestemming weigert, er iets te verbergen valt: het zogenaamde 'silence signicatif' of ingeval van weigering van toestemming 'refus signicatif'⁷⁸⁸.

Gecompliceerd is ook de situatie als de advocaat zelf als verdachte wordt aangemerkt en door toestemming te geven tot een huiszoeking zichzelf kan ontlasten, maar zijn cliënt(en) zal belasten. Mag in een dergelijke situatie de advocaat in het belang van zijn eigen verdediging ook een beroep doen op overmacht en zijn geheimhoudingsplicht doorbreken? In een tuchtzaak waarin een advocaat, die als medeverdachte werd aangemerkt van zijn cliënt, zich niet gehouden achtte aan zijn geheimhoudingsplicht en zeer belastende verklaringen aflegde tegen zijn cliënt om zichzelf te ontlasten, wilde het Hof van Discipline zich niet uitspreken over de algemene vraag of in een dergelijke situatie een beperking van de geheimhoudingsplicht kan worden aanvaard, maar oordeelde het hof dat de advocaat in casu veel te ver was gegaan omdat hij zich niet had onthouden van het doen van mededelingen die zijn cliënt konden schaden⁷⁸⁹.

De conclusie is dat de verschoningsgerechtigde in beginsel geen toestemming zal mogen geven tot inbeslagneming en doorzoeking, indien door deze toestemming de geheimhoudingsplicht wordt geschonden. In verband hiermee heeft de Nederlandse Orde van Advocaten in oktober 1986 een handleiding voor advocaten uitgevaardigd waarin een richtsnoer wordt gegeven, hoe advocaten aan hun geheimhoudingsplicht kunnen voldoen ingeval van huiszoeking (thans doorzoeking) en inbeslagneming⁷⁹⁰. Op 30 juli 1998 is door de Orde een handleiding uitgevaardigd ten behoeve van de dekens die bij een huiszoeking op een advocatenkantoor aanwezig zijn⁷⁹¹. Op deze handleidingen zal hierna bij de bespreking van de procedurele aspecten van de doorzoeking en inbeslagneming bij advocaten nog nader worden ingegaan⁷⁹². In deze handleidingen wordt ervan uit gegaan dat de advocaat zijn toestemming tot doorzoeking en inbeslagneming van vertrouwelijke stukken steeds expliciet moet weigeren met een beroep op zijn verschoningsrecht. Aangenomen mag worden dat deze richtsnoer ook geldt ten aanzien

787 Corstens 1999, p. 454.

788 Corstens 1999, p. 454; Verburg 1985, p. 1985.

789 HvD 26-09-1983, nr. 662, Advocatenblad 1984, p. 248. Zie voor de bespreking van deze zaak verder § 3.8.6.1.

790 De geheimhoudingsplicht van de advocaat, Handleiding bij bezoek (fiscale) opsporingsambtenaren, Bijlage bij Advocatenblad afl. 18, 1986. Zie voor een bespreking hiervan ook Hertoghs, 1988, p. 77-94.

791 Handleiding dekens bij huiszoeking op een advocatenkantoor, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, p. 166-168.

792 § 2.10.6.6.

van de andere in § 2.10.5 opgesomde opsporingshandelingen waarbij de advocaat een beroep kan doen op zijn verschoningsrecht of waarbij sprake is van een toestemmingsvereiste⁷⁹³.

2.10.6.4 Toetsing reikwijdte geheimhoudingsplicht

Aan de advocaat komt alleen een verschoningsrecht toe met betrekking tot datgene wat hem als zodanig is toevertrouwd⁷⁹⁴. Dit uitgangspunt geldt ook bij een doorzoeking en inbeslagneming, echter niet volledig omdat bij een doorzoeking en inbeslagneming andere voorwerpen dan brieven of geschriften en de corpora et instrumenta niet worden beschermd, ook al kunnen deze onder de geheimhoudingsplicht vallen in die zin dat ook deze aan de advocaat als zodanig zijn toevertrouwd⁷⁹⁵.

Hoe moet de rechter-commissaris of opsporingsambtenaar bij het doorzoeken en in beslag nemen nu beslissen of stukken al dan niet onder de geheimhoudingsplicht vallen? In de jurisprudentie is, evenals bij het beroep op het verschoningsrecht als getuige⁷⁹⁶, als hoofdregel aangenomen dat het oordeel omtrent de vraag of brieven of geschriften object van de bevoegdheid tot verschoning uitmaken, in beginsel toekomt aan de tot verschoning bevoegde advocaat. Wanneer de advocaat zich op het standpunt stelt dat het gaat om brieven of geschriften die noch het voorwerp van een strafbaar feit uitmaken noch tot het begaan daarvan hebben gediend en waarvan kennisneming zou leiden tot schending van het beroepsgeheim, dan moet dit standpunt door de politie en justitie worden gerespecteerd⁷⁹⁷. Dit betekent dat de betrokken rechter of opsporingsambtenaar het standpunt van de advocaat slechts marginaal mag toetsen en dat in principe de verschoningsgerechtigde beslist. Alleen als er redelijkerwijs geen twijfel over kan bestaan dat het standpunt van de advocaat onjuist is, is het de autoriteiten toegestaan kennis te nemen van de inhoud van de stukken, voorzover nodig, om te controleren of de stukken al dan niet onder de geheimhoudingsplicht vallen⁷⁹⁸. Ten aanzien van de

793 Art. 96a Sv (uitlevering van voor inbeslagneming vatbaar voorwerp); art. 125m Sv (bevel tot uitlevering c.q. decryptie van gegevens in geautomatiseerd werk); art. 125l Sv (doorzoeking van een geautomatiseerd werk); art. 100 en 114 Sv (bevel tot uitlevering van poststukken).

794 Zie § 2.10.4.1 en § 2.10.4.2.

795 Wat andere voorwerpen dan brieven of geschriften betreft is dit gebrek aan bescherming volgens velen ten onrechte, omdat deze ook onder de geheimhoudingsplicht kunnen vallen en derhalve niet in beslag zouden mogen worden genomen, zie Van Domburg 1994, p. 49-50, die verwijst naar Melai, suppl. 4, aant. 4 en 5 bij art. 98 Sv en Verburg 1985, p. 35, die eveneens deze mening zijn toegedaan. Zie voor de vraag of ook corpora et instrumenta onder de geheimhoudingsplicht kunnen vallen § 2.10.6.1.

796 Zie § 2.10.4.2.

797 HR 22-11-1991, NJ 1992, 315, later nog eens bevestigd in HR 24-09-1996, DD 1997, 12 en HR 30-11-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 1. Zie in dit verband ook Vellinga-Schootstra 1992, p. 181, die concludeert dat de beslissing van de geheimhouder meestal de doorslag zal geven en Blok/Besier 1925/1926 I, p. 316 die dit eveneens stellen en daarbij opmerken: "Verklaart de advocaat zelfs in strijd met de waarheid, dat een brief een mededeling van een cliënt bevat, dan zal de ambtenaar zijne handen hebben thuis te houden".

798 HR 19-11-1985, NJ 1986, 533; HR 22-11-1991, NJ 1992, 315; HR 29-04-1994, NJ 1994, 537.

vraag of er redelijkerwijs geen twijfel over kan bestaan dat stukken niet onder de geheimhoudingsplicht vallen kan discussie ontstaan. Het probleem hierbij is dat bij een controle de opsporingsambtenaar of rechter-commissaris noodzakelijkerwijs kennis neemt van de inhoud van stukken, die bij nader inzien toch onder de geheimhoudingsplicht kunnen vallen. Van Domburg meldt dat in politiekringen wordt aangenomen dat er minimaal twee feiten of omstandigheden moeten zijn om aan te nemen dat er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat het standpunt van de verschoningsgerechtigde onjuist is⁷⁹⁹. Verder valt uit de jurisprudentie op te maken dat controle in eerste instantie alleen mag plaatsvinden om vast te stellen of het inderdaad gaat om stukken die onder de geheimhoudingsplicht vallen. Bovendien wordt er al snel aangenomen, door kennisgeving van de adressering of ondertekening van een stuk, dat het gaat om stukken die onder de geheimhoudingsplicht vallen. Bijvoorbeeld bij een adressering, waarop 'persoonlijk' of 'vertrouwelijk' staat vermeld en die gericht is aan een advocaat, mag er van de verdere inhoud van het stuk geen kennis worden genomen om vast te stellen of de verdere inhoud onder de geheimhoudingsplicht valt⁸⁰⁰. Om te voorkomen dat in dit soort situaties de geheimhoudingsplicht geschonden wordt, is in de praktijk een procedure ontwikkeld dat bij een doorzoeking ter inbeslagneming bij een advocaat steeds de plaatselijk deken van de Orde van Advocaten als een onafhankelijke derde wordt ingeschakeld om te beoordelen of stukken al dan niet onder de geheimhoudingsplicht vallen.

In het arrest van 30 november 1999⁸⁰¹ maakt de Hoge Raad een uitzondering op het uitgangspunt dat de beslissing of geschriften onder de geheimhoudingsplicht vallen in beginsel toekomt aan de advocaat. Hiervoor is al beschreven dat in dit geval volgens de Hoge Raad sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden: de advocaat werd verdacht van ernstige strafbare feiten die hij samen met cliënten zou hebben gepleegd. Gelet op deze uitzonderlijke omstandigheden acht de Hoge Raad niet alleen een inbreuk op de geheimhoudingsplicht in het belang van de waarheidsvinding gerechtvaardigd maar bepaalt de Hoge Raad ook dat het in een dergelijk geval niet aan de verschoningsgerechtigde advocaat is om te bepalen of en zo ja welke stukken wel of niet onder zijn verschoningsrecht vallen, maar dat dit oordeel in eerste instantie aan de RC toekomt, die bij voorkeur in gezamenlijk overleg met de deken van de Orde van Advocaten in het desbetreffende arrondissement uitmaakt voor welke stukken het verschoningsrecht wordt doorbroken. Hierbij zal volgens de Hoge Raad "zorg moeten worden betracht om te voorkomen dat de belangen van andere cliënten van de advocaat dan de cliënten die betrokken zijn bij de strafbare feiten waarvan de advocaat wordt verdacht, onevenredig zouden worden getroffen". Deze zorg komt in dit geval toe aan de RC, bij voorkeur in gezamenlijk overleg met de plaatselijk deken. De rol van de deken bij de doorzoeking en inbeslagneming zal verder worden besproken in § 2.10.6.6, waarin de praktische gang van zaken bij een doorzoeking en inbeslagneming bij een advocaat aan de orde komt.

⁷⁹⁹ Van Domburg 1994, p. 63.

⁸⁰⁰ HR 01-11-1988, NJ 1989, 349.

⁸⁰¹ HR 30-11-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 1.

2.10.6.5 *Wie is bevoegd tot doorzoeking en inbeslagneming?*

In beginsel komt de doorzoeking van een kantoor of privé-adres van een geheimhouder uitsluitend toe aan de RC (art. 96c en 110 Sv). Als ingeval van spoed niet op de komst van de RC kan worden gewacht, kan de officier van justitie of de hulp-officier van justitie op grond van artikel 97 Sv het kantoor van de geheimhouder doorzoeken echter alléén na voorafgaande machtiging van de RC (art. 97 lid 2 Sv). Is de RC niet bereikbaar of moet op de RC worden gewacht dan kunnen opsporingsambtenaren op grond van artikel 96 lid 2 Sv zogenaamde 'bevriezingsmaatregelen' nemen, om te voorkomen dat inbeslaggenomen voorwerpen worden vernietigd of weggemaakt en kunnen zij de vrijheid van personen ter plaatse beperken⁸⁰².

Naast de doorzoeking van een kantoor van een geheimhouder kan ook een vervoermiddel ter inbeslagneming worden doorzocht (art. 96b Sv). Daartoe is naast de RC iedere opsporingsambtenaar bevoegd ingeval van ontdekking op heterdaad of ingeval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67 lid 1 Sv. In artikel 96b Sv is geen uitzondering gemaakt voor verschoningsgerechtigden, maar gelet op de algemene betekenis van de term 'doorzoeking' is artikel 98 lid 2 Sv van overeenkomstige toepassing, hetgeen betekent dat ook een vervoermiddel, tenzij met toestemming, alleen mag worden doorzocht zonder dat de geheimhoudingsplicht wordt geschonden en dat alleen mag worden gezocht naar geschriften die voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan ervan gediend hebben⁸⁰³. Aangenomen moet worden dat dit ook geldt voor het doorzoeken van tassen van advocaten waarin dossiers zitten⁸⁰⁴.

2.10.6.6 *Procedurele en praktische aspecten van de doorzoeking en inbeslagneming bij een advocaat*

In de jurisprudentie is een drietal algemene voorschriften geformuleerd om te bewerkstelligen, dat de kans dat vertrouwelijke gegevens berustende bij een advocaat bij een doorzoeking ter kennis van derden komen, zo klein mogelijk blijft:

- a. het zoeken dient gericht te geschieden, dat wil zeggen met mededeling vooraf van een duidelijke en concrete omschrijving van de aard van de gezochte bescheiden;

802 Zie Huisman en Van Tuijn 2000, m.n. p. 787.

803 Dit staat ook met zoveel woorden in de MvT, TK 1992-1993, 23 251, nr. 3, p. 21. Hierdoor wordt ook (gedeeltelijk) tegemoetgekomen aan het bezwaar dat Vellinga-Schootstra gemaakt heeft tegen de omstandigheid dat artikel 98 lid 2 alleen de huiszoeking betreft en niet de andere handelingen die inbeslagneming mogelijk kunnen maken. Zij noemt als voorbeeld dat het even vervelend is voor de cliënt als de politie bij een huiszoeking op kantoor zijn dossier onder ogen komt, als wanneer dat bijvoorbeeld op straat bij het doorzoeken van een tas gebeurt, Vellinga-Schootstra 1982, p. 179.

804 Vellinga-Schootstra 1982, p. 179.

- b. er mag alleen worden gezocht op plaatsen ten aanzien waarvan sterke aanwijzingen of vermoedens bestaan dat zich daar bescheiden bevinden die voorwerpen van het strafbare feit zijn waarop het onderzoek betrekking heeft dan wel tot het begaan van dit feit hebben gediend of die de advocaat anders dan als advocaat onder zich heeft;
- c. de doorzoeking dient met het oog op het onder a en b gestelde op de minst bezwarende wijze te geschieden, waarbij met name valt te denken aan de aanwezigheid van de deken van de plaatselijke orde van advocaten⁸⁰⁵.

De aanwezigheid van de deken bij een doorzoeking wordt in de jurisprudentie min of meer aanvaard als een tussenoplossing in die gevallen dat de beslaglegger met de advocaat van mening verschilt over de vraag of het gaat om voor beslag vatbare stukken. De beslaglegger kan zich dan richten naar het oordeel van de deken, zonder zelf van de inhoud van (vertrouwelijke) stukken kennis te nemen⁸⁰⁶. Aangezien niet valt te voorzien of er meningsverschillen kunnen ontstaan is het gebruikelijk al bij voorbaat de plaatselijk deken in te schakelen bij een doorzoeking en inbeslagneming op een advocatenkantoor. Deze praktijk berust op afspraken die de plaatselijk dekens hebben gemaakt met het openbaar ministerie. De status van deze afspraken, die per arrondissement kunnen verschillen, is onduidelijk en de afspraken zijn niet op enige wijze geformaliseerd. Tijdens de behandeling van de Wet Herziening GVO is er door verschillende fracties in de Tweede Kamer op instigatie van de Orde van Advocaten op aangedrongen dat de bevoegdheid van de plaatselijk deken om bij een (spoed)doorzoeking van een advocatenkantoor aanwezig te zijn in de wet zal worden opgenomen⁸⁰⁷. De minister antwoordde daarop dat dit bestaande praktijk is en dat het voorschrijven daarvan haar overbodig leek⁸⁰⁸. De inschakeling van de deken is geen verplichting voor het openbaar ministerie of de RC, maar moet meer worden gezien als een zorgvuldigheidsnorm die in beginsel wordt nageleefd als naar het oordeel van de opsporende instanties of de RC het justitieel belang zich daartegen niet verzet. Het is de bedoeling dat de plaatselijk deken door het openbaar ministerie wordt gewaarschuwd als het voornemen bestaat om een kantoor of woning van een advocaat te doorzoeken en de taak van de deken is om als onafhankelijk intermediair, eventueel in overleg met de advocaat waar huiszoeking wordt gedaan, uit te zoeken welke stukken betrekking hebben op de zaak waarop het opsporingsonderzoek zich richt en vast te stellen tot welke stukken de geheimhoudingsplicht van de advocaat zich uitstrekt⁸⁰⁹. Omdat een plaatselijk deken als advocaat niet altijd is ingevoerd in de strafvorderlijke procedure en om de dekens enigszins voor te

⁸⁰⁵ HR 20-06-1988, NJ 1989, 213; zie voor een verwijzing naar de aanwezigheid van de deken ook HR 29-04-1994, NJ 1994, 537.

⁸⁰⁶ Corstens 1999, p. 454, stelt dat de Hoge Raad deze oplossing niet aanreikt, maar ook niet uitsluit.

⁸⁰⁷ TK 1994-1995, 23 251, nr. 13, p. 6.

⁸⁰⁸ TK 1994-1995, 23 251, nr. 13, p. 13.

⁸⁰⁹ De geheimhoudingsplicht van de advocaat, Handleiding bij bezoek (fiscale) opsporingsambtenaren, Bijlage bij Advocatenblad afl. 18, 1986, p. 4.

bereiden op hun functie bij een doorzoeking en inbeslagneming van een advocatenkantoor is in 1998 de Handleiding dekens bij huiszoeking op een advocatenkantoor⁸¹⁰ (Handleiding 1998) uitgevaardigd, waarin de rol van de deken als volgt wordt omschreven:

- de advocaat voorlichten over zijn plicht in beginsel op grond van zijn geheimhoudingsplicht toestemming tot de huiszoeking te weigeren en indien justitie bij de huiszoeking voornemens is de stukken in beslag te nemen een beroep te doen op zijn verschoningsrecht;
- indien nodig ter bewaring van de geheimhouding stukken die justitie in beslag wenst te nemen scheiden in stukken die wel en stukken die niet onder de geheimhoudingsplicht vallen;
- overigens ervoor zorgdragen dat de huiszoeking plaatsvindt met inachtneming van de toepasselijke wettelijke bepalingen.

In de Handleiding 1998 wordt de gang van zaken idealiter als volgt voorgesteld. Nadat de advocaat toestemming tot de huiszoeking met een beroep op zijn verschoningsrecht heeft geweigerd, kan het voorkomen dat de RC niettemin stukken in beslag wenst te nemen. De RC zal moeten specificeren om welke stukken het gaat⁸¹¹. De deken bekijkt vervolgens de stukken en verdeelt deze in stukken waarop het verschoningsrecht wél en het verschoningsrecht niet van toepassing is. De stukken waarop volgens de deken het verschoningsrecht wel van toepassing is worden meteen geretourneerd aan de advocaat. De stukken die volgens de deken niet onder het verschoningsrecht vallen worden ter beschikking gesteld van de RC, die deze in beslag kan nemen. Op verzoek van de advocaat kunnen, indien de RC daarin toestemt, de door de deken vrijgegeven stukken in een envelop worden verzegeld, waarbij de advocaat met de RC overeenkomt dat deze envelop pas een week na inbeslagneming door de RC zal worden geopend, tenzij de advocaat in desbetreffende periode een klaagschrift tegen de inbeslagneming ex artikel 552a Sv zal hebben ingediend. In dat geval zal de envelop pas worden geopend nadat onherroepelijk op het klaagschrift is beslist. Deze optie kan worden overwogen indien de deken en de advocaat van mening verschillen over de vrij te geven stukken. In het geval dat de deken gelet op de hoeveelheid van de stukken niet in staat is alle stukken ter plekke door te lopen kan worden afgesproken dat de stukken verzegeld worden en op een later tijdstip door de deken in het kabinet van de RC worden geschift. Verder wordt in de Handleiding 1998 geadviseerd dat de deken opname in het proces-verbaal van huiszoeking verzoekt van al hetgeen omtrent de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht wordt besproken. De RC hoeft met de in de Handleiding 1998 weergegeven varianten echter niet in te stemmen en kan ook tegen het standpunt van de deken in stukken in beslag nemen. Dan rest de advocaat alleen nog de mogelijkheid teruggave te verzoeken van de inbeslaggenomen stukken door een klaagschrift ex artikel 552a Sv in te dienen.

810 Nieuwsbrief Strafrecht 1998, p. 166-168.

811 Conform de hiervoor gemelde criteria uit HR 20-06-1988, NJ 1989, 213.

Ook de Handleiding bij bezoek (fiscale) opsporingsambtenaren uit 1986 bevat een aantal praktische tips. Deze zijn geschreven voor de advocaat wiens kantoor of woning wordt doorzocht, en bevatten de volgende suggesties voor maatregelen en aanwijzingen⁸¹²:

- zorg dat twee getuigen aanwezig zijn;
- bel de deken en vraag deze om aanwezig te zijn en eventueel ter voorkoming van huiszoeking, uit te zoeken welke stukken betrekking hebben op de zaak en tot welke stukken de geheimhouding zich al dan niet uitstrekt;
- stel vast waarop het opsporingsonderzoek zich richt en uw status daarin, met name of u als getuige of als verdachte wordt aangemerkt;
- weiger uitlevering van dossiers of stukken daaruit met een beroep op het verschoningsrecht;
- wordt het beroep op het verschoningsrecht niet gehonoreerd en wil men tot huiszoeking overgaan, probeer dan de gevraagde stukken onder protest af te geven met het verzoek deze stukken in een verzegelde enveloppe te doen die slechts geopend mag worden nadat onherroepelijk op een beklag tegen de inbeslagneming is beslist;
- wordt met voorgaand voorstel niet ingestemd, verklaar dan uitdrukkelijk dat u geen toestemming geeft tot het zoeken naar stukken die onder uw geheimhoudingsplicht vallen;
- worden, al dan niet na huiszoeking, stukken in beslag genomen verklaar dan uitdrukkelijk dat u hiertoe geen toestemming geeft omdat uw geheimhoudingsplicht zich daartoe uitstrekt;
- sta erop dat het beroep op het verschoningsrecht en het protest tegen het beslag in het proces-verbaal worden opgenomen en zorg voor de aanwezigheid van tenminste twee getuigen bij deze weigering⁸¹³;
- wordt u als verdachte aangemerkt, weiger dan uitlevering van dossiers of stukken met een beroep op artikel 107 lid 1 Sv⁸¹⁴.

De aanwezigheid van de deken bij de doorzoeking heeft, blijkens voorgaande handleidingen een tweeledige functie, namelijk enerzijds het scheppen van waarborgen voor de handhaving van de geheimhoudingsplicht en het houden van toezicht hierop en anderzijds het zijn van onafhankelijke intermediair als er verschil van mening ontstaat over de vraag of stukken voor inbeslagneming vatbaar zijn. Indien de screening van stukken aan de deken wordt overgelaten, die eveneens een geheimhoudingsplicht heeft, dan kan worden voorkomen dat de RC, OvJ of

⁸¹² De geheimhoudingsplicht van de advocaat, Handleiding bij bezoek (fiscale) opsporingsambtenaren, Bijlage bij Advocatenblad afl. 18, 1986, p. III.

⁸¹³ Deze weigering dient ook een strafprocessueel doel: indien de inbeslagneming niet rechtmatig is dan gelden de inbeslaggenomen stukken als onrechtmatig verkregen bewijs en mogen zij niet tegen de verdachte gebruikt worden (zie bijvoorbeeld HR 12 maart 1997, Nederlandse Belastingrechtspraak 1997/146c). Bij toestemming van de advocaat is er geen sprake van inbeslagneming en ook geen sprake van onrechtmatig verkregen bewijs.

⁸¹⁴ Thans art. 96a lid 2 Sv.

hulp-OvJ bij de controle van de bewering van de advocaat dat stukken onder zijn geheimhoudingsplicht vallen, kennis nemen van vertrouwelijke gegevens.

De waarborgfunctie van de regeling staat of valt met de wijze waarop de deken zich van zijn taak kwijt en de vraag of de RC de selectie van stukken door de deken accepteert. Zoals gezegd hoeft de RC dit niet te doen. Uit het hiervoor al meerdere keren aangehaalde arrest van 30 november 1999⁸¹⁵ kan echter worden afgeleid dat de aanwezigheid van de deken bij een doorzoeking niet een geheel vrijblijvende aangelegenheid is. In deze zaak, waarbij volgens de Hoge Raad sprake was van zeer uitzonderlijke omstandigheden omdat de advocaat verdacht was van ernstige strafbare feiten die hij samen met cliënten zou hebben gepleegd, was tevens huiszoeking verricht op het woonadres van de advocaat, zonder dat de deken hierbij aanwezig was geweest. De rechtbank had hierin geen reden gezien aan te nemen dat de huiszoeking onrechtmatig was. Dit is voor de Hoge Raad een grond de beschikking wegens een motiveringsgebrek te vernietigen:

"Indien de rechtbank ervan is uitgegaan, dat bij de huiszoeking ter inbeslagneming in het woonhuis van een advocaat niet bij voorkeur de deken van de orde van advocaten of diens vervanger aanwezig dient te zijn, heeft zij gelet op de onder 5.2.4 geformuleerde regel⁸¹⁶, blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Indien zij echter die regel niet heeft miskend maar heeft geoordeeld dat in de omstandigheden van het geval de belangen ter bescherming waarvan die regel strekt voldoende zijn gewaarborgd door overleg met de deken op een later tijdstip (...) is haar oordeel niet zonder meer begrijpelijk, mede in aanmerking genomen dat zij omtrent een dergelijk overleg ten aanzien van de in het woonhuis van de klager inbeslaggenomen voorwerpen niets heeft vastgesteld".

Al met al kan worden geconcludeerd dat in de rechtspraak aan de controle of aanwezigheid van de deken bij de huiszoeking wel waarde wordt gehecht, zonder dat overigens enige invulling wordt gegeven aan de concrete taak van de deken. Ook de wetgever heeft aan de rol van de deken geen nadere invulling gegeven⁸¹⁷. Dit betekent dat in het concrete geval afhankelijk van de samenspraak tussen de deken en de advocaat en de samenspraak tussen de deken en de rechter-commissaris, positie zal moeten worden gekozen. Het moge duidelijk zijn dat het gebrek aan formalisering van de rol van de deken de rechtszekerheid met betrekking tot de handhaving van het beroepsgeheim niet ten goede komt. Het zal steeds van de RC afhangen, in hoeverre hij het oordeel van de deken over de vraag of stukken onder de geheimhoudingsplicht vallen, volgt. Het ligt voor de

815 HR 30-11-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 1.

816 Onder 5.2.4 overweegt de Hoge Raad: "Het vorenstaande (dat bij zeer bijzondere omstandigheden het verschoningsrecht kan worden doorbroken TS) geldt niet alleen wanneer huiszoeking ter inbeslagneming ten kantore van de advocaat plaatsvindt, maar ook wanneer de huiszoeking ter inbeslagneming geschiedt op diens woonadres, aangezien de wet de omschrijving van hetgeen geschiedt ingeval van huiszoekingen inbeslagneming bij verschoningsgerechtigden niet beperkt tot het kantoor van deze personen. Dat brengt mee dat ook dan in eerste instantie aan de rechter-commissaris, doch bij voorkeur in overleg met de desbetreffende deken of diens vervanger, het oordeel toekomt voor welke stukken het verschoningsrecht wordt doorbroken".

817 Zie m.n. TK 1994-1995, 23 251, nr. 13, p. 13.

hand dat de advocaat, wiens kantoor of woning doorzocht wordt, strategische beslissingen moeten nemen waarbij hij, zeker in het geval dat hij ook als verdachte wordt aangemerkt, voor complexe belangenafwegingen komt te staan. Meestal is er geen tijd om rustig te kunnen overleggen of na te denken. Als hij onder protest instemt met de inbeslagneming van bepaalde stukken, kan hij een doorzoeking van zijn hele kantoor voorkomen. Soms zal de druk groot zijn voor een dergelijke optie te kiezen, ook al zou de advocaat zich uit principieel oogpunt tegen de inbeslagneming moeten verzetten. In dergelijke situaties kan een adequaat functionerende deken hulp bieden bij het maken van moeilijke belangenafwegingen, waarbij de hoofdtak van de deken is ervoor te waken dat de geheimhoudingsplicht zo weinig mogelijk wordt geschonden. Uiteindelijk blijft het de rechter-commissaris die beslist over de inbeslagneming, als hij twijfelt over de juistheid van het standpunt van de advocaat, dat stukken onder zijn geheimhoudingsplicht vallen, of als de advocaat zelf verdacht is van het plegen van strafbare feiten samen met zijn cliënten. Dit oordeel van de rechter-commissaris kan worden aangevochten in een beklagprocedure ex artikel 552a Sv of tijdens het onderzoek ter terechtzitting in de strafzaak zelf. Op dat moment is het eventuele kwaad, de schending van het beroepsgeheim, echter al geschied.

Indien bij de advocaat stukken in beslag worden genomen, dan kan de advocaat in het kader van de procedure ex artikel 552a Sv teruggave van de inbeslaggenomen stukken vorderen. Als de inbeslagneming in strijd met artikel 98 Sv is geschied, dan is deze onrechtmatig en zullen de inbeslaggenomen stukken aan de advocaat moeten worden geretourneerd. Deze stukken mogen niet voor het bewijs in enige procedure worden gebruikt⁸¹⁸. De advocaat wordt in de beklagprocedure als belanghebbende aangemerkt, ook als desbetreffende stukken niet onder hem, maar bijvoorbeeld bij de cliënt in beslag zijn genomen⁸¹⁹. Voorwaarde is echter wel dat de advocaat geen toestemming heeft gegeven tot inbeslagneming. In een dergelijk geval is de advocaat niet ontvankelijk⁸²⁰. Het probleem bij deze procedure is, dat een bevel tot teruggave in feite als mosterd na de maaltijd komt. Inmiddels heeft justitie immers kunnen kennisnemen van vertrouwelijke gegevens. Het is daarom interessant of de procedure van artikel 552a Sv ook als een preventieve toets kan worden gebruikt. Wöretshofer stelt dat de tekst van artikel 552a Sv lid 1 op zichzelf niet uitsluit dat beklag wordt gedaan tegen een voorgenomen inbeslagneming, maar dat de tekst van het tweede en derde lid suggereert,

818 HR 12-03-1997, Nederlandse Belastingrechtspraak 1997, 146c, waarin de Hoge Raad heeft uitgemaakt, dat voorzover stukken met schending van het 'afgeleide verschoningsrecht' onrechtmatig jegens de belastingplichtige zijn verkregen, geldt dat een behoorlijk handelende overheid die stukken niet in een fiscale procedure tegen hem mag gebruiken.

819 HR 19-11-1985, NJ 1986, 533. 't Hart merkt in zijn noot bij dit arrest op dat het eigen belang van de advocaat in dit geval is terug te voeren op de stand van de advocatuur die met zich meebrengt dat de vertrouwelijkheid gehandhaafd blijft, niet alleen ten aanzien van betreffende cliënt maar ook ten aanzien van alle daadwerkelijke en potentiële cliënten die zich met een gerust hart tot de advocatuur moeten kunnen wenden en niet in hun vertrouwen beschaamd mogen worden.

820 HR 22-12-1989, NJ 1989, 86. Vandaar dat in de hierboven besproken handleidingen van de Orde uit 1986 en 1998 erop wordt gehamerd dat uitlevering van stukken alleen onder uitdrukkelijk protest mag plaatsvinden.

dat de wetgever dat niet voor ogen heeft gehad nu de termijnberekening voor indiening van een klaagschrift uitgaat van het moment van inbeslagneming⁸²¹. Dat betekent dat een preventieve toets alleen zou kunnen plaatsvinden door de burgerlijke rechter in kort geding⁸²². Meestal is dit echter geen reële optie omdat een doorzoeking ter inbeslagneming vaak niet wordt aangekondigd en de belanghebbende hiervan niet op de hoogte zal zijn.

De hiervoor genoemde handleidingen uit 1986 en 1989 gaan uit van de mogelijkheid dat de RC de in beslag genomen stukken (ongezien) in een verzegelde enveloppe doet, welke pas geopend wordt, nadat een verzoek tot teruggave ex artikel 552a Sv (onherroepelijk) is afgewezen. Blijkbaar wordt van deze mogelijkheid in de praktijk gebruik gemaakt, maar of deze optie juridisch houdbaar is valt te betwijfelen. Dit kan worden afgeleid uit HR 29-04-1994, NJ 1994, 537. In deze zaak⁸²³ heeft de RC, alvorens tot huiszoeking over te gaan, op het kantoor van de advocaat een bespreking belegd waarbij ook de deken aanwezig is. Na overleg met de deken heeft de advocaat de RC toegezegd alle gevraagde dossiers te zullen overhandigen en heeft de RC toegezegd dat hij de dossiers zal onderzoeken op hun relevantie voor het gerechtelijk vooronderzoek en dat hij de niet relevante dossiers zal teruggeven. Verder heeft de RC toegezegd dat hij de wel relevante stukken in beslag zal nemen, maar dat hij deze niet aan derden ter inzage zal geven alvorens de advocaat een bezwaarschrift ex artikel 552a Sv zal kunnen doen behandelen door de rechtbank. Aldus geschiedde. De RC heeft een aantal van de door de advocaat ter beschikking gestelde dossiers in beslag genomen en in de kennisgeving inbeslagneming vermeld dat de dossiers *niet* vrijwillig ter beschikking zijn gesteld. Verder is in de kennisgeving inbeslagneming vermeld dat indien de advocaat een klaagschrift als bedoeld in artikel 552a Sv indient, de stukken, behoudens een andersluidende beschikking, pas ter beschikking worden gesteld ten behoeve van het opsporingsonderzoek met ingang van de dag de rechter op het verzoek ex artikel 552a Sv beslist heeft. De advocaat dient vervolgens een klaagschrift in en vordert, afgezien van teruggave, dat de rechtbank afgifte aan een ander dan de advocaat zal verbieden of zal bepalen dat van de inhoud geen verdere kennis zal worden genomen door derden, geen kopie zal worden gemaakt en geen gebruik zal worden gemaakt voor het opsporingsonderzoek en dat de justitiële autoriteiten, uitgezonderd het OM, van de geschriften slechts kennis mogen nemen om te beoordelen of deze zonder schending van zijn geheimhoudingsplicht voor onderzoeksdoeleinden mogen worden gebruikt. De advocaat wordt ten aanzien van deze verzoeken (uitgezonderd het verzoek tot teruggave) niet ontvankelijk verklaard, omdat de rechtbank van oordeel is dat de door de RC gemaakte afspraken, die een voorwaardelijke toetsing van de inbeslagneming beogen door de raadkamer van de rechtbank, voorafgaande aan het ter beschikking stellen aan het OM van de in beslag genomen voorwerpen, geen steun vinden in

821 Wöretshofer, T&C Sv 1999, aant. 8 bij art. 552a Sv. Dat kan ook worden afgeleid uit HR 24-06-1986, NJ 1987, 156.

822 Wöretshofer, T&C Sv 1999, aant. 9 bij art. 552a Sv.

823 Deze feiten zijn overigens niet in het arrest te lezen, maar worden beschreven in de conclusie van AG Van Dorst.

de wet. Evenmin voorziet de wet volgens de rechtbank in een bevoegdheid van de rechtbank te bepalen welk gebruik de RC van de door hem in beslag genomen voorwerpen in de toekomst zal mogen maken. De rechtbank overweegt dat de door de RC inbeslaggenomen stukken terstond ter beschikking staan van het OM. Uit de uitspraak van de Hoge Raad blijkt hoe riskant de gekozen weg in samenwerking met de deken en RC – uit oogpunt van bescherming van het beroepsgeheim – uiteindelijk blijkt te zijn geweest. Ondanks de omstandigheid dat de RC uitdrukkelijk in de kennisgeving inbeslagneming heeft vermeld dat de dossiers *niet* vrijwillig zijn afgegeven concludeert AG Van Dorst dat de advocaat het recht, om zelf uit te maken in hoeverre onder hem berustende dossiers ten behoeve van opsporings- en vervolgingsdoeleinden konden worden afgegeven zonder met zijn beroepsgeheim in de knoop te raken, heeft prijsgegeven toen hij de voorgeselecteerde dossiers ter nadere selectie aan de rechter-commissaris meegaf. De Hoge Raad volgt hem daarin en beschouwt de afgifte van de dossiers in feite als een vrijwillige afgifte. Uit deze uitspraak blijkt dat een wettelijke regeling van de positie van de deken en de status van mogelijk te maken afspraken met de RC omtrent de toetsing van de inbeslagneming geen overbodige luxe zou zijn⁸²⁴.

2.10.7 *De geheimhoudingsplicht en de overige dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden*

In § 2.10.5 is al aangegeven dat bij de invoering van de Wet Herziening GVO en de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden per 1 februari 2000 de bevoegdheden met betrekking tot het toepassen van strafvorderlijke dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden ingrijpend zijn gewijzigd. De bevoegdheid tot opnemen van telecommunicatie komt sindsdien toe aan de officier van justitie in plaats van aan de RC en de RC is niet meer verantwoordelijk voor de rechtmatige uitvoering van een telefoontap en voor het bewaren en vernietigen van tapgegevens⁸²⁵. Deze verantwoordelijkheid rust op grond van artikel 126aa lid 2 Sv op de officier van justitie. In artikel 126aa lid 2 Sv is geregeld dat processen-verbaal of andere voorwerpen die mededelingen behelzen gedaan door of aan een persoon die zich op grond van artikel 218 Sv zou kunnen verschonen als hem naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd, zullen worden vernietigd.

Daarnaast heeft ook de wettelijke uitbreiding van het scala aan (bijzondere) opsporingsbevoegdheden en de verruiming van de omstandigheden waaronder deze kunnen worden toegepast consequenties voor de positie van de verschoningsgerechtigde. Alvorens de gevolgen van deze nieuwe regeling voor de verschoningsgerechtigde preciezer onder de loep te nemen, zal eerst kort op de positie van de verschoningsgerechtigde in oude telefoontapregeling worden ingegaan.

⁸²⁴ Zie Hertoghs 1991, p. 295-300, die van mening is dat er een goede regeling moet komen als oplossing voor het selectiesysteem en voorstellen doet om per arrondissement een onafhankelijke rechter-commissaris aan te wijzen die belast wordt met de toetsing.

⁸²⁵ Art. 125f-125h Sv (oud).

2.10.7.1 *De positie van de advocaat onder de oude regeling tot opnemen van telecommunicatie*

Onder de bevoegdheid tot opnemen van telecommunicatie valt al langer méér dan de 'ouderwetse' telefoontap. In feite gaat het om het onderscheppen van alle communicatie waarbij gebruik wordt gemaakt van een telecommunicatie-infrastructuur, dus ook om fax- en e-mailverkeer of een andere overdracht, uitzending of ontvangst van gegevens door personen of computers of andere apparaten via alle mogelijke communicatiesystemen⁸²⁶.

Van belang voor het verschoningsrecht is dat af luisteren van gesprekken (of andere vormen van telecommunicatie) niet gericht is op bestaande informatie, maar op toekomstige informatie en daarom niet selectief kan gebeuren, omdat tevoren niet bekend is dat via een bepaalde verbinding vertrouwelijke communicatie tussen een advocaat en een cliënt wordt uitgewisseld. Dit blijkt pas ná de onderschepping.

In de oude regeling van vóór 1 februari 2000 was het vragen van inlichtingen en het opnemen en aftappen van telecommunicatie gekoppeld aan het vermoeden dat de verdachte daaraan zou deelnemen⁸²⁷ en was de RC bevoegd hiertoe opdracht te geven⁸²⁸. Van het aftappen of opnemen moest binnen 24 uur proces-verbaal worden opgemaakt en ingevolge artikel 125b lid 2 Sv (oud) diende de RC onverwijld processen-verbaal en andere voorwerpen (b.v. opnamebanden) te vernietigen (of te wissen), voorzover deze betrekking hadden op mededelingen gedaan door of aan een persoon die zich op grond van artikel 218 Sv zou kunnen verschonen, indien hem als getuige naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd.

Alhoewel de artikelen 125f en 125g Sv (oud) geen algemeen verbod bevatten ten aanzien van verschoningsgerechtigden, heeft ook bij de tap steeds als uitgangspunt gegolden dat het verschoningsrecht zoveel mogelijk moet worden geëerbiedigd. Zo heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat de inhoud van telefoongesprekken gevoerd tussen een advocaat en een derde niet voor het bewijs mag worden gebruikt, ook al gaat het om telefoongesprekken die niet door de verdachte met zijn advocaat zijn gevoerd. Volgens de Hoge Raad wordt aan de ratio van het verschoningsrecht afbreuk gedaan als een derde rekening zou moeten houden met de mogelijkheid dat hetgeen hij aan een advocaat toevertrouwt aan anderen wordt geopenbaard, ook al gebeurt dat in een procedure waaraan hij geen deel heeft⁸²⁹. Onverbidelijk was het Hof Den Haag in een zaak waarin de telefoon van een advocaat, die niet officieel was aangemerkt als verdachte, was afgeluisterd. De

826 Zie artikel 1 Wet op de telecommunicatievoorziening, Stb. 1988, 520.

827 Overigens is dit criterium door de Hoge Raad ten aanzien van de verdachte aanzienlijk gerelativeerd in HR 18-09-1989, NJ 1990, 59. De verdachte had in cassatie gesteld dat de RC ten aanzien van de afgeluisterde telefoongesprekken geen enkel vermoeden kon hebben dat de verdachte daaraan zou deelnemen. De Hoge Raad overwoog dat deze voorwaarde ertoe strekt het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer van anderen dan de verdachte zoveel mogelijk te waarborgen.

828 Art. 125f-125g Sv (oud).

829 HR 12-01-1999, NJ 1999, 290, zie voor een bespreking van dit arrest Prakken 1999 I, p. 248-249.

RC had op vordering van de officier van justitie machtiging verleend een telefoontap te leggen op de telefoonnummers van de advocaat privé, van diens GSM en van diens kantoor. Daarnaast had de officier van justitie bewust de positie van de advocaat misbruikt om ander bewijs te vergaren tegen de verdachte en zijn medeverdachte, door de beperkingen⁸³⁰ op te heffen in de verwachting dat de verdachte en zijn medeverdachte telefonisch contact zouden opnemen met de advocaat en dat de taps materiaal zouden opleveren voor het bewijs. Opmerkelijk is dat het hof in deze zaak ook verwijst naar interne richtlijnen van het OM die voorschrijven dat alvorens een geprivilegieerde geheimhouder als verdachte wordt aangemerkt, toestemming nodig is van het college van procureurs-generaal, waarvan in casu niet is gebleken⁸³¹. Naar aanleiding van deze gang van zaken overweegt het hof dat er sprake is geweest van grove veronachtzaming zo niet schending van de belangen van de verdachte. Het hof acht het beginsel dat een persoon zich in vertrouwen moet kunnen wenden tot een advocaat en dat die advocaat zich vrij en vertrouwelijk met zijn cliënt en vanuit die relatie met derden niet kunnen verstaan zo fundamenteel, dat een inbreuk daarop fatale gevolgen moet hebben voor het onderzoek tegen de verdachte waarin die inbreuk wordt geconstateerd. Het OM wordt niet ontvankelijk verklaard⁸³². Een volledige bescherming van de geheimhoudingsplicht is bij het af luisteren van telecommunicatie echter niet mogelijk. Gelet op de aard van het dwangmiddel kan het oordeel of een mededeling onder het verschoningsrecht valt niet aan de verschoningsgerechtigde worden overgelaten, omdat deze niet met het af luisteren bekend zal zijn. Opnames van onbedoeld afgeluisterde gesprekken kunnen alleen achteraf worden vernietigd, hetgeen impliceert dat niet kan worden verhinderd dat wel van dit materiaal wordt kennisgenomen door derden, met name de opsporende instanties. Het ontbreken van selectiviteit wordt dan ook als belangrijkste argument gebruikt om te verantwoorden dat bij een telefoontap de geheimhoudingsplicht niet absoluut te waarborgen is, in die zin dat geen enkele derde kennis neemt van vertrouwelijke informatie. Dit 'excuus' geldt echter niet als de aansluiting die door de advocaat wordt gebruikt in de uitoefening van zijn beroep wordt getapt. In dat geval is het immers bij voorbaat duidelijk dat gesprekken die onder het beroepsgeheim vallen zullen worden afgeluisterd. Deze kwestie is aan de orde gekomen in de Menten-zaak waarin de RC eind 1976 opdracht had gegeven tot het af luisteren van de telefoon (zowel de kantoor- als privé-aansluitingen) van de advocaat van (de toen voortvluchtige) Menten, om zo achter zijn verblijfplaats te komen. Toen dit in 1978 bekend werd, ontstond er veel commotie. De Orde van Advocaten protesteerde tegen deze gang van zaken bij de minister van justitie, kamer-

830 Ex art. 225 Invoeringswet Wetboek van Strafvordering.

831 Waarschijnlijk wordt door het hof bedoeld op een interne richtlijn waarvan melding wordt gemaakt in de Rubriek OM en rechter Strafvervolgning van advocaten, DD 1996, p. 76. Hierin staat vermeld: "Als interne richtlijn heeft het College bepaald dat een vervolgingsbeslissing tegen een advocaat dient te worden genomen op het niveau van de hoofdofficier van justitie en dat die beslissing steeds dient te worden getoetst aan de visie van het College, voordat aan die beslissing een begin van uitvoering wordt gegeven". Deze richtlijn is naar mijn weten verder nergens gepubliceerd.

832 Hof 's-Gravenhage 17-02-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 47.

vragen werden gesteld en de minister stelde zich op het standpunt dat de verhouding advocaat-cliënt als zijnde een bijzondere vertrouwensrelatie een zo vergaande bescherming van het recht dient te genieten als maar mogelijk is en dat hierin niet de figuur past dat de telefoonaansluiting van een advocaat kan worden afgeluisterd. De minister kondigde aan dat hij voornemens was een voorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in te dienen, waardoor iedere mogelijkheid tot het afluisteren van telefoons van advocaten zou worden uitgesloten⁸³³. Tot een dergelijke wetwijziging is het niet gekomen, ook omdat de Hoge Raad in 1979, naar aanleiding van een vordering van de Procureur Generaal tot cassatie in het belang der wet in de Menten-zaak⁸³⁴, besliste dat de RC niet bevoegd was te bepalen dat telefoongesprekken gevoerd met of vanuit een telefoonaansluiting, welke door een advocaat in de uitoefening van zijn beroep werd gebezigd, zouden worden afgeluisterd of opgenomen, zonder dat daartoe door de advocaat toestemming was verleend⁸³⁵. Daarmee was de noodzaak voor een wetwijziging komen te vervallen⁸³⁶. Van Veen is in zijn noot van mening dat door dit arrest niet de beroepsgesprekken van de advocaat maar zijn telefoon wordt beschermd. Hij leidt hieruit af dat de Hoge Raad vermoedelijk heeft gemeend dat alleen een zo ruime bescherming van de telefoon van de advocaat, diens beroepsgeheim voldoende beveiligt. Dit betekent volgens Van Veen dat ook anderen die van de telefoon van de advocaat gebruik maken, zonder toestemming van de advocaat niet kunnen worden afgeluisterd en dat de advocaat die als verdachte zijn telefoon voor doeleinden gebruikt, die met zijn beroepsuitoefening niets hebben uit te staan, ook niet kan worden afgeluisterd. Wat dit laatste betreft heeft Van Veen echter geen gelijk gekregen. In 1993 bepaalde de Hoge Raad dat weliswaar de RC in de regel niet bevoegd is om conform artikel 125g Sv (oud) telefoongesprekken gevoerd door een advocaat in de uitoefening van zijn beroep af te luisteren, maar dat deze regel niet geldt het in geval dat de advocaat zelf verdachte is. Volgens de Hoge Raad maakt artikel 125g Sv (oud) geen onderscheid tussen verdachten al naar gelang deze al dan niet verschoningsgerechtigd zijn en biedt ook de wetsgeschiedenis geen aanknopingspunt voor een dergelijk onderscheid. De Hoge Raad overweegt verder dat het aan de wetgever is, het aantal gevallen te beperken waarin een advocaat, die tevens verdachte is, kan worden afgeluisterd en aanvullende regels vast te stellen met betrekking tot de waarborgen waarmee in een zodanig geval het afluisteren moet worden omgeven. De Hoge Raad acht een dergelijke aanvulling wenselijk en verwijst in dit kader naar de mogelijkheid van het inwinnen van het oordeel van de deken van de plaatselijke orde van advocaten, bijvoorbeeld met betrekking tot de vraag welke gesprekken of gedeelten ervan mededelingen behelzen zoals bedoeld in artikel 125h lid 2 (oud) Sv⁸³⁷. In

833 Zie voor de protestbrieven, kamervragen, persberichten en de antwoorden van de minister: Redactie Advocatenblad 1979, p. 1-6 en Redactie Advocatenblad 1979, p. 36-37.

834 De Nederlandse Orde van Advocaten had de PG verzocht hiertoe over te gaan.

835 HR 10-04-1979, NJ 1979, 374.

836 De Commissie Moons meende dat de door de rechtspraak geboden bescherming afdoende was, zie Commissie Moons 1990, p. 117.

837 HR 29-06-1993, NJ 1993, 692. Al eerder had het Hof Amsterdam in een civiele procedure een uitspraak in diezelfde richting gedaan: Hof Amsterdam 22-01-1987, NJ 1987, 514.

casu was de deken door justitie vertrouwelijk op de hoogte gesteld van het gegeven dat een advocaat als verdachte zou worden afgeluisterd en was de deken in de gelegenheid gesteld op de processen-verbaal commentaar te leveren indien door hem inbreuken op het beroepsgeheim zouden worden geconstateerd⁸³⁸.

In de jurisprudentie wordt steeds gesproken van telefoongesprekken die gevoerd worden door de advocaat 'in de uitoefening van zijn beroep'. De vraag rijst dan of het nog uitmaakt of het gaat om een privé-aansluiting of om een aansluiting die door de advocaat voor zijn werk wordt gebruikt. Het maken van een strikte scheiding zal moeilijk zijn omdat ook privé-aansluitingen in de praktijk worden gebruikt voor het voeren van beroepsmatige gesprekken. Door de Hoge Raad is uitgemaakt dat telefoonaansluitingen van beroepshalve verschoningsgerechtigden, die voornamelijk voor privé-gesprekken zijn bedoeld, mogen worden afgeluisterd en dat het feit dat deze privé-aansluitingen incidenteel ook voor beroepshalve gevoerde gesprekken gebruikt worden, daaraan niets af doet, mits deze gesprekken achteraf gewist of vernietigd worden⁸³⁹.

Samengevat kwam de oude regeling erop neer dat de artikelen 125f-125h Sv (oud) niet uitsloten dat ook telefoongesprekken of andere telecommunicatie tussen advocaat en cliënt konden worden onderschept en dat hiervan kennis kon worden genomen door opsporende instanties. De RC diende materiaal dat mededelingen bevatte die onder het verschoningsrecht vielen onverwijld te vernietigen. In de jurisprudentie is uitgemaakt dat een telefoonaansluiting die beroepshalve door een advocaat wordt gebruikt in beginsel niet mag worden getapt, tenzij de advocaat zelf verdachte is. Of het hierbij gaat om een telefoonaansluiting die beroepshalve wordt gebruikt, zal naar aanleiding van het feitelijk gebruik van die telefoonaansluiting moeten worden uitgemaakt. Een privé-aansluiting van een advocaat, die incidenteel beroepshalve wordt gebruikt, mag wél worden getapt. Speciale waarborgen ter bescherming van het beroepsgeheim bevat de oude wettelijke regeling ten aanzien van de verdachte advocaat niet, maar in de jurisprudentie wordt het toezicht door de deken als een mogelijke waarborg gezien om te voorkomen dat vertrouwelijke informatie van cliënten van de advocaat aan derden bekend wordt.

2.10.7.2 *De positie van de advocaat onder de Wet Herziening GVO en de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden*

In de Wet Herziening GVO en de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, die per 1 februari 2000 in werking zijn getreden, is de officier van justitie de centrale figuur geworden die opdracht kan geven tot het toepassen van een groot aantal opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen, waaronder ook het onderzoek van

⁸³⁸ Zie voor een kritische bespreking van het arrest HR 29-06-1993, NJ 1993, 692: Van Bavel en Verbunt 1994, p. 228-247. Zij wijzen erop dat de verdediging de waarborgen volstrekt onvoldoende achtte o.a. ook omdat de deken zelf had aangegeven dat zijn beoordelingsmogelijkheden nogal beperkt waren omdat hij de strafzaak slechts oppervlakkig kende en hij alleen maar kon afgaan op de gebruikte namen, als deze al werden gebruikt.

⁸³⁹ HR 17-05-1988, NJ 1989, 439 (privé-aansluiting arts) en HR 9-06-1992, NJ 1992, 776 (privé-aansluiting reclasseringsambtenaar).

telecommunicatie. Voorzover hier relevant, is bij verschoningsgerechtigden alleen de bevoegdheid tot doorzoeking en inbeslagneming (art. 97 en 98 Sv), het bevel tot uitleveren van gegevens c.q. decryptie van gegevens, opgeslagen in een geautomatiseerd werk (art. 125i en 125k Sv) en het doorzoeken van een geautomatiseerd werk (art. 125l Sv) voorbehouden aan de RC.

Bij een onderzoek van telecommunicatie (art. 126m en 126t Sv) en het opnemen van vertrouwelijke communicatie met een technisch hulpmiddel (art. 126l Sv) is de officier van justitie bevoegd, zij het dat hij hiertoe een machtiging nodig heeft van de RC. Een dergelijke machtiging is niet nodig bij een opdracht tot stelselmatige observatie (art. 126g Sv) of bij dwangmiddelen waarvan de wet niet noemt tegen wie zij gericht kunnen zijn, zoals het inkijken ingevolge de artikelen 126k en 126r Sv.

Verder is van belang dat niet meer vereist is, dat het vermoeden bestaat dat de verdachte aan de telecommunicatie deelneemt⁸⁴⁰. Ook andere opsporingsbevoegdheden c.q. dwangmiddelen zoals stelselmatige observatie, inkijken, het opnemen van vertrouwelijke communicatie, in verband waarmee een besloten plaats niet zijnde een woning bijvoorbeeld een advocatenkantoor, heimelijk kan worden betreden zonder toestemming van de rechthebbende, kunnen worden toegepast ten opzichte van derden, die niet worden aangemerkt als verdachten of als personen die betrokken zijn bij georganiseerde criminaliteit⁸⁴¹. Doordat de positie van de verschoningsgerechtigde ten aanzien van de toepassing van deze opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen niet is geregeld, zoals bijvoorbeeld wel het geval is bij de inbeslagneming en doorzoeking, is de uitoefening van deze bevoegdheden volgens de wet ten aanzien van verschoningsgerechtigden in beginsel niet begrensd. Dit betekent dat ook advocaten (direct) kunnen worden afgeluisterd en stelselmatig kunnen worden geobserveerd, ook al zijn zij zelf geen verdachten.

Doordat deze wetgeving pas per 1 februari 2000 in werking is getreden, is er bij de afronding van dit onderzoek nog geen (gepubliceerde) jurisprudentie voorhanden, waaruit zou kunnen worden opgemaakt, of de criteria die zijn ontwikkeld in de oude jurisprudentie ten aanzien van de telefoontap, die besproken zijn in § 2.10.7.2⁸⁴² hun gelding blijven behouden, voorzover daarin is uitgemakt dat een telefoonaansluiting die beroepshalve door een advocaat wordt gebruikt niet mag worden getapt, tenzij de advocaat zelf verdachte is. Deze in de jurisprudentie ontwikkelde regel zou mutatis mutandis immers ook kunnen worden gehanteerd bij bijvoorbeeld het direct af luisteren, het stelselmatig observeren van een advocatenkantoor of het inkijken in een advocatenkantoor. Volgens de oude jurisprudentie zijn de toepassing van deze opsporingsbevoegdheden c.q. dwangmiddelen jegens advocaten alleen toelaatbaar als de advocaat in kwestie zelf verdachte is. Een verschil tussen de oude en nieuwe regeling is echter dat het verdenkingscriterium als voorwaarde voor het toepassen van een aantal nieuw vastgelegde opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen zoals het (direct) af luisteren, stelselmatig observeren of inkijken, is komen te vervallen. Het is de vraag of daarmee ook het

840 Art. 125g Sv (oud).

841 Titel V van het Wetboek van Strafvordering.

842 Met name HR 10-04-1979, NJ 1979, 374.

onderscheid tussen de advocaat die zelf als verdachte wordt aangemerkt en de advocaat die niet als verdachte wordt beschouwd, nog wel relevant is.

Tijlens de parlementaire behandeling van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden is de positie van de geheimhouder een aantal keren aan de orde gesteld. Oorspronkelijk was de regeling van het zogenaamde 'direct af luisteren' opgenomen in het Wetsvoorstel technische hulpmiddelen, dat voorzag in het gebruik van richtmicrofoons. In dit wetsvoorstel was opgenomen dat een bevel tot heopenemen van vertrouwelijke communicatie niet tegen beroepsgeheimhouders mag worden verleend⁸⁴³. In verband met de indiening van het Wetsvoorstel bijzondere opsporingsbevoegdheden is het Wetsvoorstel technische hulpmiddelen in getrokken⁸⁴⁴, maar in het Wetsvoorstel bijzondere opsporingsbevoegdheden is heverbod om het bevel tot het opnemen van vertrouwelijke communicatie ten aanzien van beroepsgeheimhouders niet gehandhaafd. Naar aanleiding van opmerkingen hierover van de zijde van de Orde van Advocaten en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak merkt de minister in de MvT op:

"Beperkingen ten aanzien van het af luisteren van geheimhouders zijn in dit wetsvoorstel niet opgenomen. Bij het af luisteren van telecommunicatie staan zij thans reeds niet in de wet. Dat geldt – thans – de rechter-commissaris geen vrijbrief om verschoningsgerechtigden af te luisteren, in uitzonderingsgevallen is het echter wel degelijk mogelijk, bijvoorbeeld als de advocaat verdachte is. Daarbij wordt dan een zorgvuldige procedure gevolgd, waarin ook de deken wordt ingeschakeld. Die praktijk wordt in het voorliggende wetsvoorstel bestendigd ten aanzien van de telecommunicatie. De overige bevoegdheden die in dit wetsvoorstel zijn opgenomen zullen eveneens slechts na een zorgvuldige procedure ten aanzien van de verschoningsgerechtigde worden gehanteerd. Daarmee wordt naar mijn mening voldoende tegemoetgekomen aan de bescherming van het verschoningsrecht. Het Wetboek van Strafvordering geeft ook elders mogelijkheden om geheimhouders in strafvorderlijk onderzoek te betrekken. Artikel 98 bijvoorbeeld staat toe dat bij verschoningsgerechtigden huiszoeking plaatsvindt; het brengt alleen enkele beperkingen op dat zoeken aan. Het wetboek vrijwaart niet de verschoningsgerechtigde van onderzoek, het beschermt alleen de mededelingen die onder het verschoningsrecht vallen. Die bescherming biedt het wetsvoorstel, zeker nu het op dit punt vernietiging voorschrijft, in afdoende mate"⁸⁴⁵.

Verder is ook het antwoord van de minister op vragen uit de Kamer in de Nota naar aanleiding van het verslag relevant voor de toepassing van opsporingsbevoegdheden op advocaten. De D66-fractie heeft de minister gevraagd wat de consequenties van de invoering van het wetsvoorstel voor de advocatuur zullen zijn, nu de advocaat vrijwel altijd in aanmerking zal komen voor het criterium van 'betrokkenheid', zijnde het toepassingscriterium voor de uitoefening van de opsporingsbevoegdheden in Titel V. De advocaat zal immers reeds 'betrokken' zijn als 'betrokkenen', namelijk diegenen ten aanzien waarvan uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden voortvloeit dat zij betrokken zijn bij het in ge-

843 TK 1992-1993, 23 047, MvT, p. 6; TK 1997-1998, 25 403, nr. 7 p. 40.

844 TK 1997-1998, 23 047, nr. 9.

845 TK 1996-1997, 25 403, nr. 3, p. 61.

organiseerd verband beramen of plegen van misdrijven⁸⁴⁶, zich voor hulp tot hen wenden. De minister antwoordt hierop dat de invoering van het opsporingsonderzoek als in Titel V voorzien, geen grote consequenties zal hebben voor verschoningsgerechtigden omdat ten aanzien van deze groep een terughoudend beleid zal worden gevoerd met betrekking tot het toepassen van deze bevoegdheden. Het komt de minister echter niet juist voor, de toepassing van de in Titel V geregelde opsporingsbevoegdheden op verschoningsgerechtigden principieel uit te sluiten:

"Het is in beginsel denkbaar dat bijvoorbeeld een advocaat binnen een criminele organisatie een zodanige centrale rol speelt, dat stelselmatige observatie van zijn praktijk sterk aan het in kaart brengen van de organisatie bijdraagt. De officier van justitie is in dat geval, in het kader van de vereiste zorgvuldigheid, echter wel gehouden de deken te raadplegen"⁸⁴⁷.

Het is duidelijk: de opsporingsbevoegdheden die in de Titels IVa-Va zijn geregeld kunnen ook tegen advocaten worden aangewend. Weliswaar stelt de minister dat dit slechts in uitzonderingsgevallen zal gebeuren, maar niet uitgesloten wordt dat dit ook mogelijk is als de advocaat geen verdachte is. Dit blijkt ook uit het voorbeeld van stelselmatige observatie van een advocatenpraktijk om een criminele organisatie in kaart te brengen. In dit voorbeeld is de advocaat geen verdachte. Er mag van worden uitgegaan dat de minister zich heeft gerealiseerd dat ook het feit dat een cliënt contact heeft met een advocaat in beginsel onder het verschoningsrecht valt⁸⁴⁸. Anders zou het raadplegen van de deken niet noodzakelijk zijn. Het stelselmatig observeren van een advocatenkantoor is in essentie vergelijkbaar met het af luisteren van de telefoon van de advocaat van Menten⁸⁴⁹, om er achter te komen waar Menten zich bevond; een praktijk die in 1979 niet alleen door de Hoge Raad maar ook door de toenmalige minister van justitie nog streng veroordeeld werd⁸⁵⁰.

Wat de minister in het eerste citaat precies onder een 'zorgvuldige procedure' verstaat waarna de 'overige bevoegdheden' in het wetsvoorstel ten aanzien van verschoningsgerechtigden kunnen worden gehanteerd, blijkt uit de wetsgeschiedenis verder niet, afgezien van de vermelding dat hierbij "de deken wordt ingeschakeld" of "geraadpleegd", hetgeen op zichzelf zonder nadere concrete invulling nauwelijks een 'zorgvuldige procedure' kan worden genoemd⁸⁵¹. Weliswaar behoeft de officier van justitie, anders dan bij stelselmatige observatie, voor het onderzoek van telecommunicatie en het opnemen van vertrouwelijke informatie (oftewel direct af luisteren) van een advocaat of advocatenkantoor de machtiging van de RC, er zal nog moeten blijken hoe de RC met deze machtigingsbevoegdheid zal omgaan, nu de wettelijke regeling de toepassing van deze opsporingsbe-

846 Art. 126o-126u Sv.

847 TK 1997-1998, 25 403, nr. 7, p. 76.

848 Zie § 2.10.4.2. Ook het recht op vrij verkeer is hier in het geding: zie Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 5 bij art. 50 Sv, waarin zij stelt dat het posten bij een advocatenkantoor, bijvoorbeeld om een voortvluchtige verdachte in te rekenen, in strijd is met het recht op vrij verkeer.

849 HR 10-04-1979, NJ 1979, 374.

850 Zie § 2.10.7.1.

851 Zie § 2.10.6.6.

vogdheden ook toelaatbaar acht ten aanzien van niet-verdachten. Het is maar de vraag of de RC de machten zal weigeren indien de advocaat zelf niet als verdachte wordt aangemerkt. De wettelijke regeling geeft geen aanknopingspunten of in het kader voor de RC in welke 'uitzonderingsgevallen' opsporingsbevoegdheden ook ten aanzien van niet verdachte advocaten mogen worden aangewend. Daar komt nog bij dat uit de wetsgeschiedenis blijkt, dat het aanwenden van opsporingsbevoegdheden tegen advocaten op zichzelf niet als een ernstig probleem wordt gezien, omdat vertrouwelijke gegevens toch achteraf moeten worden vernietigd. De waarborg, die moet bewerkstelligen dat het verschoningsrecht niet onnodig zal worden geschonden wordt met name in de vernietigingsverlichting van artikel 126aa Sv gezocht. De minister verwoordt dit als volgt:

"Naar mijn mening moet het belang en de reikwijdte van de voorziening van artikel 126aa lid 2 § niet worden onderschat. Het artikellid verplicht ertoe, processen-verbaal en andere voerproeven te vernietigen, voorzover zij mededelingen behelzen door of aan een persoon gedaan, die zich op grond van artikel 218 Sv zou kunnen verschonen indien hem als getuige na de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd. Dat betekent dat indien een advocaat, al dan niet betrokken bij georganiseerde criminaliteit, met anderen gesprekken heeft diende de geheimhoudingsplicht vallen, deze gesprekken niet in het procesdossier mogen terechtkomen. Deze omstandigheid werpt bovendien zijn schaduw vooruit. Dat deze gegevens niet in het procesdossier terecht mogen komen, impliceert dat het op de hoogte raken met deze gegevens ook niet de grondslag voor het toepassen van een bijzondere opsporingsbevoegdheid mag zijn. Uit artikel 126aa lid 2 Sv volgt immers dat deze gegevens in het strafproces geen rol mogen spelen. Daaruit volgt, dat advocaten zelden met bijzondere opsporingsbevoegdheden als het opnemen van telecommunicatie en het opnemen van vertrouwelijke communicatie in aanraking zullen komen. Bij die bevoegdheden gaat het immers om de inhoud van de communicatie. Als het contact tussen de advocaat en de verdachte of de onderzochte criminele organisatie strikt professioneel is, en de communicatie onder het verschoningsrecht valt, is er geen reden om de advocaat af te luisteren. Die reden kan er eerst zijn, als te verwachten valt dat er voldoende voor het strafrechtelijk onderzoek relevante communicatie plaatsvindt. Gewoonlijk zal het dan gaan om een advocaat die zelf verdachte is".⁸⁵²

Uit het bovenstaande blijkt dat de minister er vrij gemakkelijk aan voorbij gaat, dat de opsporende instanties wel kennis kunnen nemen van de opgenomen vertrouwelijke communicatie, alvorens deze dient te worden vernietigd. Dit is op zichzelf al een schending van het beroepsgeheim. Ook al mogen deze gesprekken niet in het procesdossier terecht komen, dan nog kan de verkregen informatie wel degelijk relevant zijn voor het strafrechtelijk onderzoek. Ook al wordt het vertrouwelijke materiaal vernietigd, daarmee kan niet worden voorkomen dat de eenmaal verworven kennis in het geheugen blijft van de opsporingsambtenaar of officier van justitie⁸⁵³. Hoewel van deze informatie niets meer op papier staat, kan

⁸⁵² TK 1997-1998, 25 403, nr. 7, p. 77. Zie ook TK 1997-1998, 25 403, nr. 7 p. 40.

⁸⁵³ Zie in dit verband Myjer 1998 I, p. 860-883, die op p. 883 opmerkt: "ook een onverwijld uitvoering geven aan het bepaalde in artikel 125 h lid 2 Sv (oud TS) laat onverlet dat een niet dan wel al te professioneel gesprek tenminste in het achterhoofd van de politiefunctaris of

hierin aanleiding worden gevonden om het onderzoek in een bepaalde richting voort te zetten of te intensiveren of om nieuw onderzoek op te starten. Uiteraard kan niet altijd voorkomen worden dat gesprekken, waarvan achteraf wordt vastgesteld dat deze onder de geheimhoudingsplicht van een professioneel verschoningsgerechtigde vallen, worden afgeluisterd of opgenomen. Indien echter de advocaat zelf in de uitoefening van zijn beroep object wordt van de toepassing van opsporingsbevoegdheden, dan staat al bij voorbaat vast dat vertrouwelijke gegevens zullen worden afgeluisterd c.q. verkregen. Daarom is het af luisteren van een advocaat die als verdachte wordt aangemerkt ook zo problematisch: ook hierbij zullen onvermijdelijk vertrouwelijke gegevens bekend worden van cliënten, of dit nu cliënten zijn die als medeverdachten van de advocaat worden aangemerkt of cliënten die met de verdenking verder niets van doen hebben.

Geconcludeerd kan worden dat de wetsgeschiedenis voor wat betreft het toepassen van opsporingsbevoegdheden ten aanzien van advocaten niet volkomen eenduidig is: enerzijds stelt de minister het principieel onjuist te vinden de toepassing van de in Titel V geregelde opsporingsbevoegdheden op verschoningsgerechtigden uit te sluiten⁸⁵⁴; anderzijds impliceert volgens de minister het feit, dat gesprekken die onder de geheimhoudingsplicht vallen niet in het procesdossier terecht mogen komen, dat het op de hoogte geraken met deze gegevens ook niet de grondslag voor het toepassen van een bijzondere opsporingsbevoegdheid mag zijn. Met andere woorden: het gebruik van een opsporingsbevoegdheid mag niet gericht zijn op het verkrijgen van vertrouwelijke informatie, maar verschoningsgerechtigden worden ook niet van de toepassing van opsporingsbevoegdheden waarmee deze vertrouwelijke informatie wordt verkregen uitgesloten. Afgezien van de uit oogpunt van rechtsbescherming vrij vage noties als 'terughoudend beleid' en het 'inschakelen van de deken', biedt de regeling van de opsporingsbevoegdheden in de Titels IVa-Va geen enkele (procedurele) garantie dat de hierin opgenomen opsporingsbevoegdheden niet tegen advocaten in hun functie zullen worden gebruikt, of de advocaat zelf nu wel of niet als verdachte wordt aangemerkt. Mede gelet op het geheime en ingrijpende karakter van de toepassing van deze opsporingsbevoegdheden betekent dit een ernstige inbreuk op het aan het verschoningsrecht ten grondslag liggende algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot een advocaat moet kunnen wenden. Dit laatste belang is vooral gebaat bij een zo groot mogelijke zekerheid dat tevoren vast staat dat vertrouwelijke informatie niet bij derden bekend zal worden. Deze zekerheid kan in de huidige regeling van opsporingsbevoegdheden niet meer worden gegeven: een cliënt die zich tot een advocaat wendt loopt de kans dat het advocatenkantoor stelselmatig wordt geobserveerd en dat hetgeen hij aan de advocaat toevertrouwt (direct) wordt afgeluisterd, bijvoorbeeld omdat ten aanzien van een andere cliënt van datzelfde kantoor ver-

rechter-commissaris kan blijven hangen. De keer dat mij dat overkwam was die advocaat voor mij een stuk minder getapt. Ik bedoel maar".

854 TK 1997-1998, 25 403, nr. 7, p. 76.

moedens bestaan dat deze betrokken is bij het in georganiseerd verband beramen of plegen van misdrijven. Het is zeer twijfelachtig of de vernietiging achteraf van de processen-verbaal die vertrouwelijke gegevens bevatten afdoende bescherming biedt tegen inbreuken op het beroepsgeheim. In ieder geval zal een cliënt de vernietigingsplicht nauwelijks als bescherming ervaren⁸⁵⁵.

2.10.7.3 De vernietigingsverplichting van artikel 126aa lid 2 Sv

In artikel 126aa Sv is geregeld dat de officier van justitie de processen-verbaal en andere voorwerpen waaraan gegevens kunnen worden ontleend, die zijn verkregen door de uitoefening van een van de bevoegdheden genoemd in de Titels IVa tot en met Va en die van belang zijn voor het onderzoek, voegt bij de processtukken⁸⁵⁶. In het tweede lid wordt het volgende bepaald:

"Voor zover de processen-verbaal of andere voorwerpen mededelingen behelzen gedaan door of aan een persoon die zich op grond van artikel 218 zou kunnen verschonen indien hem als getuige naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd, worden deze processen-verbaal en andere voorwerpen vernietigd. Bij algemene maatregel van bestuur worden hieromtrent voorschriften gegeven. Voor zover de processen-verbaal of andere voorwerpen andere mededelingen dan bedoeld in de eerste volzin behelzen gedaan door of aan een in die volzin bedoelde persoon, worden zij niet bij de processtukken gevoegd dan na voorafgaande machtiging door de rechter-commissaris".

In het tweede lid van artikel 126aa Sv wordt een onderscheid gemaakt tussen mededelingen die wel en mededelingen die niet onder het verschoningsrecht vallen. De eerstgenoemde mededelingen dienen altijd te worden vernietigd. Ten aanzien van deze stukken geldt een voegingsverbod. Mededelingen die niet onder het verschoningsrecht vallen kunnen slechts na voorafgaande machtiging van de RC aan de processtukken worden toegevoegd. Deze kan de machtiging weigeren als hij van mening is dat deze gegevens (toch) onder het verschoningsrecht vallen. In de wet is niet bepaald wat er moet gebeuren met de gegevens indien de RC de machtiging weigert. Aangenomen wordt dat deze gegevens dan alsnog dienen te worden vernietigd⁸⁵⁷. In de MvT wordt gesteld dat artikel 126aa lid 2 Sv geen wijziging beoogt te brengen in de jurisprudentie ten aanzien van de gevallen waarin de geheimhouder verdachte is⁸⁵⁸ en dat het ook de bedoeling is dat de praktijk ten aanzien van het consulteren van de deken in dergelijke gevallen gehandhaafd blijft⁸⁵⁹. Aangenomen mag worden dat ook de uitspraak van de Hoge Raad van 30 november 1999⁸⁶⁰, hoewel deze uitspraak ten tijde van de parlemen-

⁸⁵⁵ Spronken 2000 I, p. 162-165.

⁸⁵⁶ Afgezien van de omstandigheid dat i.c. de officier van justitie uitsluitend bevoegd is, zijn op deze regeling de art. 30-33 Sv van overeenkomstige toepassing: zie MvT TK 1996-1997, 25 403, nr. 3, p. 83-84.

⁸⁵⁷ Mevis, T&C Sv 1999, aant. 10c bij art. 126aa Sv.

⁸⁵⁸ HR 29-06-1993, NJ 1993, 692.

⁸⁵⁹ Zie § 2.10.6.6 en § 2.10.7.1.

⁸⁶⁰ HR 30-11-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 1.

taire behandeling nog niet gedaan was, met betrekking tot het geval dat de advocaat samen met een cliënt verdacht wordt van ernstige strafbare feiten zijn geliding blijft behouden. Dat betekent dat in het geval de advocaat als verdachte wordt afgeluisterd, het oordeel van een gezaghebbend lid van de beroepsgroep, bijvoorbeeld de deken van de plaatselijke orde van advocaten, wordt ingewonnen met betrekking tot de vraag welke gegevens onder de geheimhoudingsplicht vallen. Als het gaat om gegevens van een medeverdachte cliënt dan zal ten aanzien van deze gegevens een inbreuk op het verschoningsrecht en dus ook de vernietigingsplicht mogen worden gemaakt. Een verschil met de oude regeling is, dat niet de RC maar de officier van justitie dit oordeel van de deken dient in te winnen⁸⁶¹. Daarin verschilt de huidige regeling van voormeld arrest van de Hoge Raad van 30 november 1999, waarin de beoordelingsbevoegdheid aan de RC toekwam. De verdere gang van zaken is geregeld in het Besluit bewaren en vernietigen van niet-gevoegde stukken van 15 december 1999⁸⁶², dat in werking is getreden op 1 februari 2000. In artikel 4 van dit besluit is opgenomen:

- "1. De opsporingsambtenaar die door de uitoefening van een van de bevoegdheden, genoemd in de titels IVa tot en met Va van het Wetboek van Strafvordering, kennisneemt van mededelingen waarvan hij weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat deze zijn gedaan door of aan een geheimhouder, stelt hiervan de officier van justitie onverwijld in kennis.
2. Indien de officier van justitie vaststelt dat de mededelingen, bedoeld in het eerste lid, mededelingen zijn als bedoeld in artikel 126aa, tweede lid, eerste volzin, van het Wetboek van Strafvordering, beveelt hij terstond de vernietiging van de processen-verbaal en andere voorwerpen, voorzover zij deze mededelingen behelzen. Het bevel tot vernietiging is schriftelijk. Van de vernietiging wordt proces-verbaal opgemaakt, dat wordt gezonden aan de officier van justitie.
3. Indien de mededelingen, bedoeld in het eerste lid, zijn gedaan door of aan een geheimhouder die als verdachte is aangemerkt, wint de officier van justitie het oordeel in van een gezaghebbend lid van de beroepsgroep waartoe de geheimhouder behoort, omtrent de vraag of de mededelingen zijn aan te merken als mededelingen in de zin van artikel 126aa, tweede lid, eerste volzin, van het Wetboek van Strafvordering. Indien de officier van justitie besluit af te wijken van het oordeel van het gezaghebbende lid van de beroepsgroep, wordt dit besluit met redenen omkleed".

In de Nota van Toelichting bij het besluit wordt op p. 9 opgemerkt dat artikel 126aa lid 2 Sv niet alleen ziet op gegevens of mededelingen die zijn vastgelegd met een technisch hulpmiddel, maar op alle mededelingen die zijn verkregen door uitvoering van een van de bevoegdheden uit titel IVa tot en met titel Va. Dat kunnen dus ook mededelingen zijn die zijn verkregen via een informant.

In het besluit is geen regeling opgenomen voor die gevallen waarin in de situatie van artikel 4 lid 3 van het besluit (advocaat die wordt aangemerkt als verdachte) een meningsverschil ontstaat tussen de officier van justitie en de deken over de vraag welke mededelingen onder het verschoningsrecht vallen, respectievelijk in

861 MvT TK 1996-1997, 25 403, nr. 3, p. 83.

862 Stb. 548.

hoeverre er een inbreuk mag worden gemaakt op het verschoningsrecht als het gaat om een medeverdachte cliënt⁸⁶³. De Nederlandse Orde van Advocaten heeft in het kader van de parlementaire behandeling van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden erop aangedrongen een met artikel 552a Sv vergelijkbare procedure te creëren. Bij de huiszoeking en inbeslagneming bij advocaten die als verdachten worden aangemerkt kan een oordeel van de raadkamer over de rechtmatigheid van de inbeslagneming worden ingeroepen. Naar aanleiding hiervan wordt in de Nota van Toelichting⁸⁶⁴ opgemerkt dat naar aanleiding van dit advies van de Nederlandse Orde van Advocaten ervoor gekozen is 'deze ongeschreven procedure' niet in het besluit neer te leggen, maar dat dit niet weg neemt dat bij de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden de betrokken partijen in het concrete geval ook deze weg kunnen bewandelen. In de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden⁸⁶⁵ staat vervolgens onder het hoofdstuk Bescherming van beroepsgeheimhouders, punt 1.5.5. vermeld:

"Als de officier afwijkt van het oordeel van het gezaghebbende lid van de beroepsgroep (b.v. de deken van de plaatselijke orde van advocaten), moet hij dat besluit motiveren. Eventueel kunnen de officier van justitie en het gezaghebbende lid van de beroepsgroep hun verschil van mening voorleggen aan een raadkamerrechter".

Het probleem is echter dat, anders dan ingeval van een doorzoeking en inbeslagneming, het Wetboek van Strafvordering helemaal niet voorziet in een procedure op grond waarvan door of namens de geheimhouder zou kunnen worden bewerkstelligd dat stukken of andere voorwerpen die in het kader van het opsporingsonderzoek zijn opgemaakt, niet aan het procesdossier worden toegevoegd of dienen te worden vernietigd. Er is geen raadkamerrechter waaraan de officier en de deken hun meningsverschil kunnen voorleggen. Bovendien doet zich in deze fase het probleem voor dat de betrokken verdachte advocaat – anders dan bij een doorzoeking ter inbeslagneming – in de meeste gevallen helemaal niet op de hoogte zal zijn van de toegepaste opsporingsbevoegdheden. Als de deken wel op de hoogte wordt gesteld, dan zal deze niet mogen overleggen met de advocaat. Zo er al een rechter, bijvoorbeeld de kort geding rechter, zou kunnen worden ingeschakeld, dan is het nog maar de vraag in hoeverre de deken hierin als belanghebbende kan optreden, nog afgezien van de omstandigheid dat een kort geding procedure in beginsel openbaar is.

Het ontbreken van enige formele voorziening heeft tot gevolg dat het oordeel omtrent de vraag of een mededeling onder het verschoningsrecht valt op grond van artikel 126aa Sv uitsluitend toekomt aan de officier van justitie, die weliswaar het oordeel van de deken dient in te winnen, maar niet conform dat oordeel hoeft te beslissen. Vervolgens dient de RC de officier te machtigen, indien deze de gegevens aan het procesdossier wil toevoegen. Echter ook in deze fase is er

⁸⁶³ HR 30-11-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 1.

⁸⁶⁴ Nota van Toelichting bij het Besluit bewaren en vernietigen van niet-gevoegde stukken, Stb. 1999, 548, p. 6.

⁸⁶⁵ Te raadplegen via de internetsite van het OM: <www.openbaarministerie.nl>.

niet voorzien in een procedure waarbij de advocaat bezwaar zou kunnen maken of zou kunnen worden gehoord. Uiteindelijk zal alleen ten overstaan van de zittingsrechter aan de orde kunnen worden gesteld dat bepaalde gegevens ten onrechte niet zijn vernietigd, omdat zij onder de geheimhoudingsplicht vallen. Daarnaast blijft de mogelijkheid bestaan dat mededelingen gedaan door of aan geheimhouders, waarvan de officier van justitie van mening is dat deze niet onder de geheimhoudingsplicht vallen, niet gevoegd worden bij de processtukken, maar ingevolge artikel 126dd Sv worden gebruikt in andere strafrechtelijke onderzoeken c.q. worden opgeslagen in het register zware criminaliteit, zonder dat er in enig stadium een rechterlijk oordeel gevraagd kan worden over de vraag of deze gegevens al dan niet onder het verschoningsrecht vallen⁸⁶⁶.

2.10.8 *Samenvatting verschoningsrecht*

Het professionele verschoningsrecht van de advocaat wordt gezien als een uitvloeisel van een algemeen rechtsbeginsel dat eenieder zich zonder vrees voor openbaring van het besprokene voor advies en bijstand moet kunnen wenden tot bepaalde professionele vertrouwenspersonen, waaraan het maatschappelijk belang dat de waarheid aan het licht komt ondergeschikt is. Het verschoningsrecht dient zowel het individuele belang van de betrokken cliënt als het publieke belang dat burgers zich vrijelijk moeten kunnen wenden tot vertrouwenspersonen. Het uitgangspunt is dat datgene wat aan de advocaat bij het verlenen van rechtsbijstand bekend wordt, of door hem wordt gedaan of geadviseerd, onder zijn geheimhoudingsplicht valt, met dien verstande dat de advocaat niet tegen zijn wil, of de wil van de cliënt, gedwongen kan worden informatie prijs te geven en dat deze informatie ook niet buiten medeweten en zonder instemming van de advocaat kan worden onderschept.

Alhoewel geheimhouding primair in het belang van de cliënt is, is het verschoningsrecht in Nederland een recht van de advocaat en niet van de cliënt. Dit betekent dat de advocaat een eigen verantwoordelijkheid heeft met betrekking tot de uitoefening van dit verschoningsrecht. Geheel vrij is de advocaat daarin echter niet, omdat de schending van de geheimhoudingsplicht een strafbaar feit is dat op klacht van de cliënt vervolgd kan worden⁸⁶⁷. Over de vraag in hoeverre de advocaat verplicht is van zijn verschoningsrecht gebruik te maken verschillen in de literatuur de opvattingen⁸⁶⁸. Sommigen zijn van mening dat de verschoningsgerechtigde steeds bevoegd is als getuige zijn geheimhoudingsplicht te doorbreken, terwijl anderen van mening zijn dat dit alleen in overmachtssituaties toegestaan is. Naar mijn mening verdient deze laatste opvatting de voorkeur boven de eerstgenoemde die aan de verschoningsgerechtigde de vrijheid laat naar eigen inzicht te beslissen of de geheimhoudingsplicht al dan niet doorbroken wordt. De grondslag

866 Dit is bevestigd door de Helpdesk BOB van het Landelijk Parket, zie Het Besluit bewaren en vernietigen van niet-gevoegde stukken en het verschoningsrecht, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, p. 188-191.

867 Art. 272 Sr.

868 Zie § 2.10.2.

vor het verschoningsrecht is immers dat de cliënt de zekerheid wordt geboden dat de hem betrekking hebbende gegevens geheim blijven. Als het vervolgens aan derij beoordeeling van de verschoningsgerechtigde wordt overgelaten om al dan niet van het verschoningsrecht gebruik te maken dan wordt, om met de woorden van Leijten te spreken, 'de bodem onder het systeem weggetrokken'⁸⁶⁹. Uit de richtlijn van de Orde van Advocaten⁸⁷⁰ blijkt dat binnen de advocatuur het uitgangspunt wordt gehanteerd dat de advocaat in beginsel steeds verplicht is zijn geheimhoudingsplicht na te komen en zich derhalve steeds op zijn verschoningsrecht moet beroepen. Ook als de cliënt de advocaat uitdrukkelijk verzoekt om zijn geheimhoudingsplicht te doorbreken, kan de advocaat dit op grond van zijn eigen verantwoordelijkheid weigeren. Er wordt van uitgegaan dat de advocaat hierbij ook het algemeen belang, dat het publiek op de geheimhoudingsverplichting van de verschoningsgerechtigde moet kunnen vertrouwen, moet laten meewegen.

Hevraagstuk van de eigen verantwoordelijkheid van de advocaat als het gaat om de afdrijving van zijn geheimhoudingsplicht ligt meer op het terrein van het tucht- en gedragsrecht dan op het terrein van strafvordering. Hierop zal in hoofdstuk 3 nog nader worden ingegaan. Het is wel van belang vast te stellen dat de strafvorderlijke bepalingen de advocaat alle ruimte bieden het verschoningsrecht te doorbreken, niet alleen ten aanzien van de advocaat die als getuige wordt opgeroepen maar ook bij de toepassing van strafvorderlijke dwangmiddelen, door de toepassing ervan toelaatbaar te achten bij de toestemming van de advocaat, ook al wordt daarbij de geheimhoudingsplicht geschonden. Hieruit kan worden afgeleid dat de bescherming van de geheimhoudingsplicht vooral als een verantwoordelijkheid van de advocaat wordt gezien.

De uitwerking van het verschoningsrecht in het Wetboek van Strafvordering is complex en de mate waarin het verschoningsrecht wordt gerespecteerd is afhankelijk van de context waarin op grond van het Wetboek van Strafvordering informatie wordt verzameld ten behoeve van de opsporing en berechting van strafbare feiten.

In de situatie dat de advocaat als getuige wordt gehoord, heeft hij, door de zeer marginale rechterlijke toetsing, praktisch gezien de autonome zeggenschap om te bepalen welke kennis onder zijn geheimhoudingsplicht valt. Bij de doorzoeking en inbeslagneming geldt dit uitgangspunt ook, maar in verzwakte mate. Zodra er twijfel bestaat over de juistheid van de stelling van de advocaat dat bepaalde stukken onder zijn geheimhoudingsplicht vallen, komt het uiteindelijke oordeel daarover toe aan de rechter-commissaris die als intermediair de deken kan raadplegen. Uiteindelijk kan aan de rechtbank ingevolge artikel 552a Sv een oordeel over de rechtmatigheid van de inbeslagneming worden gevraagd. Zodra de advocaat als medeverdachte van zijn cliënt wordt aangemerkt, verliest hij bij een doorzoeking en inbeslagneming zijn geprivilegieerde positie om te bepalen wat wel en niet onder zijn geheimhoudingsplicht valt. In een dergelijke situatie wordt

⁸⁶⁹ J. Leijten 1986, p. 709.

⁸⁷⁰ Zie met name: De geheimhoudingsplicht van de advocaat, Handleiding bij bezoek (fiscale) opsporingsambtenaren, Bijlage bij Advocatenblad afl. 18, 1986 en Handleiding dekens bij huiszoeking op een advocatenkantoor, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, p. 166-168.

bovendien een schending van de geheimhoudingsplicht voorzover het gaat om opheldering van de feiten waarvan de advocaat en zijn medeverdachte cliënten verdacht worden, toelaatbaar geacht. Bij de toepassing van (bijzondere) opsporingsbevoegdheden wordt de bescherming van de geheimhoudingsplicht nog zwakker. Dit komt omdat bij de toepassing van deze opsporingsbevoegdheden niet altijd kan worden voorkomen dat vertrouwelijke informatie wordt onderschept en omdat de uitoefening van deze bevoegdheden na de invoering van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden in veel gevallen niet meer verbonden is aan de status van verdachte en dus ook advocaten bij deze opsporingsbevoegdheden betrokken kunnen raken. De verzekering van de minister van justitie tijdens de parlementaire behandeling van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, dat ten aanzien van advocaten een terughoudend beleid zal worden gevoerd, sluit niet uit dat opsporingsbevoegdheden ook tegen (niet verdachte) advocaten kunnen worden gebruikt. De enige waarborg die wordt geboden tegen de schending van het beroepsgeheim is dat gegevens, die door de toepassing van deze opsporingsbevoegdheden in handen van justitie komen, op grond van artikel 126aa Sv onmiddellijk moeten worden vernietigd en niet in het procesdossier terecht mogen komen. Hiermee wordt echter niet voorkomen dat deze gegevens wel ter kennis van de opsporende instanties komen. Daarbij komt, dat het oordeel over datgene wat geacht wordt onder het verschoningsrecht te vallen in eerste instantie toekomt aan de officier van justitie en niet aan de advocaat zelf of de rechter-commissaris, een regeling die uit oogpunt van rechtsbescherming niet evenwichtig is en (daarom) weinig vertrouwen wekt. Een officier van justitie is nu eenmaal, hoezeer hij ook de opdracht heeft ook de belangen van de verdachte in het oog te houden, in het strafproces de tegenpartij en meer geïnteresseerd in de waarheidsvinding dan in de bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat.

Een bijzondere situatie ontstaat als de advocaat zelf als verdachte wordt aangemerkt. In dat geval wordt het toelaatbaar geacht dat opsporingsbevoegdheden ook tegen de advocaat worden aangewend. Bijzonder problematisch is in deze situatie de bescherming van de vertrouwelijke gegevens van cliënten die niets met de zaak te maken hebben waarvan de advocaat verdacht wordt. Vóór de invoering van Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, was de rechter-commissaris in dergelijke gevallen belast met de beoordeling van de vraag of informatie onder de geheimhoudingsplicht van de advocaat valt. In de huidige situatie is dat alleen bij de doorzoeking en inbeslagneming het geval. In alle andere gevallen komt het oordeel hierover ex artikel 126aa Sv toe aan de officier van justitie. Een lacune in de rechtsbescherming is, dat in tegenstelling tot de gang van zaken bij een doorzoeking en inbeslagneming, het oordeel van de officier van justitie, niet voorafgaand aan het onderzoek ter terechtzitting aan een rechter kan worden voorgelegd.

Geconcludeerd kan worden dat de procedurele bescherming van het beroepsgeheim steeds verder afkalft, naarmate de regulering van dwangmiddelen en opsporingsmethoden van recentere datum is⁸⁷¹. Illustratief is dat de wetgever bij de Wet

871 Zie ook: Van Bavel 1998, p. 37-40.

bijzondere opsporingsbevoegdheden, daar waar het gaat om het bieden van procedurele waarborgen zoals bijvoorbeeld een formalisering van de positie van de deken als intermediair bij beslissingen waarbij het beroepsgeheim betrokken is, een wettelijke regeling niet noodzakelijk acht. Dit heeft tot gevolg dat er een scherp contrast is ontstaan tussen de rechtspositie van de advocaat bij een doorzoeking en inbeslagname, waarbij vanouds procedurele waarborgen zijn geschied en de rechtspositie van de advocaat bij de toepassing van bijzondere opsporingsmethoden die even ingrijpend, zo niet veel ingrijpender van aard zijn. Het is merkwaardig dat alleen de rechter-commissaris bevoegd is een advocatenkantoor te doorzoeken, terwijl bij het direct af luisteren in een advocatenkantoor weliswaar een machtiging van de rechter-commissaris vereist is, maar het oordeel over de te vernietigen vertrouwelijke informatie aan de officier van justitie toekomt.

Als het gaat om de bescherming van het beroepsgeheim heeft het belang van de waarneming bij de toepassing van opsporingsbevoegdheden het pleit gewonnen en is het de vraag of de waarheidsvinding nog wel ondergeschikt is aan het algemene rechtsbeginsel dat een ieder zich zonder vrees voor openbaring van het gesproken voor advies en bijstand moet kunnen wenden tot een advocaat.

2.11 Strafprocessuele normen voor het optreden van de advocaat in internationale regelingen

Het recht op bijstand van een advocaat in het strafproces is in vrijwel alle internationale mensenrechtenverdragen en regelingen terug te vinden. Zonder uitputtend te zijn, kan worden verwezen naar artikel 6 lid 3 EVRM, artikel 14 lid 3 IVBPR, dat vrijwel gelijklopend is aan artikel 6 lid 3 EVRM, maar dat daarnaast in lid 3b ook nog vermeldt dat de verdachte het recht heeft zich te verstaan met een door hemzelf gekozen raadsman. In artikel 11 van de Universele verklaring van de rechten van de mens⁸⁷² is bepaald, dat een ieder die van een strafbaar feit wordt beschuldigd het recht heeft op alle garanties die nodig zijn voor zijn verdediging. Artikel 8 lid 2c-e van de American Convention on Human Rights⁸⁷³ bevat vrijwel dezelfde garanties als artikel 6 lid 3b-c EVRM, met de toevoeging van het recht "to communicate freely and privately with his counsel". Ook de African Charter on Human Rights and Peoples Rights waarborgt in artikel 7 lid 1c het recht op verdediging, inclusief het recht om te worden bijgestaan door een advocaat van eigen keuze⁸⁷⁴.

Verder is de VN-resolutie van belang, die in 1990 is aanvaard op het achtste congres van de Verenigde Naties ter voorkoming van misdaad en bestraffing te Ha-

⁸⁷² Trb. 1969, 99.

⁸⁷³ Ondertekend in San José op 22 november 1969, in werking getreden op 18 juli 1978.

⁸⁷⁴ Aangenomen op de 18e vergadering van de OAU (Organisation of African Unity) op 27 juni 1981 in Nairobi. Opvallend is dat in de African Charter het recht op gratis rechtsbijstand in strafzaken indien de verdachte zelf niet in staat is zijn advocaat te bekostigen, niet gegarandeerd is.

vana, 'Basic Principles on the Role of Lawyers' genaamd⁸⁷⁵. In deze resolutie worden de grondbeginselen omschreven van de rechten en plichten van de advocaat. Naast garanties voor het recht op rechtsbijstand, benadrukken de 'Principles' de verplichting van de overheid de onafhankelijkheid van de advocatuur te waarborgen. De overheid moet ervoor instaan dat advocaten niet het slachtoffer worden van, of worden bedreigd met strafrechtelijke vervolging of andere sancties, als zij hun werk verrichten overeenkomstig de voor de beroepsuitoefening erkende maatstaven en gedragsnormen. Met name mogen advocaten niet worden vereenzelvigd met de cliënt als gevolg van het vervullen van hun taak en moeten zij worden gevrijwaard van strafvervolging met betrekking tot uitspraken die te goeder trouw in rechte worden gedaan. De vrijheid van meningsuiting en vereniging van advocaten moet worden gerespecteerd. Benadrukt wordt dat de regeringen moeten erkennen dat de communicatie tussen advocaten en cliënten vertrouwelijk is. Ook moet de overheid garanderen dat advocaten tijdig en in een zo vroeg mogelijk stadium toegang hebben tot informatie (stukken en dossiers) die van belang is voor een effectieve rechtsbijstand.

Als verplichtingen van de advocaat zijn in de 'Principles' opgenomen dat de advocaat de eer en stand van hun professie, die een essentieel onderdeel uitmaakt van de rechtsbedeling, hoog moeten houden. Specifieke verplichtingen naar de cliënt toe zijn:

- "a. advising clients as to their legal rights and obligations, and to the working of the legal system in so far as it is relevant to the rights and obligations of their clients;
- b. assisting clients in every appropriate way, and taking legal action to protect their interests;
- c. assisting clients before courts, tribunals or administrative authorities, where appropriate.

Lawyers shall seek to uphold human rights and fundamental freedoms recognized by national and international law and at all times act freely and diligently in accord with the law and recognized standards of the legal profession.

Lawyers shall always loyally respect the interests of their clients".

Ook met betrekking tot de rechtsbijstand in klachtzaken in Straatsburg is voorzien in een regeling van rechtsbijstand aan klagers: de Europese overeenkomst betreffende personen die deelnemen aan procedures voor het Europese Hof voor de Rechten van de Mens⁸⁷⁶. In artikel 3 lid 2c van deze overeenkomst wordt bepaald dat personen die zich in hechtenis bevinden het recht hebben in het kader van een procedure bij het EHRM briefwisseling te voeren en buiten het gehoor

875 Basic Principles on the Role of Lawyers, adopted by the Eight Crime Congress, Havana, 7 September 1990, bekrachtigd door Resolutie 45/121 van de Algemene Vergadering van de VN d.d. 14 december 1990. Deze resolutie is te raadplegen via de internet-site: <www.ifs.univie.ac.at/~uncjin/unrule15.html> en is ook gepubliceerd in NJB 1990, p. 1881. Zie ook Ter Kuile 1998, p. 282-285.

876 De laatste versie van deze overeenkomst is in werking getreden op 1 januari 1999, Trb. 1996, 130.

va anderen overleg te plegen met een raadsman die bevoegd is op te treden voor de rechtscollages van het land waar zij in hechtenis worden gehouden.

Vder zijn nog van belang artikel 93 van de Europese Gevangenisregels, een aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa⁸⁷⁷ en de beginselen 17 en 18 van het VN-document 'Beginselen inzake de bescherming van alle categorieën gedetineerden en gevangenen d.d. 9 december 1988'⁸⁷⁸ waarin het recht op (gratis) rechtsbijstand en het recht op vrij verkeer worden gegarandeerd. Te slot kan nog worden gewezen op procedure-regels van de internationale tribunaal, het Joegoslavië Tribunaal (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY)⁸⁷⁹ en het Ruanda Tribunaal (International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR)⁸⁸⁰. Ook hierin is voorzien in het recht op (gratis) rechtsbijstand⁸⁸¹ en het recht op vrij verkeer⁸⁸².

Aloewel de rechten van de verdediging in vele internationale verdragen en regelingen zijn vastgelegd, heeft met name de jurisprudentie met betrekking tot het ERM haar stempel op de Nederlandse strafrechtspleging gedrukt⁸⁸³. In het kader van dit onderzoek zal dan ook voornamelijk worden gekeken naar de normerende werking van het EVRM voorzover het gaat om de positie van de verdediging in strafzaken⁸⁸⁴. Daarbij zijn met name de artikelen 6, 8 en (in zeker mate ook) 10 EVRM relevant. In artikel 6 EVRM is het recht op een eerlijk proces vastgelegd en het derde lid bevat een aantal specifieke garanties voor de verdediging in strafzaken, waaronder ook het recht op bijstand. Artikel 8 EVRM be-

877 European Prison Rules, Recommendation No. R (87) 3 adopted by the Committee of ministers of the Council of Europe on 12 February 1987, waarvan een Nederlandse vertaling is opgenomen in De Jonge e.a. 1999, p. 371-388.

878 Beginselen inzake de bescherming van alle categorieën gedetineerden en gevangenen, aangevaard door de Algemene Vergadering van de VN op 9 december 1988, Rapport A/43/889, Sancties 1990, p. 284-290.

879 Ingesteld door de Veiligheidsraad van de VN op 25 mei 1993 bij resolutie 827 (1993), zie voor informatie officiële documenten de web-site van ICTY: <<http://www.un.org/icty/>>.

880 Ingesteld door de Veiligheidsraad van de VN op 8 november 1994 bij resolutie 955 (1994), zie voor informatie en officiële documenten de web-site van de ICTR: <<http://www.icty.org/>>.

881 Rules 42 en 44-45 Rules of Procedure and Evidence ICTY van 11 februari 1994 (voor het laatste gewijzigd op 14 juli 2000) en art. 2 en 3 Directive on the Assignment of Defence Counsel ICTR van 9 januari 1996 (voor het laatste gewijzigd op 8 juni 1998).

882 Regulations to govern the supervision of visits to and communications with detainees, ICTY april 1995 (laatstelijk gewijzigd in juli 1999).

883 Hoewel ook het Facultatief Protocol bij het IVBPR, net als het EVRM, voorziet in een individuele klachtprocedure heeft toch de Straatsburgse procedure een veel grotere vlucht genomen. Een uitspraak van het EHRM ingevolge artikel 46 EVRM heeft bindende kracht. Uitspraken van het Mensenrechtencomité naar aanleiding van individuele klachten wegens schending van het IVBPR zijn niet bindend. Ook voorziet de Straatsburgse procedure in gefinancierde rechtsbijstand, hetgeen bij de klachtprocedure in het kader van het Facultatief Protocol niet het geval is. Deze factoren zijn mogelijk van invloed op het verschil tussen de mate waarin van beide klachtprocedures gebruik wordt gemaakt. Waarschijnlijk is echter de kritische en autonome opstelling van het EHRM de belangrijkste factor geweest voor de toename van het aantal klachten in Straatsburg.

884 Zie voor een korte samenvatting van de algemene invloed van het EVRM op de positie van de verdachte § 1.10.1 en de daar vermelde literatuurverwijzingen.

schermf het recht op privacy en gezinsleven en bindt in het tweede lid de inmenging van de overheid hierin aan voorwaarden van legaliteit, proportionaliteit en subsidiariteit. Voor het strafproces is artikel 8 EVRM vooral van belang bij de toepassing van dwangmiddelen en opsporingsmethoden, die immers gepaard gaan met inbreuken op het recht op privacy. Een onderdeel van dit recht op privacy is ook de vrouwelijkheid van de contacten tussen een burger en zijn advocaat. Artikel 10 EVRM garandeert de vrijheid van meningsuiting en is ook relevant voor het optreden van de advocaat in de openbaarheid, met name in zijn contacten met de media.

Bij de bespreking van deze verdragsbepalingen staan dezelfde aandachtspunten centraal als bij de analyse van de Nederlandse strafvorderlijke bepalingen, namelijk de positie van de raadsman als partijdige en onafhankelijke belangenbehartiger en de wijze waarop rechtsbijstand is gegarandeerd.

2.11.1 *Het recht op verdediging in het EVRM*

Artikel 6 lid 3c EVRM bevat een aantal specifieke rechten ten behoeve van degenen tegen wie een strafvervolgning wordt ingesteld. In de eerste plaats heeft de betrokkene het recht te weten waarvan hij beschuldigd wordt. Het recht op verdediging en bijstand van een advocaat in strafzaken is vastgelegd in artikel 6 lid 3b-3c EVRM en in artikel 6 lid 3d is het recht op het horen van getuigen geregeld. Het derde lid van artikel 6 EVRM luidt als volgt:

- “3. Een ieder tegen wie vervolging is ingesteld, heeft in het bijzonder de volgende rechten:
- a) Onverwijld, in een taal die hij verstaat en in bijzonderheden, op de hoogte te worden gesteld van de aard en de reden van de tegen hem ingebrachte beschuldiging;
 - b) te beschikken over de tijd en faciliteiten die nodig zijn voor de voorbereiding van zijn verdediging;
 - c) 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 toegevoegd advocaat te kunnen worden bijgestaan, indien de belangen van een behoorlijke rechtspleging dit eisen.
 - d) De getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à décharge te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge”.

Aan de verdragsbepalingen is vooral inhoud gegeven door de uitgebreide jurisprudentie van het EHRM en de ECRM naar aanleiding van individuele klachten tegen de lidstaten. Alhoewel door de inwerkingtreding van het Elfde Protocol met ingang van 1 november 1998⁸⁸⁵ de ECRM en het EHRM zijn samengevoegd tot één permanent Hof dat in Straatsburg zetelt en de ECRM is opgeheven, blijft ook de ‘oude’ jurisprudentie van de ECRM voor de uitleg van de verdragsbepalingen van belang. Als grondslag voor de toetsing of een schending van het recht op een eerlijk proces ex artikel 6 EVRM heeft plaatsgevonden hebben de Commissie en

885 Trb. 1994, 141 en Trb. 1998, 95, zie voor een overzicht van de wijzigingen in de klachtprocedure Lawson 1998; Spronken, T&C Sv 1999, de aant. bij de art. 34 e.v. EVRM.

het Hof zich steeds op het standpunt gesteld dat zij zich niet uitlaten over nationale (procedurele) bepalingen in abstracto, maar toetsen zij steeds de concrete omstandigheden van het geval, waarbij de gevolgde procedure in zijn geheel wordt bekeken. De steeds terugkerende formulering die hierbij wordt gebruikt is: "the Court sees it as its task to ascertain whether the proceedings considered as a whole were fair"⁸⁸⁶. Zo kan het zijn dat de nationale bepaling op zichzelf niet in strijd wordt geacht met het EVRM, maar dat gelet op de wijze waarop de nationale rechter de bepaling toepast, in combinatie met de omstandigheden van het geval, toch een schending van het verdrag wordt vastgesteld. Het omgekeerde is ook mogelijk. Eveneens standaard is de overweging van het Hof dat de vereisten van het derde lid van artikel 6 EVRM worden gezien als aspecten van c.q. voorwaarden voor het recht op een eerlijk proces, dat in het eerste lid is gegarandeerd⁸⁸⁷. Het object en doel van alle gezamenlijke onderdelen van artikel 6 EVRM is de bescherming van de rechten van de verdediging. In feite zijn de rechten die zijn vastgelegd in het derde lid van artikel 6 EVRM minimum garanties in het kader van een recht op een eerlijk proces ingevolge het eerste lid⁸⁸⁸. Zo hangt het recht om op de hoogte te worden gesteld van de beschuldiging ex artikel 6 lid 3a EVRM nauw samen met de mogelijkheid om de verdediging voor te bereiden ex artikel 6 lid 3b EVRM en is het recht om getuigen te ondervragen ex artikel 6 lid 3d EVRM een uitwerking van het beginsel van equality of arms dat in de Straatsburgse jurisprudentie als een van de wezenlijke kenmerken van een eerlijk proces wordt gezien. De verhouding tussen het eerste en derde lid van artikel 6 EVRM wordt helder weergegeven door de Commissie in de zaak *Can*:

"The Commission recalls its constant case-law according to which the compliance with the requirements of fair trial must be examined in each case having regard to the development of the proceedings as a whole and not on the basis of an isolated consideration of one particular aspect of one particular incident (...). This principle holds true not only for the application of the concept of fair trial as such, as laid down in Article 6 § 1, but also for the application of the specific guarantees laid down in Article 6 § 3. They exemplify the notion of fair trial in respect of typical procedural situations which arise in criminal cases, but their intrinsic aim is always to ensure, or to contribute to ensuring, the fairness of the criminal proceedings as a whole. The guarantees in Article 6 § 3 are therefore not an aim in themselves, and they must accordingly be interpreted in the light of the function which they have in the overall context of the proceedings"⁸⁸⁹.

⁸⁸⁶ Dit is standaard jurisprudentie, zie bijvoorbeeld EHRM 20-11-1989, *Kostovski*, A 166, § 39; EHRM 16-12-1992, *Edwards*, A 247-B, § 34 en de passages uit de jurisprudentie van het EHRM, aangehaald in: Kempees 1996/1998, met name de uitspraken onder de kop "fairness of the procedure" in Volume I, p. 147-185 en Volume III, p. 69-84.

⁸⁸⁷ Zie Kempees 1996/1998, Volume III, p. 183-184.

⁸⁸⁸ Van Dijk/Van Hoof 1998, p. 429-430.

⁸⁸⁹ EHRM 12-07-1984, *Can*, B 79, § 48. Zie ook EHRM 26-03-1982, *Adolf*, A 49, § 30: "In particular the applicant's situation under the domestic legal rules in force has to be examined in the light of the object and purpose of Article 6, read as a whole, namely the protection of the rights of the defence". EHRM 23-02-1994, *Stanford*, NJ 1994, 483, § 26: "Nor is it in dispute that Article 6, read as a whole, guarantees the right of an accused to participate actively in a criminal trial".

Door deze wijze van toetsing, waarbij steeds de individuele omstandigheden van het geval een grote rol spelen en waarbij alle elementen van artikel 6 EVRM in zijn geheel worden gewogen, is het moeilijk algemene conclusies te trekken, bijvoorbeeld met betrekking tot de precieze inhoud van de afzonderlijke elementen van het recht op verdediging in een strafzaak, zoals bijvoorbeeld het recht op bijstand van een advocaat. Desalniettemin zijn in de uitspraken van het EHRM en de ECRM ook 'abstracte elementen' terug te vinden, die een leidraad kunnen vormen voor de wijze waarop de vereisten van een eerlijk proces moeten worden ingevuld en vormen de diverse uitspraken van Commissie en Hof als het ware een mozaïek, dat hoewel opgebouwd uit vele verschillende stenen, een bepaald patroon laat zien.

Artikel 6 EVRM kent, in tegenstelling tot andere verdragsbepalingen zoals de artikelen 5 (recht op bescherming van persoonlijke vrijheid), 8 (recht op privacy), en 10 (recht op vrijheid van meningsuiting), geen beperkingsgronden, in die zin dat de hierin geformuleerde garanties voor een eerlijk proces zouden kunnen worden beperkt, bijvoorbeeld in het belang van de democratische samenleving of de openbare veiligheid⁸⁹⁰. De uitgangspunten van een eerlijk proces zijn immers als zodanig in het belang van een democratische samenleving⁸⁹¹. Toch betekent dit niet dat de afzonderlijke elementen van artikel 6 lid 3 EVRM niet beperkt zouden kunnen worden. De wijze van toetsing van Hof en Commissie, waarbij steeds de procedure in zijn geheel wordt bekeken, brengt met zich dat niet iedere beperking van de verdedigingsrechten als een schending van het verdrag wordt aangemerkt, mits de kern van het recht maar niet wordt aangetast⁸⁹². Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen het recht op verdediging als zodanig en de rechten die dit mogelijk moeten maken, zoals het krijgen van tijd en faciliteiten (art. 6 lid 3b EVRM) of de mogelijkheid om getuigen te ondervragen (art. 6 lid 3d EVRM). Het recht op verdediging als zodanig is in beginsel absoluut, maar de wijze waarop de verdedigingsrechten kunnen worden uitgeoefend kunnen aan beperkingen onderhevig zijn, mits daardoor de mogelijkheden tot verdediging niet illusoir worden of nodeloos worden ingeperkt.

Dat het recht op verdediging in beginsel absoluut is kan worden afgeleid uit de omstandigheid dat het EHRM meerdere malen heeft uitgemaakt dat de klager niet hoeft aan te tonen dat hij door het ontbreken van de mogelijkheid zich te verdedigen benadeeld is. Zo voerde de Italiaanse regering in de zaak *Artico* het verweer dat artikel 6 lid 3c EVRM alleen geschonden is als de klager aantoonde dat hij daadwerkelijk nadeel heeft geleden ten gevolge van het ontbreken van effectieve rechtsbijstand. De ECRM overwoog naar aanleiding van dit verweer:

890 De enige uitzondering die wordt gemaakt is te vinden in artikel 15 EVRM, waarin is bepaald dat in een geval van een oorlog of noodtoestand mag worden afgeweken van de verplichtingen ingevolge het Verdrag, voorzover de ernst van de situatie dit strikt vereist.

891 Zie bijvoorbeeld EHRM 17-01-1970, *Delcourt*, A 11, § 25 en EHRM 20-11-1989, *Kostovski*, NJ 1990, 245, § 44, waarin het EHRM overweegt: "The right to a fair administration of justice holds so prominent a place in democratic society that it cannot be sacrificed to expediency".

892 Zie *Spaniol* 1990, p. 152 e.v.

"the Commission could not accept this interpretation for which there is no foundation either in the wording or in the spirit of Article 6 § 3 (c) of the Convention, which contains an absolute guarantee of the right to defence"⁸⁹³.

Het Hof is het met de Commissie eens en voegt daaraan toe dat een schending van deze bepaling ook mogelijk is bij het ontbreken van enig nadeel:

"there is nothing in Article 6 par. 3 (c) (art. 6-3-c) indicating that such proof is necessary; an interpretation that introduced this requirement into the sub-paragraph would deprive it in large measure of its substance. More generally, the existence of a violation is conceivable even in the absence of prejudice"⁸⁹⁴.

Het EHRM heeft bij herhaling benadrukt dat artikel 6 EVRM beoogt te garanderen dat de verdachte de mogelijkheid heeft actief te participeren in de strafrechtelijke procedure om het verloop van de strafvervolgning te beïnvloeden⁸⁹⁵. De beïnvloeding van het verloop van de strafvervolgning ten gunste van de verdachte is ook de functie van de raadsman, maar zijn functie is hiertoe niet beperkt. De raadsman heeft daarnaast als taak de verdachte, die zowel psychisch als sociaal zwaar belast wordt door een vervolging, bij te staan⁸⁹⁶. Vandaar dat het op zichzelf niet relevant is voor de beoordeling van de vraag of het recht op bijstand is geschonden, of de raadsman het verloop van het strafproces wel had kunnen beïnvloeden. Afgezien van de omstandigheid dat het achteraf vrijwel onmogelijk is om aan te tonen of het iets uitgemaakt heeft dat de verdachte geen bijstand van een advocaat heeft gehad⁸⁹⁷, blijft ook los daarvan de ondersteuning van de verdachte een belangrijke functie van de raadsman. In de zaak *Can* noemt de Commissie bij een inventarisatie van de functies van de raadsman in het vooronderzoek uitdrukkelijk ook de algemene taak van de raadsman de verdachte bij te staan:

"They (de functies van de raadsman TS) include not only the preparation of the trial itself, but also the control of the lawfulness of any measures taken in the course of the investigation proceedings, the identification and presentation of any means of evidence at an early stage were it is still possible to trace new relevant facts and where the witnesses have a fresh me-

⁸⁹³ ECRM 08-03-1979, Artico, B 34, § 99.

⁸⁹⁴ EHRM 13-05-1980, Artico, A 37, § 35. In dezelfde zin liet het Hof zich uit in EHRM 19-02-1991, *Alimena*, A 195-D: "The Court notes in the first place that a violation of the convention is conceivable even where no damages arises (...). It observes further that the competent Italian authorities were under a duty to take steps to ensure that the applicant enjoyed effectively the right to which they had recognised he was entitled, namely the possibility of being represented by a lawyer at the examination of his appeal (ibid, p. 18, para. 36). They in fact deprived him of legal assistance which could have helped him in his attempt to secure an unqualified acquittal".

⁸⁹⁵ Zie bijvoorbeeld EHRM 06-12-1988, *Barbera e.a.*, A 146, § 78; EHRM 23-02-1994, *Stanford*, NJ 1994, 483, § 26.

⁸⁹⁶ *Spaniol* 1990, p. 62-65.

⁸⁹⁷ EHRM 13-05-1980, Artico, A 37, § 35.

mory, further assistance to the accused regarding any complaints which he might wish to make in relation 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 (cursief TS)⁸⁹⁸.

Hoe zwaar aan het recht op verdediging wordt getild, blijkt ook uit de voorlopige maatregel van het EHRM ex artikel 39 lid 1 van de Rules of Court, in het kader van een klacht tegen Turkije wegens schending van onder andere artikel 5 EVRM (onrechtmatige vrijheidsbeneming), naar aanleiding van de ontvoering en berechting van de PKK-leider Öcalan in het najaar van 1998. De advocaten van Öcalan kregen geen toegang tot hem en naar aanleiding hiervan draagt het EHRM de Turkse regering op:

"To secure to the applicant his rights under Article 6 of the Convention in the proceedings brought against him in Turkey;

To respect fully the rights of the defence and, in particular, the applicant's right to see and to have effective consultations in private with his lawyers representing him in those proceedings;

To ensure that the applicant is enabled, through lawyers of his own choice, effectively to exercise the right of individual petition to the European Court within the meaning of Article 34 (last sentence) of the Convention"⁸⁹⁹.

Deze maatregel is met name opmerkelijk, omdat het EHRM in het kader van artikel 39 lid 1 van de Rules of Court slechts pleegt in te grijpen, indien er sprake is van een ernstige dreiging van gevaar voor leven, zoals bijvoorbeeld bij de uitzetting van een vluchteling naar een land waarin deze moet vrezen voor executie of marteling. Het is voor het eerst dat het EHRM een dergelijke maatregel beveelt naar aanleiding van een dreigende schending van het recht op een eerlijk proces.

Hierna zal worden ingegaan op de diverse elementen in artikel 6 lid 3, die betrekking hebben op de bijstand van een advocaat.

2.11.2 *De bijstand van de raadsman in relatie tot het recht van de verdachte zichzelf te verdedigen*

Artikel 6 lid 3c EVRM geeft de verdachte het recht zichzelf te verdedigen of zich te laten bijstaan door een raadsman. Spaniol⁹⁰⁰ benadrukt dat het hierbij niet gaat om twee gelijkwaardige alternatieven, in die zin dat aan het vereiste van artikel 6 lid 3c EVRM zou zijn voldaan als hetzij de verdachte in de gelegenheid wordt gesteld zichzelf te verdedigen, hetzij een raadsman zijn verdediging kan voeren. Beide vormen van verdediging hebben een eigen processuele functie, waardoor de ene vorm niet zonder meer door de andere vorm kan worden vervangen. Zo kan de verdachte zijn persoonlijkheid en kennis over de feiten en omstandighe-

898 ECRM 12-07-1984, Can, B 79, § 55.

899 Spronken 1999 I, p. 58-60.

900 Spaniol 1990, p. 63-64.

den inbrengen en de raadsman zijn juridische kennis. Dit betekent dat beide vormen van verdediging niet volwaardig (hoeven te) zijn maar elkaar juist aanvullen en gezamenlijk een effectieve verdediging kunnen bewerkstelligen:

"Article 6 para. 3 (c) prohibits criminal proceedings from taking place without the defence having had the opportunity to put its case adequately. Its purpose is to secure the right to a proper defence, whether defence in person or by a barrister. In criminal proceedings, the defending lawyer can never wholly replace the accused. It is indeed unthinkable that an accused should have legal assistance without there being any possibility of contact between the accused and his defending lawyer. These considerations apply particularly in trial courts, where factors such as the circumstances in which the offence was committed, the evidence and the personality of the accused are of crucial importance in determining the accused's guilt and the degree of it, and where in particular there is the possibility that the court may impose heavy prison sentences"⁹⁰¹.

Het verschil in positie tussen de verdachte en zijn advocaat komt ook tot uiting in de omstandigheid dat het EHRM, heeft uitgemaakt dat de verdachte in beginsel altijd het recht heeft bij zijn berechting aanwezig te zijn:

"Although this is not expressly mentioned in para. 1 of Art. 6, the object and purpose of the Article taken as a whole show that a person "charged with a criminal offence" is entitled to take part in the hearing. Moreover, sub-paragraphs (c), (d) and (e) of para. 3 guarantee to "everyone charged with a criminal offence" the right "to defend himself in person", "to examine or have examined witnesses" and "to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court", and it is difficult to see how he could exercise these rights without being present"⁹⁰².

Uit de zaken Zana en Botten kan worden afgeleid dat de verdediging door een advocaat het recht van de verdachte om ter zitting te verschijnen en zich daar te verdedigen niet zonder meer kan compenseren, met name niet als het gaat om vaststelling van feiten en persoonlijke omstandigheden die van belang zijn voor de oplegging van de straf⁹⁰³.

Het gaat bij het aanwezigheidsrecht van de verdachte niet alleen om het pure recht aanwezig te zijn, maar ook om het recht te participeren in het proces. Hieronder wordt ook verstaan dat de verdachte gedurende het proces de gelegenheid moet krijgen om zijn advocaten te consulteren. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de zaak T. versus het Verenigd Koninkrijk. Het betrof hier de berechting van een 11-

⁹⁰¹ ECRM 27-10-1998, H.N. v. Italy, nr. 18902/91, Hudoc.

⁹⁰² EHRM 12-02-1985, Colozza, NJ 1986, 685, § 27. Zie ook EHRM 06-12-1988, Barbera e.a., A 146, § 78 en EHRM 21-09-1993, Kremzow, NJ 1994, 359, § 45. In dezelfde zin heeft zich het Mensenrechtencomité uitgelaten in HRC 02-04-1997, Michael and Brian Hill v. Spain, U.N. Doc. CCPR/C/59/526/1993, waarin een klacht tegen Spanje gegrond werd verklaard omdat aan Michael Hill, die geen rechtsbijstand wenste, volgens het Spaanse recht niet was toegestaan zichzelf te verdedigen. Het Mensenrechtencomité achtte dit in strijd met art. 14 lid 3d IVBPR.

⁹⁰³ EHRM 25-11-1997, Zana, Reports 1997-VII, § 67-72; EHRM 10-02-1996, Botten, Reports 1996-I, § 39 e.v.

jarige jongen wegens moord op een tweejarige kleuter. Het EHRM achtte in deze zaak artikel 6 lid 1 EVRM geschonden omdat de verdachte gelet op zijn jonge leeftijd, mede door de enorme publiciteit die met zijn berechting gepaard ging, zich tijdens de openbare zitting bij de Crown Court gelet op de daar gehanteerde formaliteiten en rituelen geïntimideerd moet hebben gevoeld en daardoor niet in staat is geweest gedurende en voorafgaande de zitting zich op een adequate wijze door zijn advocaten te laten adviseren en bijstaan. Volgens het Hof kan dit niet gecompenseerd worden door de omstandigheid dat T. door ervaren advocaten werd bijgestaan:

"In such circumstances the Court does not consider that it was sufficient for the purposes of Article 6 § 1 that the applicant was represented by skilled and experienced lawyers. This case is different from that of Stanford (cited in paragraph 80 above)⁹⁰⁴, where the Court found no violation arising from the fact that the accused could not hear some of the evidence given at trial, in view of the fact that his counsel, who could hear all that was said and was able to take his client's instructions at all times, chose for tactical reasons not to request that the accused be seated closer to the witnesses. Here, although the applicant's legal representatives were seated, as the Government put it, "within whispering distance", it is highly unlikely that the applicant would have felt sufficiently uninhibited, in the tense courtroom and under public scrutiny, to have consulted with them during the trial or, indeed, that, given his immaturity and his disturbed emotional state, he would have been capable outside the courtroom of co-operating with his lawyers and giving them information for the purposes of his defence. In conclusion, the Court considers that the applicant was unable to participate effectively in the criminal proceedings against him and was, in consequence, denied a fair hearing in breach of Article 6 § 1"⁹⁰⁵.

Een verdachte kan aan artikel 6 EVRM echter niet steeds het recht ontleen bij de behandeling van zijn zaak aanwezig te zijn. Hierop kan in appel- en cassatiezaken een uitzondering worden gemaakt, met name indien de appel- of cassatieprocedure beperkt is tot een puur juridische toets, waarbij geen feiten worden vastgesteld of ter discussie staan, of waarbij de strafmaat niet wordt herzien. In een dergelijke situatie wordt het recht op verdediging afdoende verzekerd geacht indien een advocaat bevoegd is namens de verdachte op te treden. In de zaak Botten vat het EHRM zijn jurisprudentie als volgt samen:

"The Court reiterates that the manner of application of Article 6 to proceedings before courts of appeal depends on the special features of the proceedings involved; account must be taken of the entirety of the proceedings in the domestic legal order and of the role of the appellate court therein. Where a public hearing has been held at first instance, the absence of such a hearing may be justified at the appeal stage by the special features of the proceedings at issue, having regard to the nature of the domestic appeal system, the scope of the appellate court's

904 Het Hof verwijst hier naar de zaak EHRM 23-02-1994, Stanford, NJ 1994, 483, waarin geklaagd werd over het feit dat de verdachte wegens gehoorproblemen de zitting niet had kunnen volgen. In deze zaak heeft het EHRM in zijn algemeenheid bepaald dat het aanwezigheidsrecht ook het recht omvat datgene te kunnen horen en volgen wat tijdens de zitting gebeurt (§ 26).

905 EHRM 16-12-1999, T. v. United Kingdom, Hudoc, § 88 en 89.

powers and to the manner in which the applicant's interests were actually presented and protected before the court of appeal, particularly in the light of the nature of the issues to be decided by it (...).

According to the Court's case-law, leave-to-appeal proceedings and proceedings involving only questions of law, as opposed to questions of fact, may comply with the requirements of Article 6, although the appellant was not given an opportunity of being heard in person by the appeal or cassation court⁹⁰⁶.

Het wordt evenmin in strijd geacht met het recht van de verdachte zichzelf te verdedigen dat in sommige gevallen verplichte vertegenwoordiging door een advocaat is voorgeschreven. Het EHRM heeft in de zaak *Gillow*⁹⁰⁷ uitgemaakt dat het niet in strijd is met de Conventie dat bij het instellen van hoger beroep of cassatie vertegenwoordiging door een advocaat verplicht is.

De verdachte kan volgens het EHRM van het recht zijn eigen verdediging te voeren en ter zitting te verschijnen afstand doen. Het EHRM stelt daarbij wel als vereiste dat van deze afstand ondubbelzinnig moet blijken. Het enkele feit dat de verdachte heeft nagelaten de justitiële autoriteiten van zijn adreswijzigingen op de hoogte te stellen is hiertoe niet voldoende. Op de staat rust een positieve verplichting zich in te spannen om de verdachte behoorlijk ter terechtzitting op te roepen⁹⁰⁸, maar ook aan deze verplichting zijn grenzen gesteld. In de zaak *De Groot* heeft het EHRM geoordeeld dat het recht op aanwezigheid van de verdachte niet geschonden was, omdat de aanzegging dat het OM appel had aangetekend in persoon aan de verdachte was betekend, zodat de verdachte op de hoogte was van het feit dat er appel was ingesteld en hij hiertoe te zijner tijd een oproep zou ontvangen. Vervolgens was de appeldagvaarding aan het juiste adres betekend en was de raadsman van de verdachte in appel tot de verdediging toegelaten. Daarbij had deze niet verzocht de zaak aan te houden teneinde de verdachte in de gelegenheid te stellen de behandeling bij te wonen, noch had de raadsman op enige andere wijze te kennen gegeven dat een behandeling in afwezigheid van de verdachte de verdediging zou benadelen⁹⁰⁹.

⁹⁰⁶ EHRM 10-02-1996, Botten, Reports 1996-I, § 39. Zie ook EHRM 30-01-1987, Monell and Morris, A 115, § 56 en 57; EHRM 26-09-1991, Andersson, A 212-B, § 22; EHRM 21-09-1993, Kremzow, NJ 1994, 359, § 58-59; EHRM 22-02-1994, Tripodi, A 281-B, § 27. In de zaak EHRM 29-10-1991, Fejde, A 212-C, stelde het Hof geen schending vast, hoewel de appelrechter wel belast was met de vaststelling van de feiten en Fejde niet ter zitting gehoord was, omdat desbetreffende feiten door Fejde waren toegegeven en er slechts een lage boete was opgelegd, die door de appelrechter niet kon worden verhoogd. In deze situatie achtte het Hof het recht op aanwezigheid niet geschonden. Ook in een zaak tegen Oostenrijk, waarbij beslist moest worden over een psychiatrische behandeling (vergelijkbaar met TBS), achtte het EHRM de omstandigheden dat klager zich had kunnen laten vertegenwoordigen door een advocaat en dat dergelijke beslissingen werden genomen op grond van psychiatrische rapportage, voldoende om een klacht dat de betrokkene niet persoonlijk op de zitting aanwezig kon zijn ongegrond te achten: EHRM 08-02-2000, Prinz, nr. 23867/94, Hudoc, § 34 en § 36-46.

⁹⁰⁷ EHRM 24-11-1986, Gillow, A 109, § 69.

⁹⁰⁸ EHRM 12-02-1985, Colozza, NJ 1985, 685, § 28.

⁹⁰⁹ EHRM 23-02-1999, De Groot, NJ 1999, 641.

Als de verdachte ervoor kiest niet ter zitting te verschijnen, dan heeft hij wel het recht zich door een advocaat te laten verdedigen⁹¹⁰. Ten aanzien van de Nederlandse situatie is dit door het EHRM uitdrukkelijk uitgemaakt in de zaken Lala en Pelladoah⁹¹¹. Aangezien deze zaken reeds besproken zijn bij de behandeling van de verdediging bij verstek, in § 2.6.2 en volgende, wordt naar deze paragrafen verwezen.

2.11.3 *Gekozen versus toegevoegde advocaat*

Op grond van artikel 6 lid 3c EVRM heeft de verdachte het recht op bijstand van een advocaat naar eigen keuze. Als hij niet in staat is een advocaat te betalen dan dient een advocaat te worden toegevoegd als dat in het belang van de rechtspleging is. In de jurisprudentie van de Commissie en het Hof speelt met name het recht op toegevoegde bijstand een prominente rol. De meeste klachten hebben betrekking op de omstandigheid dat aan een verdachte geen raadsman is toegevoegd.

Artikel 6 lid 3c EVRM stelt twee voorwaarden waaraan moet worden voldaan om voor een toevoeging in aanmerking te komen. In de eerste plaats moet het gaan om een verdachte die zelf niet in staat is om de kosten van zijn advocaat te voldoen en in de tweede plaats moet rechtsbijstand noodzakelijk zijn voor een behoorlijke rechtspleging.

Wat het eerste criterium betreft, de onvermogenheid van de verdachte, is niet veel jurisprudentie voorhanden. In de meeste gevallen is de omstandigheid dat een verdachte niet kan betalen voor zijn advocaat geen punt van discussie. Voor de Nederlandse situatie is relevant dat het EHRM een tegen Nederland ingediende klacht, waarbij gesteld werd dat het opleggen van een eigen bijdrage in strijd is met het recht op kosteloze bijstand als de verdachte onvermogen is, niet ontvankelijk heeft verklaard. Het EHRM achtte het opleggen van een eigen bijdrage niet in strijd met artikel 6 EVRM⁹¹².

De jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot de toegevoegde rechtsbijstand concentreert zich met name op de vraag wanneer rechtsbijstand noodzakelijk is voor een behoorlijke rechtspleging. Het EHRM heeft een aantal criteria geformuleerd op grond waarvan een advocaat dient te worden toegevoegd. In de eerste plaats moet worden gekeken naar de ernst van het strafbare feit en de zwaarte van de straf die mogelijk kan worden opgelegd. Verder speelt de complexiteit van de zaak een rol waarbij ook de sociale omstandigheden en persoon-

910 Zo overweegt het EHRM in de zaak EHRM 03-05-1983, Campbell and Fell, A 80, § 99: "the Convention requires that 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'".

911 EHRM 22-09-1994, Lala, A, 297-A (Lala); EHRM 22-09-1994, Pelladoah, NJ 1994, 733. Zie ook EHRM 23-11-1993, Poitrimol, NJ 1994, 393.

912 EHRM 10-05-1997, Tello Lopez, nr. 4715499, Hudoc. Zie voor de discussie over de eigen bijdrage in strafzaken ook Spronken, T&C Sv 1999, aant. 3b, Inleidende opmerkingen bij Boek I, Titel III, afd. 2, p. 109-110.

lijkheid van de verdachte van belang zijn, met name in hoeverre hij zonder bijstand in staat is zichzelf te verdedigen⁹¹³.

Een afwijzing van toegevoegde rechtsbijstand vanwege de geringe succeschansen in een procedure kan een schending van artikel 6 lid 3c EVRM opleveren⁹¹⁴. Dit kan met name een rol spelen als het de burger niet is toegestaan zelf, zonder procesvertegenwoordiging, in een procedure op te treden⁹¹⁵.

In de zaak Benham heeft het EHRM overwogen dat waar er sprake is van vrijheidsbeneming het belang van de rechtspleging steeds zal eisen dat de verdachte bijstand krijgt van een advocaat⁹¹⁶.

In de zaak Engel e.a.⁹¹⁷ waarbij het ging om een militaire tuchtzaak, werd artikel 6 lid 3c EVRM niet geschonden geacht omdat de klagers in staat waren gesteld zichzelf in eerste aanleg te verdedigen en bij het Hoog Militair Gerechtshof de bijstand hadden van een door hen gekozen dienstplichtige jurist. Verder was het EHRM van mening dat het om zeer simpele feiten ging en de klagers goed in staat waren zich zelf te verdedigen. Ook in de zaak Lehto⁹¹⁸ is de ECRM van oordeel dat gelet op de beschuldiging, het ging om eenvoudige mishandeling, de omstandigheid dat klager alle gelegenheid had gekregen zichzelf te verdedigen en de belastende getuigen te horen en het feit dat er slechts een lage boete werd opgelegd, een toevoeging van een advocaat niet nodig was⁹¹⁹.

2.11.4 *Positieve verplichting staat*

De staat heeft ten aanzien van de voorziening in toegevoegde bijstand een positieve verplichting. Dit betekent dat indien rechtsbijstand noodzakelijk wordt geacht in het kader van een behoorlijke rechtspleging, er niet kan worden volstaan met een toevoeging van een advocaat. Uit de zaak Artico kan worden afgeleid dat als duidelijk kenbaar is dat de advocaat niet – of niet goed – functioneert, de staat verplicht is de toegevoegde advocaat te vervangen of op zijn verplichtingen te wijzen:

"The Court recalls that the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective; this is particularly so of the rights of the

913 EHRM 13-05-1980, Artico, A 37; EHRM 25-04-1983, Pakelli, A 64; EHRM 29-08-1992; EHRM 24-05-1991, Quaranta, NJ 1993, 525; Pham Hoang, A 243; EHRM 28-10-1994, Boner, A 300-B; EHRM 28-10-1994, Maxwell, A 300-C en EHRM 12-10-1999, Perks e.a., Hudoc.

914 EHRM 28-10-1994, Boner, A 300-B; EHRM 28-10-1994, Maxwell, A 300-C.

915 EHRM 30-07-1998, Aerts, NJ 2000, 416, zie m.n. § 60; EHRM 19-09-2000, Gnähore, NJB 2000, 45, p. 2004.

916 EHRM 10-06-1996, Benham, Reports 1996-III, § 61.

917 EHRM 08-06-1978, Engel e.a., A 22.

918 ECRM 04-03-1998, Lehto, nr. 31042/96, Hudoc.

919 Zie in dit verband ook de uitspraak van het Mensenrechtencomité HRC 26-10-1984, O.F. v. Norway, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 44, waarin artikel 14 lid 3d niet geschonden wordt geacht omdat een toevoeging van een advocaat alleen noodzakelijk is als "interests of justice" dit eisen. In casu was dat niet het geval omdat het ging om een simpele verkeersovertreding en de klager voldoende in de gelegenheid was gesteld zichzelf te verdedigen.

defence in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial, from which they derive (see the Airey judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, pp. 12-13, par. 24, and paragraph 32 above). As the Commission's Delegates correctly emphasised, Article 6 par. 3 (c) speaks of "assistance" and not of "nomination". Again, mere nomination does not ensure effective assistance since the lawyer appointed for legal aid purposes may die, fall seriously ill, be prevented for a protracted period from acting or shirk his duties. If they are notified of the situation, the authorities must either replace him or cause him to fulfill his obligations. Adoption of the Government's restrictive interpretation would lead to results that are unreasonable and incompatible with both the wording of sub-paragraph (c) and the structure of Article 6 (art. 6) taken as a whole; in many instances free legal assistance might prove to be worthless⁹²⁰.

Het recht op rechtsbijstand houdt tevens in, dat op de staat een positieve verplichting rust dat de advocaat ook daadwerkelijk in de gelegenheid wordt gesteld de verdediging te voeren. Zo concludeert het EHRM in de zaak Daud dat de verdediging onvoldoende voorbereidingstijd heeft gehad, doordat er vlak voor de zitting een andere advocaat werd toegevoegd. Het feit dat de advocaat hierover niet geklaagd heeft, doet hieraan niet af⁹²¹. In een Nederlandse zaak werd geklaagd over het feit dat de verdachte geen kennisgeving had gekregen van de datum van behandeling in cassatie en zijn advocaat daarom geen cassatieschriftuur had ingediend. De Nederlandse regering erkende dat door een vergissing geen kennisgeving aan de klager was gestuurd, maar stelde zich op het standpunt dat de advocaat had nagelaten zich in de cassatieprocedure te stellen. Als dit wel was gebeurd dan had in ieder geval de advocaat bericht ontvangen. De advocaat had zijn cliënt geadviseerd te wachten op de kennisgeving, waarna de advocaat zich zou stellen en een schriftuur zou indienen. De Commissie acht de klacht gegrond en stelt zich op het standpunt dat klager erop mochten vertrouwen dat hij een kennisgeving zou krijgen en dat de verantwoordelijkheid hiervoor niet op klager of diens advocaat kan worden afgeschoven⁹²².

920 ECRM 08-03-1979, Artico, B 34, § 33. Zie in dit verband ook de uitspraken van het Mensenrechtencomité HRC 27-10-1995, Wright v. Jamaica, U.N. Doc. CCPR/C/55/D/459/1991; HRC 18-07-1996, Burrell v. Jamaica, U.N. Doc. CCPR/53/D/546/1993; HRC 25-03-1996, Graham and Morrison v. Jamaica, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/416/1991 en HRC 06-11-1996, Price v. Jamaica, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/572/1994. In deze uitspraken gaat het steeds om zaken waarbij de doodstraf is opgelegd en de toegevoegde raadsman zonder consultatie van de betrokken verdachte afstand heeft gedaan van hoger beroep omdat hiertoe geen gronden zouden kunnen worden aangevoerd. Naar aanleiding hiervan overweegt het Mensenrechtencomité: "the Court should ensure that the conduct of a case by the lawyer is not incompatible with the interests of justice. While it is not for the Committee to question counsel's professional judgement, the Committee considers that particularly in a capital case, when counsel for the accused concedes that there is no merit in the appeal, the Court should ascertain whether counsel has consulted with the accused and inform him accordingly. If not, the Court must ensure that the accused is so informed and given an opportunity to engage other counsel".

921 EHRM 21-04-1998, Daud, Reports 1998-II. Zie voor een vrijwel gelijke beslissing EHRM 29-03-1984, Goddi, A 76, § 31.

922 ECRM 02-07-1997, A.Ö. v. Nederland, Nr. 22411/93, Hudoc.

Voor wat betreft de verantwoordelijkheid van de staat om te voorzien in toegevoegde rechtsbijstand is tot slot nog van belang, dat als de verdachte erop gewezen is dat hij een advocaat toegevoegd kan krijgen, maar hiervan geen gebruik maakt, hij later niet kan klagen over een schending van artikel 6 lid 3c EVRM⁹²³.

2.11.5 *Vrije advocatenkeuze bij toevoeging?*

Het EHRM heeft meer keren overwogen dat bij de toevoeging van de advocaat rekening moet worden gehouden met de voorkeur van de verdachte. In de zaak Pakelli⁹²⁴ analyseert het EHRM de betekenis van de laatste volzin van artikel 6 lid 3c, met name of het gaat om alternatieve of cumulatieve rechten. Dit is ook van betekenis voor de vraag hoe het laatste deel van artikel 6 lid 3c EVRM moet worden gelezen. Als de verdachte recht heeft op bijstand door een advocaat naar eigen keuze, maar deze niet kan betalen, heeft hij dan recht op toevoeging van de door hem gekozen advocaat? Het EHRM interpreteert de tekst van artikel 6 lid 3c EVRM als volgt:

"Article 6 para. 3 (c) (art. 6-3-c) guarantees three rights to a person charged with a criminal offence: to defend himself in person, to defend himself through legal assistance of his own choosing and, on certain conditions, to be given legal assistance free. To link the corresponding phrases together, the English text employs on each occasion the disjunctive "or"; the French text, on the other hand, utilises the equivalent – "ou" – only between the phrases enouncing the first and the second right; thereafter, it uses the conjunctive "et". The "travaux préparatoires" contain hardly any explanation of this linguistic difference. They reveal solely that in the course of a final examination of the draft Convention, on the eve of its signature, a Committee of Experts made "a certain number of formal corrections and corrections of translation", including the replacement of "and" by "or" in the English version of Article 6 para. 3 (c) (art. 6-3-c) (Collected Edition of the "Travaux préparatoires", vol. IV, p. 1010). Having regard to the object and purpose of this paragraph, which is designed to ensure effective protection of the rights of the defence, (see the above-mentioned Artico judgment, Series A no. 37, p. 16, para. 33; see also, mutatis mutandis, the Adolf judgment of 26 March 1982, Series A no. 49, p. 15, para. 30, and the Sunday Times judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, p. 30, para. 48), the French text here provides more reliable guidance; the Court concurs with the Commission on this point. Accordingly, 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; if he does not have sufficient means to pay for such assistance, he is entitled under the Convention to be given it free when the interests of justice so require"⁹²⁵.

Uit de laatste zin van deze overweging, met name uit de woorden "such assistance" en "to be given it free" kan worden afgeleid dat deze terugslaan op "legal assistance of his own choosing" en dat de verdachte in beginsel recht heeft op toe-

923 ECRM 22-10-1997, Sahin, nr. 28324/95, Hudoc; ECRM 01-07-1998, Wilkinson, nr. 31145/96, Hudoc.

924 EHRM 25-04-1983, Pakelli, A 64.

925 EHRM 25-04-1983, Pakelli, A 64, § 31.

voeging van de advocaat van zijn eigen keuze⁹²⁶. Dit wordt nog eens bevestigd door het EHRM in de zaak Croissant, waarin het Hof, verwijzend naar de zaak Pakelli overweegt:

"It is true that Art. 6 § 3 (c) entitles "everyone charged with a criminal offence" to be defended by counsel of its own choosing"⁹²⁷.

Een belangrijke grond voor het respecteren van de keuze van de verdachte bij de toevoeging van een advocaat is het belang van de vertrouwensrelatie. In de zaak Goddi overweegt de ECRM:

"In most cases a lawyer chosen by the accused himself is better equipped to undertake the defence. It follows that as a general rule an accused must not be deprived, against his will or without his knowledge, of the assistance of the defence counsel he has appointed"⁹²⁸.

Desalniettemin is het recht op toevoeging van een advocaat naar eigen keuze volgens het EHRM geen absoluut recht. De toevoeging van een advocaat in het belang van de rechtspleging kan ook gelegen zijn in andere belangen dan die van de verdachte persoonlijk. In de eerste plaats kan de keuze beperkt worden door het nationale strafvorderlijke systeem en kunnen voorwaarden worden gesteld met betrekking tot wie als raadsman in strafzaken kan optreden⁹²⁹. Bovendien heeft het EHRM erkend dat het in het belang van de rechtspleging kan zijn dat een verdachte wordt bijgestaan door een advocaat, ook al stelt hij daar zelf geen prijs op⁹³⁰. In dit verband is met name de zaak Croissant⁹³¹ van belang. Croissant, een Duitse advocaat, werd vervolgd wegens zijn activiteiten als advocaat van leden

926 Dit heb ik al eerder gesteld in Spronken 1994 II, p. 107-117. Uit eerdere jurisprudentie van de Commissie blijkt dat de Commissie de mening toegedaan was dat de verdachte geen recht heeft op toevoeging van een advocaat naar eigen keuze, zie Van Dijk/Van Hoof 1998, p. 471, noot 1056 en Spaniol 1990, p. 79.

927 EHRM 25-09-1992, Croissant, NJ 1993, 526, § 29. Naar aanleiding van dit arrest en de zaak Pakelli concluderen Van Dijk/Van Hoof dat met de wensen van de verdachte rekening moet worden gehouden bij de toevoeging van een advocaat. Zie ook Myjer IV 1996, p. 70-75, die op p. 74 concludeert dat uit deze jurisprudentie van het EHRM tenminste kan worden opgemaakt dat bij de toevoeging van een raadsman voorzover mogelijk acht moet worden geslagen op redelijke wensen van de verdachte.

928 ECRM 14-07-1982, Goddi, B 61, p. 25.

929 Van Dijk/Van Hoof 1998, p. 471. Zie ook ECRM 08-07-1978, Baader e.a., *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, p. 314-324, met name § 20 waarin de ECRM aangeeft dat ook de tuchtrechtelijke regels van invloed kunnen zijn op de vraag of de verdachte de advocaat van eigen keuze kan worden toegevoegd. Volgens het Duitse recht kan de strafrechter ter zitting maatregelen nemen en advocaten uitsluiten die zich niet overeenkomstig hun beroepsregels gedragen. Het Mensenrechtencomité gaat ervan uit dat bij toegevoegde rechtsbijstand op grond van art. 14 lid 3d IVBPR geen aanspraak bestaat op de toevoeging van een advocaat naar eigen keuze. Zie bijvoorbeeld HRC 06-11-1996, Price v. Jamaica, U.N. Doc. CCPR/C/58/D/572/1994.

930 Zie bijvoorbeeld de verplichte bijstand van de advocaat in appel en cassatiezaken: EHRM 24-11-1986, Gillow, A 109.

931 EHRM 25-09-1992, Croissant, NJ 1993, 526.

van de Rote Armee Fraktion (RAF)⁹³². Hij werd verdedigd door twee advocaten van zijn eigen keuze, die ook aan hem waren toegevoegd. Op verzoek van het openbaar ministerie werd daarbij nog een derde advocaat, een zogenaamde 'Pflichtverteidiger' toegevoegd, waarin Croissant geen vertrouwen had. Verzoeken om deze derde advocaat te vervangen door een andere advocaat die wel het vertrouwen van Croissant had werden afgewezen. Verder werd Croissant ook nog veroordeeld tot betaling van de kosten van deze derde toegevoegde advocaat. Tegen deze gang van zaken diende Croissant een klacht in. Hij achtte artikel 6 lid 1 en lid 3c EVRM geschonden omdat hij in de 'Pflichtverteidiger' geen enkel vertrouwen had en deze als het ware aan hem werd opgedrongen. In het Duitse strafproces geldt het vereiste dat een verdachte gedurende het hele proces wordt bijgestaan door een advocaat. Het EHRM oordeelde dat de verplichting dat een verdachte in alle stadia van de berechting wordt bijgestaan door een raadsman niet in strijd is met de Conventie. Wel is het EHRM van mening dat bij de toevoeging van meer dan één advocaat rekening moet worden gehouden met de mening van de verdachte hieromtrent, zeker omdat hij bij een veroordeling de kosten hiervan moet dragen. Verder acht het EHRM in het onderhavige geval de toevoeging van meerdere advocaten gerechtvaardigd in het belang van de rechtspleging, namelijk ter voorkoming onderbrekingen van de voortgang van de procedure en ter verzekering van adequate rechtsbijstand gelet op de complexiteit van de zaak. Deze factoren rechtvaardigden volgens het EHRM ook een toevoeging tegen de wil van de verdachte. Met betrekking tot de klacht van Croissant dat de derde advocaat werd toegevoegd door de gerechtelijke autoriteiten, terwijl zij wisten dat Croissant in deze advocaat geen vertrouwen had, overweegt het EHRM:

"It is true that Art. 6 § 3 (c) entitles "everyone charged with a criminal offence" to be defended by counsel of his own choosing (see the *Pakelli v. Germany* judgment of 25 April 1983, Series A no. 64, p. 15, § 31). Nevertheless, and notwithstanding the importance of a relationship of confidence between lawyer and client, this right cannot be considered to be absolute. It is necessarily subject to certain limitations where free legal aid is concerned and also where, as in the present case, it is for the courts to decide whether the interests of justice require that the accused be defended by counsel appointed by them. When appointing defence counsel the national courts must certainly have regard to the defendant's wishes; indeed, German law contemplates such a course (Art. 142 of the Code of Criminal Procedure; see para. 20 above). However, they can override those wishes when there are relevant and sufficient grounds for holding that this is necessary in the interests of justice"⁹³³.

De omstandigheden die het EHRM redengevend acht om de wensen van Croissant met betrekking tot de toe te voegen advocaat te passeren zijn: dat de derde advocaat goed gekwalificeerd was; dat Croissant de bijstand had van twee advocaten die hij wel zelf gekozen had; dat de derde toegevoegde advocaat, in tegenstelling tot de twee andere advocaten, kantoor hield in het district van de recht-

⁹³² Zie voor de problemen waarmee de verdedigers van RAF-leden in Duitsland werden geconfronteerd § 1.8.3 e.v.

⁹³³ EHRM 25-09-1992, Croissant, NJ 1993, 526, § 29.

bank, hetgeen gelet op de verwachte duur van het proces zijn voordelen had als er situaties zouden ontstaan, waarbij de twee gekozen advocaten niet ter terechtzitting zouden kunnen verschijnen. Tot slot was gebleken dat de derde advocaat actief had geparticipeerd in de verdediging en nauw had samengewerkt met de andere twee advocaten in de voorbereiding van de verdedigingsstrategie, zodat de verdediging van Croissant door zijn optreden niet geschaad was.

Uit de zaak Croissant blijkt al dat het EHRM niet zozeer acht slaat op het standpunt van de verdachte, met name met betrekking tot het ontbreken van een vertrouwensrelatie, maar meer toetst of 'objectief' gezien de verdediging door de advocaat effectief was⁹³⁴. Dit blijkt ook uit de zaak Kamasinski⁹³⁵. Kamasinski, een – naar uit de stukken blijkt – nogal veeleisende Amerikaanse man, was niet tevreden over het optreden van zijn advocaat en had de rechter herhaaldelijk gevraagd om toevoeging van een andere advocaat. Vervolgens kregen Kamasinski en zijn raadsman tijdens de zitting een meningsverschil, op grond waarvan de raadsman de rechter had gevraagd hem te ontslaan uit zijn functie. Dit verzoek werd door de rechter afgewezen. Het EHRM stelt vast dat Kamasinski's advocaat hem regelmatig had bezocht en daadwerkelijk bijstand had verleend door beroep aan te tekenen tegen de verlengingen van de voorlopige hechtenis en door verzoeken te doen tot het horen van getuigen. Afgezien van de opmerking van Kamasinski, dat hij niet met zijn advocaat kon opschieten, had hij de gerechtelijke autoriteiten niet duidelijk gemaakt waarin zijn advocaat tekort was geschoten en ook het EHRM kan, ondanks de kritiek van Kamasinski op het optreden van zijn advocaat, niet vaststellen dat deze advocaat zijn plichten niet goed heeft vervuld. Op grond van deze omstandigheden is het EHRM van mening dat de Duitse autoriteiten niet tekort zijn geschoten in hun verplichtingen op grond van artikel 6 lid 3c EVRM⁹³⁶.

2.11.6 *Aanvangsmoment recht op bijstand*

De vraag vanaf welk moment in de strafvervolgning de vereisten van artikel 6 EVRM gelden hebben de Commissie en het Hof niet in abstracto willen beantwoorden. Ook hier geldt het adagium dat de vereisten van artikel 6 EVRM in iedere zaak worden getoetst aan de hand van de procedure in zijn geheel. In de zaak Can heeft de ECRM aangegeven dat de garanties van artikel 6 EVRM niet alle gelijksoortig zijn. Sommige hebben duidelijk betrekking op het onderzoek ter terechtzitting en andere vormen ook een richtlijn voor het vooronderzoek. De vereisten die zijn vermeld in artikel 6 lid 3b en lid 3c EVRM zijn niet noodzakelijkerwijs beperkt tot het onderzoek ter terechtzitting. Integendeel, de term 'voorbereiding' in artikel 6 lid 3b EVRM impliceert dat er ook faciliteiten moeten worden gecreëerd voorafgaande aan de zitting. Bovendien is het recht op verdediging en bijstand volgens de tekst van artikel 6 lid 3c EVRM niet beperkt tot de

934 Zie ook EHRM 27-01-2000, Donnelly, nr. 43694/98, Hudoc, waarin de advocaat tegen de wil van Donnelly, die niet meer ter zitting wilde verschijnen, de verdediging is blijven voeren.

935 EHRM 23-11-1989, Kamasinski, NJ 1994, 26.

936 Zie voor een soortgelijke beslissing ECRM 21-05-1997, Van Ulden, nr. 24588/94, Hudoc.

zitting⁹³⁷. Verder overweegt de Commissie dat de vereisten van artikel 6 EVRM met name niet kunnen worden uitgesloten in het vooronderzoek, als het vooronderzoek van belang is voor de voorbereiding van de zitting en bewijs uit het vooronderzoek ter terechtzitting kan worden gebruikt:

"In the Austrian legal system, the investigation proceedings are of great importance for the preparation of the trial because they determine the framework in which the offence charged will be considered at the trial. Further more it cannot be excluded that evidence obtained in the investigating proceedings will be relied on in the judgment. It is therefore essential for the defence, whether it is assured by the accused himself or with the assistance of a chosen or official defence counsel, that the basis for its defence activity can be laid already at this stage"⁹³⁸.

Het EHRM, dat in de zaak *Can* niet aan een toetsing van de merites is toegekomen omdat er een minnelijke schikking werd bereikt, bevestigt in zijn uitspraak de opvatting van de Commissie dat er indicaties zijn dat bepaalde aspecten van artikel 6 lid 3 EVRM ook van toepassing zijn in het vooronderzoek⁹³⁹. Een meer algemeen criterium formuleert het Hof in de zaak *Imbrioscia* tegen Zwitserland. In deze zaak was de vraag aan de orde of het recht op bijstand van *Imbrioscia* tijdens het politieverhoor, welk recht in Zwitserland op zichzelf is erkend, was geschonden omdat van deze bijstand door passiviteit van de advocaat weinig terecht was gekomen. Naar aanleiding hiervan overweegt het Hof dat de wijze waarop artikel 6 lid 1 en 3 EVRM moet worden toegepast in het vooronderzoek, afhangt van de speciale kenmerken van de procedure en de omstandigheden van de zaak, waarbij de procedure in zijn geheel moet worden getoetst⁹⁴⁰. Hieruit blijkt in ieder geval dat de verdedigingsrechten ook kunnen worden uitgeoefend in het vooronderzoek⁹⁴¹. In de zaak *Murray*⁹⁴² herhaalt het EHRM dat het recht op rechtsbijstand in het vooronderzoek relevant is, indien volgens het nationale recht consequenties kunnen worden verbonden aan de houding van de verdachte in het vooronderzoek. *Murray* was gedurende de eerste 48 uren van zijn arrestatie bijstand van een advocaat ontzegd, terwijl *Murray* moest beslissen over het al dan niet gebruik maken van zijn zwijgrecht. Volgens het Engelse recht kunnen uit het zwijgen in deze fase van de vervolging, tijdens het onderzoek ter terechtzitting conclusies worden getrokken bij de weging van het voorliggende bewijs (*draw adverse inferences*). Dit betekent dat een verdachte voor een dilemma komt te staan: als hij zwijgt dan kan hij zichzelf in een nadelige positie manoeuvreren

937 ECRM 12-07-1984, *Can*, B 79, § 47.

938 ECRM 12-07-1984, *Can*, B 79, § 50.

939 EHRM 30-09-1985, *Can*, A 96, § 17.

940 EHRM 24-11-1993, *Imbrioscia*, NJ 1994, 459, § 38.

941 Vergelijk ook de zaken EHRM 08-10-1987, *Lamy*, A 151, waarin het EHRM heeft bepaald dat het recht op inzage van stukken ook voor de procedure van voorlopige hechtenis geldt en EHRM 13-06-1995, *Kampanis*, A 324, waarin het EHRM, § 47, eveneens met betrekking tot de procedure van voorlopige hechtenis heeft bepaald dat het beginsel van equality of arms, een van de belangrijkste vereisten voor een eerlijk proces, ook geldt in het kader van de voorlopige hechtenis.

942 EHRM 08-02-1996, *Murray*, NJ 1996, 725.

omdat hieraan later negatieve gevolgen worden verbonden, maar als hij een verklaring aflegt dan kan hij zichzelf ook belasten. Het EHRM is van oordeel dat een verdachte in een dergelijke situatie de gelegenheid moet hebben om bijstand van een advocaat te hebben en acht artikel 6 lid 1 en lid 3 EVRM geschonden.

2.11.7 *Recht op bijstand tijdens het politieverhoor?*

In Nederland leidden de uitspraken in de zaken *Imbrioscia* en *Murray* tot speculaties in hoeverre de Nederlandse praktijk, waarin aan de advocaat in beginsel geen recht wordt toegekend politieverhoren bij te wonen⁹⁴³, in strijd is met artikel 6 EVRM. Zowel Knigge als Myjer⁹⁴⁴ vragen zich af of de advocaat nog wel bij het eerste politieverhoor kan worden geweerd. Ik zelf heb betoogd dat uit de zaken *Murray* en *Imbrioscia* kan worden afgeleid dat het standpunt van de Hoge Raad dat de advocaat geen recht heeft de politieverhoren bij te wonen niet langer houdbaar is en dat de advocaat zowel voorafgaande als tijdens de verhoren moet worden toegelaten, als daarom wordt verzocht. Immers ook in Nederland is de fase van de eerste politieverhoren van cruciaal belang voor de bewijsvoering en procespositie van de verdachte en wordt de verdachte met hetzelfde dilemma geconfronteerd als *Murray*, namelijk zwijgen of verklaren⁹⁴⁵. Indien de verdachte eenmaal een verklaring heeft afgelegd dan kan deze worden gebruikt voor het bewijs, ook als hij nadien zijn verklaring intrekt of een andere lezing geeft van de feiten.

Het EHRM heeft zich in de zaak *Murray* alleen uitgelaten over het recht om een advocaat te consulteren en niet over de vraag of de advocaat ook tot de politieverhoren had moeten worden toegelaten, omdat een daarop toegespitste klacht in de Straatsburgse procedure te laat was ingebracht. Na de *Murray*-zaak is een reeks klachten gevolgd tegen het Verenigd Koninkrijk, die alle de bijstand bij het politieverhoor aan de orde stellen. Hier volgt een overzicht in vogelvucht.

In de zaak *Ali*⁹⁴⁶ werd geklaagd dat de verklaringen van de verdachte tijdens het politieverhoor onder pressie waren afgelegd en dat *Ali* geen bijstand van een advocaat had gehad gedurende de verhoren. De ECRM achtte de klacht vanwege de navolgende feitelijke omstandigheden kennelijk ongegrond. Klaagster had niet ontkend dat zij was gewezen op haar recht zich door een advocaat te laten bijstaan en dat zij hiervan geen gebruik had gemaakt. Verder had zij pas in de appelprocedure geklaagd over het uitoefenen van ongeoorloofde pressie en het ontbreken van rechtsbijstand tijdens het politieverhoor. Tot slot waren haar verklaringen tegenstrijdig: in eerste aanleg had zij verklaard blanco verklaringen te hebben ondertekend en in appel beweerde zij onder druk verklaringen te hebben afgelegd.

943 Zie § 2.4.2 en § 1.9.2.2.

944 Zie de noten van Knigge bij EHRM 24-11-1993, *Imbrioscia*, NJ 1994, 459 en EHRM 08-02-1996, *Murray*, NJ 1996, 725; Myjer 1996 III.

945 Spronken 1996 I, p. 420-424.

946 ECRM 21-05-1997, *Ali*, nr. 25605/94, Hudoc; in dezelfde zin EHRM 06-07-1999, *O'Kane*, nr. 30550/96, Hudoc.

In de zaak Harper⁹⁴⁷ speelde het volgende. Harper werd verdacht van terroristische acties, waaronder afpersing. Tussen de politieverhoren door heeft hij regelmatig kunnen overleggen met zijn advocaat. Op een gegeven moment werd belangrijk bewijs gevonden in de vorm van vingerafdrukken. Voordat hij hierover een verklaring wilde afleggen, wilde hij eerst overleggen met zijn advocaat. Die bleek op dat moment niet bereikbaar te zijn en het was ook niet duidelijk wanneer hij zou kunnen komen. Daarop zijn de verhoren door de politie voortgezet en heeft Harper bekend. Bij het EHRM klaagt Harper dat hem op een cruciaal moment in het vooronderzoek recht op bijstand van zijn advocaat is ontnomen. Het EHRM acht deze klacht echter kennelijk ongegrond op grond van de navolgende omstandigheden. In de eerste plaats heeft de politie niet geweigerd Harper te laten overleggen met zijn advocaat, maar heeft zij zijn advocaat niet kunnen bereiken omdat deze niet op zijn kantoor was. Verder was niet duidelijk wanneer de advocaat wel zou kunnen komen. Harper wist dat er een boodschap voor zijn advocaat was achtergelaten om hem te bezoeken en hoewel het volgens het Hof de voorkeur had verdiend dat de politie de komst van de advocaat had afgewacht, had Harper ook zelf kunnen wachten met het afleggen van een verklaring totdat hij contact met zijn advocaat had gehad. Verder weegt het Hof mee dat Harper ook na overleg met zijn advocaat doorgegaan is met het afleggen van bekentenissen.

In de zaak Quinn⁹⁴⁸, waarvan de casus veel gelijkenis vertoont met de zaak Harper, achtte de Commissie artikel 6 lid 3c EVRM wel geschonden omdat het niet realistisch is van de verdachte te verwachten dat hij verzoekt de verhoren aan te houden totdat zijn advocaat is gearriveerd. Een verschil met de zaak Harper is echter dat Quinn in het geheel geen gelegenheid had gehad met een advocaat te overleggen voordat hij een verklaring aflegde:

"The Commission observes that the applicant was not as such refused access to a solicitor. It appears that the solicitor was not immediately available and the police took the decision not to defer the interview until his arrival. While it was asserted at the applicant's trial that the police would have agreed to postpone the interview if the applicant had so requested, the Commission is not persuaded that this is sufficient to distinguish the situation from that pertaining in the John Murray case. The applicant had requested to see his solicitor and in view of the police decision to continue with questioning it is not realistic to expect the applicant to have taken the initiative in proposing that the interview nonetheless be postponed. The Commission notes in this regard that according to the published guidelines a person who asks for legal advice may not be interviewed until he has received it".

In de zaak Dougan⁹⁴⁹ komt expliciet de vraag aan de orde of artikel 6 lid 3c EVRM recht geeft op bijstand *tijdens* het politieverhoor. Dougan werd verdacht van medeplichtigheid aan een bomaanslag in een ziekenhuis in Belfast. In zijn auto waren sporen van explosieven gevonden. In het begin van het politieverhoor deelde hij herhaaldelijk mede niets te zullen zeggen voordat hij met zijn advocaat

947 EHRM 14-09-1999, Harper, nr. 33222/96, Hudoc.

948 ECRM 11-12-1997, Quinn, nr. 23496/94, Hudoc.

949 EHRM 14-12-1999, Dougan, nr. 44738/98, Hudoc.

had gesproken. Later op die dag is hij gaan verklaren over zijn betrokkenheid bij de bomaanslag. Hij stelde hier onvrijwillig bij betrokken te zijn geraakt doordat twee onbekende mannen hem hadden gevraagd hen naar het ziekenhuis te brengen. Pas toen hij daar aangekomen was bleek hem wat hun bedoelingen waren. De dag daarop kon Dougan met zijn advocaat overleggen en is hij doorgegaan met het afleggen van verklaringen. In eerste aanleg werd aan zijn verhaal geen geloof gehecht omdat de rechter dit volstrekt leugenachtig vond en werd hij veroordeeld. In appel werd de verdedigingsstrategie gewijzigd en voerde de verdediging aan dat de verklaringen die voorafgaande aan het overleg met de advocaat waren afgelegd behoorden te worden uitgesloten van het bewijs omdat deze zonder rechtsbijstand van een advocaat waren afgelegd. Gelet op deze gang van zaken en omdat Dougan niet heeft gesteld door de politie onder druk te zijn gezet om te verklaren, acht het EHRM de klacht kennelijk ongegrond. De vraag of de verdachte aan artikel 6 EVRM het recht kan ontnemen zijn advocaat tijdens het politieverhoor aanwezig te laten zijn wordt door het Hof, onder het voorbehoud dat dit moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van de zaak, in zijn algemeenheid negatief beantwoord:

"Before the Court of Appeal they argued for the first time that the statements made by the applicant to the police should have been declared inadmissible on account of the absence of a solicitor during interview. However the merits of that argument must be tested against the circumstances of the case. Quite apart from the consideration that this line of defence should have been used at first instance, the Court considers that an applicant cannot rely on Article 6 to claim the right to have a solicitor physically present during interview" (cursief TS).

In de zaak *Condrón*⁹⁵⁰ had de klager in tegenstelling tot in de zaak *Murray*, zowel voorafgaande als tijdens de politieverhoren bijstand gehad van een advocaat. De advocaat had *Condrón* geadviseerd van zijn zwijgrecht gebruik te maken omdat hij gelet op zijn afkickverschijnselen niet in staat was de strekking van zijn verklaringen te overzien. In deze zaak was de centrale vraag of het zwijgrecht was geschonden omdat de rechter de jury de ruimte had gelaten negatieve conclusies te trekken uit het feit dat *Condrón* in eerste instantie gebruik had gemaakt van zijn zwijgrecht en daarom had nagelaten een plausibele verklaring te geven voor het belastende bewijsmateriaal. Volgens het EHRM was het beroep op het zwijgrecht in deze zaak, gelet op het uitdrukkelijke advies van de advocaat, verklaarbaar en begrijpelijk en had de rechter de jury moeten instrueren dat uit dit zwijgen geen nadelige conclusies mochten worden getrokken. Het EHRM acht artikel 6 EVRM hierdoor geschonden. In deze zaak onderstreept het Hof het belang van de fysieke aanwezigheid van de advocaat bij het politieverhoor ter voorkoming van ongewilde zelfincriminatie:

*"The fact that an accused person who is questioned under caution"*⁹⁵¹ *is assured access to legal advice, and in the applicants' case the physical presence of a solicitor during police interview,*

950 EHRM 02-05-2000, *Condrón*, nr. 35718/97, Hudoc.

951 Met "caution" wordt bedoeld dat de verdachte tevoren gewezen wordt op het feit dat indien hij vragen niet beantwoordt, hieruit conclusies kunnen worden getrokken tijdens het onder-

must be considered a particularly important safeguard for dispelling any compulsion to speak which may be inherent in the terms of the caution.

For the Court, particular caution is required when a domestic court seeks to attach weight to the fact that a person who is arrested in connection with a criminal offence and who has not been given access to a lawyer does not provide detailed responses when confronted with questions the answers to which may be incriminating⁹⁵².

Tot slot kan nog verwezen worden naar de zaken Magee en Averill.

Magee werd verdacht van lidmaatschap van de IRA en het plegen van bomaanslagen. Op de dag van zijn arrestatie werd hij 5 maal verhoord. Aan zijn verzoek om overleg te kunnen hebben met een advocaat werd geen gevolg gegeven. De volgende dag klaagde hij bij de arts die hem bezocht, dat de politie hem tijdens de tweede en derde ondervraging had geslagen. Hij had zich gedurende de ondervraging op zijn zwijgrecht beroepen. De arts noteerde deze klachten en gaf hem een pijnstillend middel. Tijdens een van de daaropvolgende politieverhoren gedurende de tweede dag van zijn arrestatie doorbrak Magee zijn zwijgen en begon te verklaren. De dag daarop werd hij bezocht door een advocaat waartegen Magee ook klaagde over de mishandelingen die hij had moeten ondergaan. De advocaat heeft met deze mededeling op dat moment niets gedaan. Het bewijs in de strafzaak tegen Magee was gebaseerd op de verklaringen die hij bij de politie had afgelegd. Tijdens de terechtzitting voerde Magee het verweer dat deze verklaringen moesten worden uitgesloten van bewijs omdat zij onder pressie, met name mishandeling, waren verkregen. Zijn verweer werd verworpen omdat er geen forensisch bewijs was van mishandeling en omdat zijn verklaringen overeenkwamen met de verklaringen van medeverdachten. Bij het EHRM klaagt Magee onder andere over het feit dat hij zijn advocaat pas mocht consulteren nadat hij bekennende verklaringen had afgelegd, die het enige bewijs in de strafzaak tegen hem vormden. Hij klaagt niet met zoveel woorden over de omstandigheid dat er geen advocaat aanwezig mocht zijn tijdens de politieverhoren, maar merkt in de toelichting op zijn klacht wel op dat de enige waarborg tegen het afdwingen van een bekentenis de aanwezigheid van de advocaat bij de verhoren is en de opname van de verhoren op band. De regering van het Verenigd Koninkrijk stelt naar aanleiding van de klacht dat de aanwezigheid van de advocaat tijdens de verhoren geen bescherming biedt tegen mishandelingen die de klager beweert te hebben ondergaan⁹⁵³. Het EHRM overweegt dat de belangrijkste vraag die Magee opwerpt is dat hij onder pressie is gedwongen zichzelf te belasten zonder dat hij rechtsbijstand heeft gehad. Het EHRM stelt vast dat Magee, ondanks zijn verzoek bij aankomst op de plaats van verhoor, meer dan 48 uren met korte onderbrekingen is verhoord zonder de mogelijkheid een advocaat te spreken. Zijn advocaat werd pas een dag nadat hij een bekentenis had afgelegd tot hem toegelaten. Gedurende deze periode van meer dan 48 uren was hij volstrekt van de buitenwereld geïso-

zoek ter terechtzitting voor wat betreft de weging van het belastende bewijs (draw adverse inferences).

952 EHRM 02-05-2000, Condron, nr. 35718/97, Hudoc, § 60.

953 Dit staat vermeld in de ontvankelijkheidsbeslissing van EHRM 14-09-1999, Magee, nr. 28135/95, Hudoc.

leerd in een intimiderende atmosfeer, die werd gecreëerd om zijn beroep op zijn zwijgrecht te doorbreken en te gaan verklaren⁹⁵⁴. Gelet op deze omstandigheden is het EHRM van oordeel dat aan Magee ten onrechte bijstand van een advocaat is onthouden om een tegenwicht te bieden aan de druk die door de verhoor- en detentieomstandigheden op Magee werd uitgeoefend. Ook al hebben de nationale instanties vastgesteld dat Magee niet is mishandeld en dat hij vrijwillig een bekentenis heeft afgelegd – een vaststelling die het EHRM niet betwist – acht het EHRM de feiten dat hij was verstoken van rechtsbijstand gedurende meer dan 48 uren en na 24 uren een bekentenis aflegde die vervolgens het centrale bewijs vormde in zijn strafzaak, voldoende om aan te nemen dat artikel 6 lid 1 en lid 3c EVRM is geschonden vanwege de weigering Magee contact te laten hebben met een advocaat. Over de opmerking van Magee dat de aanwezigheid van zijn advocaat bij de politieverhoren en een bandopname van de verhoren de enige waarborg vormen tegen afgedwongen verklaringen laat het EHRM zich niet uit⁹⁵⁵. In de zaak *Averill*⁹⁵⁶, heeft het EHRM nog een keer benadrukt dat als een verdachte gedurende de eerste politieverhoren beslissingen moet nemen die van grote betekenis zijn voor het verdere verloop van de vervolging en berechting, hij uit oogpunt van fairness overleg moet kunnen hebben met een advocaat vóór het begin van de verhoren.

Uit dit overzicht blijkt dat volgens de jurisprudentie van het EHRM de verdachte in ieder geval een advocaat moet kunnen consulteren in de eerste fase van de politieverhoren, zeker voorafgaande aan belangrijke beslissingen die de verdachte moet nemen en die bepalend zijn voor de verdere vervolging en berechting. Als een advocaat beschikbaar is, dan kan de politie niet weigeren deze met de verdachte te laten overleggen. In de zaak *Dougan* overweegt het EHRM echter expliciet dat een verdachte in zijn algemeenheid aan artikel 6 EVRM niet het recht kan ontleen dat zijn advocaat fysiek aanwezig is bij het politieverhoor. Deze overweging wordt weer wat gerelativeerd in de zaak *Condron* waarin het Hof het belang van aanwezigheid van de advocaat tijdens het politieverhoor benadrukt, met name in de situatie dat de verdachte zichzelf al vooruitlopend op de berechting kan incrimineren, in die zin dat op een ingenomen proceshouding of verklaring later niet kan worden teruggekomen. Het blijft de vraag of de overweging van het EHRM in de zaak *Dougan*, dat artikel 6 EVRM geen recht geeft op aanwezigheid van de advocaat tijdens het politieverhoor, onder alle omstandigheden geldt.

De algemene overweging van het EHRM in de zaak *Dougan*, dat de verdachte aan artikel 6 EVRM niet het recht kan ontleen zijn advocaat bij de politieverhoren aanwezig te laten zijn, is – zacht uitgedrukt – verrassend gelet op bijvoor-

954 Het EHRM verwijst hierbij naar een rapport van het CPT (European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment and Punishment) van juli 1993, waarin ernstige kritiek wordt uitgeoefend op de detentie-omstandigheden en verhoormethoden in Castlereagh Holding Centre, waar ook Magee werd verhoord.

955 EHRM 06-06-2000, Magee, nr. 28135/95, Hudoc.

956 EHRM 06-06-2000, nr. 36408/97, *Averill*, NJB 2000, 33, p. 1631.

beeld de aanbevelingen van het European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading punishment (CPT), dat naar aanleiding van haar bezoeken aan Nederland erop heeft gewezen dat een verdachte gedurende de alereerste fase van de detentie op het politiebureau het recht heeft om een advocaat te raadplegen en dat de raadsman het recht heeft politieverhoren bij te wonen, welk recht slechts in zeer bijzondere omstandigheden zou mogen worden ingeperkt⁹⁵⁷. Het Joegoslavië Tribunaal beschouwt de aanwezigheid van de raadsman gedurende de ondervraging van de verdachte in het vooronderzoek als een internationaal erkend mensenrecht en gaat hierbij nadrukkelijk verder dan het EHRM. Volgens het Tribunaal leidt schending van het recht op aanwezigheid van de raadsman onherroepelijk tot bewijsuitsluiting⁹⁵⁸.

2.11.8 Eenheid van verdediging

Uit de in § 2.11.2 besproken jurisprudentie kan worden afgeleid dat de verdachte door de Straatsburgse instanties niet met zijn advocaat wordt gelijkgesteld en dat beide verdedigingsvormen – het recht van de verdachte om aanwezig te zijn en zichzelf te verdedigen en het recht zich te laten verdedigen door zijn advocaat – als complementaire verdedigingsvormen worden beschouwd. Interessant is vervolgens de vraag in hoeverre uit de rechtspraak van het Hof en de Commissie kan worden afgeleid of de advocaat en zijn cliënt op gelijke wijze hun verdedigingsrechten kunnen uitoefenen. Dit is ook van belang in verband met de in § 2.4.7.7-§ 2.4.7.10 geconstateerde ontwikkeling in Nederland, dat bepaalde verdedigingsrechten, zoals bijvoorbeeld de inzage van stukken of het stellen van vragen aan getuigen, soms uitsluitend aan advocaten worden toegekend.

Volgens de tekst van de artikel 6 EVRM komen de verdedigingsrechten de verdachte toe. De advocaat heeft geen zelfstandig klachtrecht als hij niet in staat is gesteld in de nationale procedure een van de in artikel 6 EVRM gegarandeerde verdedigingsrechten uit te oefenen⁹⁵⁹.

Ook hier geldt weer dat het Hof en de Commissie de verdedigingsrechten bezien in het kader van de positie van de verdediging – dat wil zeggen de verdachte en zijn advocaat – als geheel. Deze aanpak maakt het mogelijk de aandacht meer te concentreren op de effectieve uitoefening van de verdedigingsrechten als zodanig, dan op de formele toekenning van deze rechten aan de verdachte of zijn ad-

⁹⁵⁷ Zie voor een helder overzicht van beide rapporten van het CPT: Berkhout-Van Poelgeest en Kelk 1999 en voor de opinie van het CPT over de aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor m.n. p. 600-602.

⁹⁵⁸ Sluiter 1998, p. 75-87. Sluiter bespreekt de Decision on the Defence Motion to Exclude Evidence van het Joegoslavië Tribunaal in de zaak tegen Zdravko Mucic, 2 september 1997, Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber II.

⁹⁵⁹ ECRM 11-12-1976, X en Y v. BRD, DR 10, p. 224, waarin de Commissie ten aanzien van een klacht van de advocaat dat artikel 6 ten aanzien van hem is geschonden overweegt: "This provision cannot be invoked by the applicant because the criminal proceedings in question do not determine a criminal charge brought against him. The applicant can therefore not be considered as a victim (Art. 25) of the Convention".

vocaat⁹⁶⁰. Het Hof en de Commissie gaan ervan uit dat de rechten van de verdachte ook door diens advocaat kunnen worden uitgeoefend. In de zaak Ofner⁹⁶¹ formuleert de Commissie het als volgt:

"Whereas it follows that the rights guaranteed by Article 6, paragraph (3) are both those of the accused and of the defence in general; whereas in other words, a defending counsel, whether the legal representative of the accused or simply a person acting on his behalf, is entitled, *mutatis mutandis*, to the rights mentioned in the said paragraph (3) since these rights are intended to ensure the proper defence of the accused; whereas as a consequence of the foregoing, in order to determine whether the right to have adequate time and facilities for the preparation of the defence has been respected, account must be taken of the general situation of the defence and not only of the situation of the accused"⁹⁶².

Deze benaderingswijze houdt in dat het goed mogelijk is dat de rechten van de verdediging voldoende zijn gerespecteerd als alleen de advocaat in de gelegenheid is geweest deze uit te oefenen. Ook hier blijkt echter weer dat de specifieke feiten in de zaak een belangrijke rol spelen. In de zaak Kamasinski⁹⁶³ werd onder andere geklaagd over de omstandigheid dat de Oostenrijkse strafvorderlijke bepalingen, als de verdachte wordt bijgestaan door en raadsman, alleen een recht op inzage en afschriften van de processtukken toekennen aan de raadsman. Het EHRM overweegt naar aanleiding van de klacht van Kamasinski dat hij ook een zelfstandig recht op inzage heeft, dat zijn advocaat wel afschriften had ontvangen van de stukken en vrij was Kamasinski daarvan kopieën te verstrekken en ook overigens voldoende faciliteiten had gekregen om de stukken met hem te bespreken⁹⁶⁴. In de zaak Ayyildiz tegen Nederland⁹⁶⁵ werd alleen de advocaat in staat gesteld fotoboeken die bij het opsporingsonderzoek waren gebruikt in te zien. Een hierop betrekking hebbende klacht is door de ECRM niet ontvankelijk verklaard⁹⁶⁶. De Commissie was van mening dat de verdedigingsrechten voldoende waren gerespecteerd door de advocaat in de gelegenheid te stellen de fotoboeken in te zien. De Commissie laat hierbij meewegen dat de foto waarvan klager was herkend wél bij de processtukken was opgenomen en dat het bewijs ook op andere bronnen steunde dan alleen deze herkenning. In § 2.4.7.9 is naar aanleiding

960 Spaniol 1990, p. 157-158.

961 ECRM 19-12-1960, Ofner, Yearbook of the European Convention on Human Rights, 1960, p. 352.

962 Zie voor een uitgebreider overzicht van de uitspraken van de ECRM waarin in dezelfde zin is beslist als in de hier geciteerde passage uit de zaak Ofner: Digest of Strasbourg Case-Law relating to the European Convention on Human Rights, Vol 2 (art. 6), Council of Europe, Heymann, Köln, p. 783-784.

963 EHRM 23-11-1989, Kamasinski, NJ 1994, 26, zie met name § 87 en 88.

964 Zie ook EHRM 21-09-1993, Kremzow, NJ 1994, 359, § 52, waarin het EHRM, naar aanleiding van de klacht dat Kremzow niet werd toegestaan persoonlijk het dossier in te zien, kortweg overweegt: "Restriction of the right to inspect the court file to an accused's lawyer is not incompatible with the rights of the defence under Article 6".

965 Dit is dezelfde zaak als de Dev Sol zaak die besproken is in § 2.4.7.9. Dev Sol is de groepering waarvan Ayyildiz lid zou zijn.

966 ECRM 09-09-1998, Ayyildiz, nr. 35138/97, Hudoc.

van deze zaak opgemerkt dat het belang van de verdediging de fotoboeken te inspecteren, gelegen was in de vraag of in het fotoboek ook andere leden van Dev Sol voorkwamen dan alleen klager en dat alleen klager in staat was dit te controleren omdat zijn raadsvrouw de hiertoe benodigde kennis niet bezat. Aan dit argument, waaruit het duidelijke belang blijkt van de verdachte om zelf inzage in de fotoboeken te krijgen gaat de Commissie merkwaardigerwijs in het geheel voorbij⁹⁶⁷. Weliswaar heeft het EHRM in de zaken Kamasinski⁹⁶⁸ en Kremzow⁹⁶⁹ overwogen dat het niet in strijd is met de Conventie om het recht op inzage van stukken te beperken tot de advocaat van de verdachte, in de zaak Kamasinski nam het EHRM hierbij echter in aanmerking dat diens advocaat kopieën van het dossier had mogen en kunnen verstrekken aan Kamasinski. Een dergelijke mogelijkheid had de raadsvrouw in de zaak van Ayyildiz niet. Het was immers juist de bedoeling dat Ayyildiz geen kennis zou nemen van de fotoboeken. Aan dit punt besteedt de Commissie echter geen aandacht.

Hoezeer het feitencomplex relevant is voor de beoordeling of rechten alleen aan de raadsman kunnen worden toegekend, blijkt uit de zaak Foucher tegen Frankrijk⁹⁷⁰. In Frankrijk worden kopieën van het strafdossier alleen aan advocaten verstrekt. In deze zaak stelt het Hof vast dat Foucher zijn eigen verdediging wenste te voeren, waartoe hij volgens het Franse recht en de Conventie gerechtigd was. Omdat zijn veroordeling uitsluitend was gebaseerd op processen-verbaal uit het dossier, had Foucher, ook al had hij geen advocaat, inzage moeten krijgen in deze stukken en kopieën ervan moeten ontvangen om in staat te worden gesteld deze processen-verbaal te betwisten. Het – aan de zaken Kamasinski en Kremzow ontleende – verweer van de Franse Regering dat de Conventie niet vereist dat de verdachte zelf inzage moet hebben in zijn dossier, wordt door het EHRM verworpen, omdat Foucher niet werd bijgestaan door een advocaat.

Ook bij het horen van getuigen heeft het EHRM aanvaard dat er exceptionele omstandigheden kunnen zijn op grond waarvan een verdachte kan worden uitgesloten van het verhoor van een getuige, mits zijn advocaat wel aanwezig kan zijn en de nodige vragen kan stellen. In de zaak Hilden ging het om de situatie dat Hilden tijdens het verhoor van een aantal getuigen uit de zittingzaal werd verwijderd, omdat deze getuigen zich niet vrij voelden in zijn aanwezigheid te verklaren. Zijn advocaat kon wel alle vragen stellen en Hilden werd na het verhoor van de getuigen in hun aanwezigheid op de hoogte gesteld van hun verklaringen en kon de getuigen vervolgens nog aanvullende vragen stellen. Deze gang van zaken achtte het EHRM niet in strijd met de Conventie, met name omdat de advocaat de getuigenverhoren wel helemaal kon bijwonen⁹⁷¹. Ook het omgekeerde heeft zich voorgedaan. In de zaak Isgro⁹⁷² had de klager zelf gedurende het vooronderzoek

967 Zie met betrekking tot toezending van stukken ook de zaak

968 EHRM 23-11-1989, Kamasinski, NJ 1994, 26, § 88.

969 EHRM 21-09-1993, Kremzow, NJ 1994, 359, § 52.

970 EHRM 18-03-1997, Foucher, Reports 1997-II.

971 EHRM 14-09-1999, Hilden, nr. 32523/96, Hudoc, § 2. Het EHRM verwijst hierbij naar twee oude zaken waarin de ECRM een gelijksoortig oordeel heeft gegeven namelijk ECRM 12-12-1981, X v. Denemarken, DR 27, p. 50 en ECRM 10-07-1985, Kurup, DR 42, p. 287.

972 EHRM 19-02-1993, Isgro, NJ 1993, 708.

bij de onderzoeksrechter de getuige, die hem belastte, uitvoerig kunnen ondervragen. De advocaat mocht niet bij dit verhoor aanwezig zijn. Ten tijde van de terechtzitting was de getuige onvindbaar en kon deze ondanks inspanningen van justitie niet ter terechtzitting worden ondervraagd. Het EHRM achtte artikel 6 lid 3d EVRM niet geschonden omdat de klager zelf de belastende getuige in het vooronderzoek had kunnen ondervragen. Dat de advocaat niet was toegestaan dit verhoor bij te wonen was volgens het Hof niet zo relevant, omdat dit ook niet aan de officier van justitie was toegestaan en omdat van de noodzaak van de aanwezigheid van de advocaat niet was gebleken. Ook uit de jurisprudentie met betrekking tot het horen van anonieme getuigen blijkt dat het EHRM aanvaardt dat er exceptionele omstandigheden kunnen zijn op grond waarvan uitsluitend de advocaat tot het getuigenverhoor wordt toegelaten⁹⁷³. Het feit dat in de Van Mechelen-zaak zelfs de advocaat niet tot het verhoor van de anonieme getuigen werd toegelaten werd door het EHRM betrokken in de afweging dat in deze zaak artikel 6 lid 1 en 3d EVRM was geschonden. Het centrale criterium dat het Hof hierbij voor de verdediging formuleert is "the possibility of the defence to question the witnesses in their presence and make their own judgment as to their demeanour and reliability"⁹⁷⁴ en het hangt van de specifieke omstandigheden van de zaak af of een dergelijke ondervraging op een zinvolle wijze alleen door de advocaat, of alleen door de verdachte, of alleen door hen gezamenlijk kan worden gerealiseerd.

Soms kunnen inbreuken op de verdedigingsrechten ook worden gecompenseerd door een rechterlijke toetsing. Een voorbeeld daarvan is de zaak *Fitt v. Verenigd Koninkrijk*⁹⁷⁵. In deze zaak speelde de vraag of de rechten van de verdediging voldoende waren gerespecteerd met betrekking tot een verzoek van de vervolgende instantie om bepaald onderzoeksmateriaal, dat in de strafzaak overigens niet als bewijs werd gebruikt, aan de verdediging te onthouden omdat openbaarmaking hiervan in strijd zou zijn met het algemeen belang. In Engeland wordt een dergelijk verzoek, voorafgaande aan het proces, in raadkamer behandeld in de zogenaamde 'public interest immunity'-procedure. In de zaak *Fitt* was de advocaat de gelegenheid geboden om bij de behandeling in raadkamer aanwezig te zijn, maar beschikte hij nauwelijks over informatie om op een effectieve wijze bezwaren te maken tegen de achterhouding van het bewijs. Het Hof komt in deze zaak – met een minimale meerderheid – tot het oordeel dat de beperkingen van de rechten van de verdediging voldoende zijn gecompenseerd omdat de zittingsrechter gedurende de voortgang van het proces voortdurend in het oog is blijven houden of de achtergehouden informatie niet toch zodanig relevant voor de verdediging zou worden, dat deze alsnog had moeten worden geopenbaard⁹⁷⁶.

Concluderend kan worden gesteld dat de nationale autoriteiten een zekere beleidsvrijheid wordt gegeven op welke wijze de verdedigingsrechten kunnen worden uitgeoefend en dat deze kunnen bepalen dat een recht of verdedigingshande-

973 EHRM 26-03-1996, Doorson, NJ 1996, 741.

974 EHRM 23-04-1997, Van Mechelen, NJ 1997, 635, zie met name § 59-62.

975 EHRM 16-02-2000, *Fitt*, EHRC 2000, 32.

976 Zie uitgebreider mijn noot bij de zaak *Fitt* in EHRC 2000, 32, p. 296-298.

ling uitsluitend door de raadsman kan worden uitgeoefend. De beleidsvrijheid eindigt echter daar waar de uitsluiting van hetzij de verdachte hetzij de raadsman van het uitoefenen van verdedigingsrechten, een effectieve verdediging verhindert⁹⁷⁷.

2.11.9 *Verantwoordelijkheid raadsman en de vrijheid van verdediging*

Uit de jurisprudentie met betrekking tot de vraag of het recht van de verdachte op effectieve rechtsbijstand is geschonden blijkt dat het EHRM van oordeel is dat de overheid een positieve verplichting heeft in te grijpen als het overduidelijk is dat de toegevoegde advocaat zijn plichten verzaakt en de advocaat in staat moet stellen zijn verdedigingsrol te vervullen⁹⁷⁸. Maar een zekere verantwoordelijkheid wordt ook bij de advocaat gelegd. In de zaak Tripodi had de advocaat twee weken voor de zitting van het Italiaanse Hof van Cassatie aanhouding gevraagd omdat hij in verband met een ziekenhuisopname niet ter zitting kon verschijnen. Omdat hij op de hoogte had moeten zijn dat dergelijke aanhoudingsverzoeken niet plegen te worden gehonoreerd, had hij voor vervanging moeten zorgen of nog een aanvullende memorie moeten indienen. Hoewel het Hof erkent dat de klager onvoldoende bijstand in cassatie heeft gehad, wordt artikel 6 EVRM door het lakse optreden van de advocaat niet geschonden geacht⁹⁷⁹. Hetzelfde speelde in de zaak Imbrioscia, waar geklaagd werd over het feit dat de advocaat onvoldoende bijstand in de eerste fase van de vervolging tijdens de politieverhooren had verleend. Het Hof overweegt naar aanleiding hiervan:

"However that may be, the applicant did not at the outset have the necessary legal support, but "a state cannot be held responsible for every shortcoming on the part of a lawyer appointed for legal purposes". (...) Owing to the legal professions' independence, the conduct of the defence is essentially a matter between the defendant and his representative; under Article 6 § 3 c the contracting States are required to intervene only if a failure by counsel to provide effective representations is manifest or sufficiently brought to their attention"⁹⁸⁰.

⁹⁷⁷ Zie ook Spaniol 1990, p. 158.

⁹⁷⁸ § 2.11.6.

⁹⁷⁹ Zie ook EHRM 23-02-1999, De Groot, NJ 1999, 641, waarin het EHRM naar aanleiding van een klacht dat het recht op aanwezigheid van de verdachte geschonden is: "It does not appear from the case-file that, in the proceedings before the Court of Appeal, the applicant's lawyer objected to the decision to continue the proceedings in absentia, sought an adjournment on the basis of the applicant's absence or raised any arguments to the effect that the applicant's absence would constitute a handicap for the defence in regard, for instance, to the taking of further evidence"; EHRM 09-06-1998, Twalib, Reports 1998-IV, waarin werd geklaagd over onvoldoende voorbereidingstijd bij de strafzaak in eerste aanleg. Deze klacht wordt door het Hof kennelijk ongegrond geacht omdat de advocaat van Twalib in appel hiervan geen punt heeft gemaakt; EHRM 27-03-1998, K.D.B. v. Nederland, Reports 1998 II, waarin het Hof overweegt dat het recht op hoor en wederhoor niet geschonden is in het kader van een cassatieprocedure m.b.t. een beschikking ex art. 552a Sv, omdat de klager werd bijgestaan door een advocaat en deze had kunnen verzoeken dat de klager door de Hoge Raad in raadkamer zou worden gehoord.

⁹⁸⁰ EHRM 24-11-1993, Imbrioscia, NJ 1994, 459, § 41. Dezelfde overweging kan worden teruggevonden in EHRM 23-11-1989, Kamasinski, NJ 1994, 26, § 65; ECRM 02-07-1998, Sagir, nr. 32054/96, Hudoc; EHRM 26-01-1999, Garner, Nr. 38330/97, Hudoc. Ook het Mensen-

Met name de overweging, dat de onafhankelijkheid van de advocatuur met zich meebrengt dat het optreden van de advocaat een aangelegenheid is tussen de advocaat en zijn cliënt, is van belang, omdat hiermee door het EHRM de onafhankelijkheid van de raadsman wordt erkend. Deze onafhankelijkheid zou in gevaar komen als de staat verantwoordelijk wordt gehouden voor iedere tekortkoming van de advocaat. Zou de staat hiervoor wel verantwoordelijk zijn, dan zou dat immers met zich meebrengen dat de staat ook zou moeten kunnen ingrijpen als in zijn optiek de belangen van de verdachte onvoldoende worden behartigd. Een dergelijke inmenging is niet in overeenstemming met de vrijheid van verdediging. De consequentie hiervan is wel dat de eventuele nadelige gevolgen van een nalatigheid van de advocaat of van een gekozen verdedigingsstrategie door de verdachte gedragen moeten worden. Hierop wordt alleen een uitzondering gemaakt als de advocaat overduidelijk tekortschiet⁹⁸¹. Een illustratief voorbeeld, waarbij een door de verdediging gekozen strategie tot gevolg heeft dat een inbreuk wordt gemaakt op de rechten van de verdachte ex artikel 6 EVRM, is de zaak Stanford⁹⁸². Stanford werd verdacht van verkrachting, ontucht, bedreiging met geweld en ontvoering en werd bijgestaan door een sollicitator en een raadsvrouw. Tijdens de terechtzitting zat hij achter een glaswand. Het slachtoffer, een vijftienjarig meisje, werd als getuige gehoord. Zij sprak zacht en Stanford kon haar mede door een gehoorprobleem niet horen. Hierover hij klaagde tegen zijn verdedigers en een bewaarder. Zijn raadsvrouw meldde dit uit tactische overwegingen niet aan de rechter, omdat indien Stanford dichterbij het slachtoffer had kunnen plaatsnemen en haar had kunnen aankijken, de jury dit zou kunnen opvatten als een vorm van intimidatie. Het slachtoffer had juist verklaard dat Stanford zich herhaaldelijk had schuldig gemaakt aan intimidatie. Achteraf werd vastgesteld dat Stanford inderdaad een groot deel van de zitting niet had kunnen volgen. Volgens het EHRM houdt het recht op aanwezigheid tevens in dat een verdachte in staat moet worden gesteld te volgen wat er ter zitting gebeurt. In het onderhavige geval leidde dit echter niet tot vaststelling van een schending van artikel 6 EVRM, omdat de verdediging uit tactische overwegingen ervoor had gekozen de rechter niet te melden dat Stanford de zitting niet goed kon volgen. Daarom kon de tekortkoming tijdens de zitting niet aan de staat worden toegerekend. Een ander illustratief voorbeeld is de zaak Lerchegger⁹⁸³. In deze zaak werd onder andere geklaagd over het feit dat Lerchegger, een paar dagen voordat zijn strafzaak diende, er achter kwam dat de aan hem toegevoegde raadsman tevens als advocaat optrad van een van de banken die benadeeld waren in de fraudezaak waarvoor hij werd vervolgd. Er was bij de advocaat dus sprake van het behartigen

rechtencomité houdt vast aan het uitgangspunt dat de staat niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor fouten die een advocaat maakt, tenzij het manifest is dat het gedrag van de advocaat in strijd is met "the interests of justice": HRC 28-03-1995, *Perera v. Australia*, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/536/1993; HRC 22-03-1996, *Kulomin v. Hungary*, U.N. Doc. CCPR/C/50/521/1992; HRC 18-07-1996, *Lewis v. Jamaica*, U.N. Doc. CCPR/C/57/D/527/1993.

981 Zie § 2.11.4.

982 EHRM 23-02-1994, *Stanford*, NJ 1994, 483, § 28.

983 EHRM 28-09-1999, *Lerchegger*, nr. 26644/95, Hudoc.

gen van tegenstrijdige belangen. Ook hier overweegt het EHRM dat de staat, gelet op de onafhankelijkheid van de advocatuur, niet aansprakelijk kan worden geacht voor iedere tekortkoming in de verdediging. Omdat Lerchegger de rechter niet op de hoogte heeft gesteld van zijn ontdekking en de rechter ook niet uit eigener beweging er achter had kunnen komen dat de aan Lerchegger toegevoegde advocaat tevens de advocaat was van een benadeelde bank, werd de klacht kennelijk ongegrond geacht.

Wat de vrijheid van verdediging betreft, is ook een zaak interessant, waarbij een advocaat tuchtrechtelijk werd gestraft voor uitlatingen in de pers met betrekking tot gedragingen van justitiële autoriteiten in een strafzaak: de zaak Schöpfer v. Zwitserland⁹⁸⁴. Schöpfer, trad als gekozen raadman op van S., die zich in voorlopige hechtenis bevond wegens verdenking van het plegen van een aantal diefstallen. Schöpfer was door de echtgenote van S. aangezocht voor hem op te treden, omdat de toegevoegde advocaat gedurende de zes weken dat S. reeds in voorlopige hechtenis had gezeten, nog geen contact met hem had opgenomen. Ondanks de omstandigheid dat de toegevoegde advocaat akkoord ging met de overname van de zaak door Schöpfer, wilden de autoriteiten hem niet toevoegen. Hij werd vrij geacht zijn cliënt als gekozen advocaat bij te staan. De echtgenote van S. deelde Schöpfer vervolgens mede dat twee griffiemedewerkers haar geadviseerd hadden een andere advocaat te nemen omdat haar man niet zou worden vrijgelaten zolang Schöpfer voor hem zou optreden. Deze gang van zaken schoot Schöpfer in het verkeerde keelgat en hij schakelde de pers in. Zijn verhaal werd in diverse kranten breed uitgemeten, waaronder ook zijn mededeling dat de voorlopige hechtenis van S. onrechtmatig was omdat hij zonder geldig arrestatiebevel was aangehouden en dat dit een schending van mensenrechten inhield. Naar zijn zeggen handelden de justitiële autoriteiten in het Canton Luzern al jaren stelselmatig in strijd met de mensenrechten. De prefect, die hiervoor verantwoordelijk was, zou moeten worden ontslagen. In de pers ontstond een polemiek, waarbij het openbaar ministerie stelde dat de beschuldigingen van Schöpfer nergens op waren gebaseerd. In de procedure met betrekking tot de voorlopige hechtenis werd vastgesteld dat de aanvankelijke arrestatie van S. weliswaar niet rechtmatig was geweest, maar dat de voorlopige hechtenis inmiddels wel op een rechtmatige wijze was verlengd. Het verzoek tot invrijheidstelling van S. werd afgewezen. Door de prefect werd een klacht tegen Schöpfer ingediend wegens onterechte verdachtmakingen en handelen in strijd met de gedragsregels voor advocaten omdat Schöpfer zijn beschuldigingen in de media had geuit in plaats van gebruik te maken van de hem openstaande wettelijke mogelijkheden. In eerste aanleg werd Schöpfer door de tuchtrechter schuldig bevonden van overtreding van de gedragsregels, omdat hij zich niet tot het openbaar ministerie had gewend, zijnde de instantie die de supervisie had over de prefect. Verder had hij geen discretie getoond door hangende een strafzaak de pers in te schakelen en had hij op een goedkope manier reclame voor zichzelf gemaakt ('versteckte Reklame' en 'Effekthascherei'). In hoger beroep oordeelde de tuchtrechter dat ook advocaten vrijheid van meningsuiting hebben, maar dat zij hiervan bij voorkeur gebruik

⁹⁸⁴ EHRM 20-05-1998, Schöpfer, Reports 1998-II.

moeten maken in de procedure die daarvoor bedoeld is, namelijk op het moment dat zij hun cliënten bijstaan ter terechtzitting. Als advocaten appelleren aan de publieke opinie, dan zijn zij verplicht zich te onthouden van gedrag dat een zorgvuldige rechtspleging ondermijnt. Ook al was de beschuldiging van Schöpfer, dat er sprake was geweest van een onrechtmatige aanhouding juist gebleken, de hoogste tuchtrechter was van mening dat Schöpfer niet de juiste toon had aangeslagen en dat hij onware beweringen had gedaan. Schöpfer wordt veroordeeld tot betaling van een boete van 500 Zwitsers francs.

Het EHRM stelt in de eerste plaats vast dat de tuchtrechtelijke straf die aan Schöpfer is opgelegd kan worden beschouwd als een inbreuk op zijn vrijheid van meningsuiting ex artikel 10 EVRM en gaat vervolgens na of deze inbreuk noodzakelijk was in een democratische samenleving. Bij het EHRM heeft Schöpfer naar voren gebracht dat hij zich tot de pers heeft gewend omdat het ging om een reeds lang bestaande praktijk die in strijd was met de Conventie en dat eerdere pogingen om dit via de juridische kanalen aan de orde te stellen waren gestrand. Een advocaat die stuit op onrechtmatige praktijken, waarvan al een aantal cliënten het slachtoffer zijn geworden, is naar de mening van Schöpfer gerechtigd hierover een publiek debat te entameren.

Het EHRM komt tot de conclusie dat artikel 10 EVRM niet is geschonden op grond van de navolgende overwegingen:

“28. The Court reiterates that the special status of lawyers gives them a central position in the administration of justice as intermediaries between the public and the courts. Such a position explains the usual restrictions on the conduct of members of the Bar (see the *Casado Coca v. Spain* judgment of 24 February 1994, Series A no. 285-A, p. 21, § 54).

Moreover, the Court has already held that the courts – the guarantors of justice, whose role is fundamental in a State based on the rule of law – must enjoy public confidence (see the *De Haes and Gijssels v. Belgium* judgment of 24 February 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-I, p. 234, § 37)⁹⁸⁵. Regard being had to the key role of lawyers in this field, it is legitimate to expect them to contribute to the proper administration of justice, and thus to maintain public confidence therein.

(....)

33. It is true that Article 10 protects not only the substance of the ideas and information expressed but also the form in which they are conveyed (see the *De Haes and Gijssels* judgment cited above, p. 236, § 48). It also goes without saying that freedom of expression is secured to lawyers too, who are certainly entitled to comment in public on the administration of justice, but their criticism must not overstep certain bounds. In that connection, account must be taken of the need to strike the right balance between the various interests involved, which include the public's right to receive information about questions arising from judicial decisions, the requirements of the proper administration of justice and the dignity of the legal profession (see the *Casado Coca* judgment cited above, p. 21, § 55, and the *De Haes and Gijssels* judgment cited above, pp. 233-34, § 37). Because of their direct, continuous contact with their members, the Bar authorities and a country's courts are in a better position than an international court to determine how, at a given time, the right balance can be struck. That is why they have a certain margin of appreciation in assessing the necessity of an interference in this area, but this margin is subject to European supervision as regards both the relevant rules and

985 Zie ook EHRM 29-08-1997, Worm, Reports 1997-V.

the decisions applying them (see the Casado Coca judgment cited above, pp. 20-21, §§ 50 and 55).

34. The Court notes that Mr Schöpfer – who was a lawyer – had raised in public his complaints on the subject of criminal proceedings which were at that time pending before a criminal court. In addition to the general nature, the seriousness and the tone of the applicant's assertions, the Court notes that he first held a press conference, claiming that this was his last resort, and only afterwards lodged an appeal before the Lucerne Court of Appeal, which was partly successful. He also omitted to apply to the other supervisory body for the district authority, the public prosecutor's office, whose ineffectiveness he did not attempt to establish except by means of mere assertions. Having regard also to the modest amount of the fine imposed on the applicant, the Court considers that the authorities did not go beyond their margin of appreciation in punishing Mr Schöpfer. There has accordingly been no breach of Article 10".

Kort samengevat komt het oordeel van het EHRM erop neer dat een advocaat, gelet op zijn centrale positie in de rechtspleging als intermediair tussen de burgers en de gerechten, zekere restricties kunnen worden opgelegd met het oog op het belang van het vertrouwen in de rechtspleging en het respect voor de rechterlijke autoriteiten⁹⁸⁶. Een advocaat heeft uiteraard ook het recht van vrijheid van meningsuiting en mag zeker publiekelijk kritiek uitoefenen op organen van justitie, maar is aan zekere grenzen gebonden. Bij de bepaling van deze grenzen moet een evenwicht worden gevonden tussen het recht van het publiek op informatie, de vereisten van een goede rechtspleging en de waardigheid van het juridische beroep. In deze belangenafweging hebben de betrokken autoriteiten een zekere beleidsvrijheid (margin of appreciation) bij het bepalen van de grenzen van het toelaatbare⁹⁸⁷.

2.11.10 *Verhouding raadsman/verdachte*

Vaak wordt er bij de Straatsburgse instanties geklaagd over het optreden van de advocaat. Zoals hiervoor reeds is aangegeven stelt het EHRM zich op het standpunt dat de staat niet aansprakelijk kan worden gehouden voor fouten die advocaten maken gelet op de onafhankelijke positie die de advocatuur in de rechtsple-

986 Zie in dit verband ook EHRM 26-04-1991, Ezelin, A 202, waarin een advocaat tuchtrechtelijk wordt bestraft voor de deelname aan een politieke demonstratie, waarin zich ongeregelheden hebben voorgedaan, waarvan de advocaat zich niet heeft gedistancieerd. Dit getuigde volgens de Franse regering van een gebrek aan respect voor de justitiële autoriteiten. Het EHRM erkent dat er weliswaar dat gedragsregels advocaten kunnen voorschrijven dat zij ook in hun niet-professionele activiteiten respect voor gerechtelijke autoriteiten moeten tonen, maar vindt een tuchtrechtelijke bestraffing in deze zaak in strijd met het recht op vrijheid en vergadering van artikel 11 EVRM.

987 Zie voor soortgelijke overwegingen EHRM 24-02-1994, Casado Coca, NJ 1994, 518, waarin het EHRM naar aanleiding van een reclameverbod voor advocaten overwoog dat de statuten (waarin dit reclameverbod was opgenomen) van de Orde van Advocaten zijn bedoeld om de belangen van het publiek te beschermen en tegelijkertijd het respect voor advocaten te garanderen. In dit verband is een reclameverbod niet in strijd met artikel 10 EVRM. De lidstaten hebben hierin een grote beleidsvrijheid. Zie voor de Nederlandse tuchtrechtelijke jurisprudentie op dit gebied § 3.10.4.

ging inneemt. Het Hof beschouwt de wijze waarop de verdediging wordt gevoerd als een zaak die alleen de verdachte en zijn raadsman aangaat. Als een klager klaagt over fouten die de raadsman heeft gemaakt of over het ontbreken van een vertrouwensrelatie, dan toetst het EHRM marginaal of de raadsman aan zijn verplichtingen heeft voldaan. Heeft de raadsman activiteiten ontplooid in het kader van de verdediging, dan laat het EHRM zich met een toetsing daarvan niet in, ook al is op de wijze van verdediging kritiek te leveren⁹⁸⁸. Pas als de advocaat geheel verstek laat gaan, is de staat verplicht om te voorzien in adequate rechtsbijstand⁹⁸⁹.

In wat oudere zaken, waarin eveneens werd geklaagd over het disfunctioneren van de advocaat, heeft de Commissie benadrukt dat de advocaat een eigen verantwoordelijkheid heeft bij het voeren van de verdediging en dat de verdachte zijn raadsman niet kan voorschrijven hoe hij de verdediging moet voeren. Zo kan de cliënt geen onethisch gedrag van zijn advocaat eisen⁹⁹⁰ en kan een verdachte zijn advocaat niet verplichten tot het voeren van een in de ogen van de advocaat onmogelijke verdediging:

"the Convention does not entitle the accused to require his lawyer to adopt a particular defence strategy which the latter regards as impossible to maintain, especially if the accused is given the opportunity to address the court himself"⁹⁹¹

Van de andere kant trekt het EHRM zich niet veel aan van nationale gedragsregels voor advocaten, als die met zich meebrengen dat door de naleving daarvan het recht op rechtsbijstand wordt geschonden. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de zaken Boner⁹⁹² en Maxwell⁹⁹³. Volgens de Schotse gedragsregels mogen advocaten geen instructies van cliënten accepteren die, volgens hun professionele opinie, geen enkele kans van slagen hebben, ook al is de cliënt in staat om voor hun rechtsbij-

988 Zie bijvoorbeeld EHRM 23-11-1989, Kamasinski, NJ 1994, 26, § 70, waarin het EHRM overweegt: "It may also be correct that the defence at the trial could have been conducted in another way, or even that Dr Steidl in some respects acted contrary to what Mr Kamasinski at the time or subsequently considered to be in his own best interests. Nevertheless, despite Mr Kamasinski's criticisms, the circumstances of his representation at the trial do not reveal a failure to provide legal assistance as required by paragraph 3 (c) (art. 6-3-c) or a denial of a fair hearing under paragraph 1 (art. 6-1)". Zie ook EHRM 27-01-2000, Donnelly, nr. 43694/98, Hudoc, waarin de advocaat tegen de wil van zijn cliënt in de verdediging is blijven voeren. Het EHRM ziet hierin geen aanleiding een schending van artikel 6 lid 3c EVRM aan te nemen.

989 Zie § 2.11.4.

990 ECRM 09-10-1980, X v. United Kingdom, DR 21, p. 126. In deze zaak had de klager buiten aanwezigheid van de jury tegenover de rechter bepaalde feiten toegegeven, maar bleef er toch op staan dat zijn advocaat een getuige, die over deze feiten werd ondervraagd, bleef voorhouden dat deze zou liegen. De advocaat trok zich vervolgens terug en de klager werd geen andere advocaat toegevoegd. Volgens de EHRM was het ontbreken van rechtsbijstand aan het eigen obstinate gedrag van klager te wijten.

991 ECRM 06-10-1981, X v. Switzerland, DR 12, p. 238.

992 EHRM 28-10-1994, Boner, A 300-B.

993 EHRM 28-10-1994, Maxwell, A 300-C. Zie ook EHRM 30-01-1987, Monell and Morris, A 115.

stand te betalen. De grondslag van deze gedragsregel is dat advocaten geen tijd van rechtbanken mogen verkwisten met het aandragen van argumenten waarvan zij weten dat deze ongegrond zijn. Zo komt het vaak voor dat advocaten hun bijstand in appel weigeren omdat zij van mening zijn dat een dergelijk appel geen kans van slagen heeft. Dit deed zich ook voor in de zaken van Boner en Maxwell. Zij konden geen advocaat vinden die hen wilde bijstaan en de weigering van de advocaten was in overeenstemming met hun gedragsregels. Op dezelfde gronden werd er ook geen advocaat toegevoegd. Het EHRM oordeelt dat Boner en Maxwell in het belang van de rechtspleging wel bijstand hadden moeten hebben in de appelprocedure en acht artikel 6 lid 3c EVRM geschonden. Volgens het EHRM moeten de nationale autoriteiten ervoor zorgen dat hun appelsysteem in overeenstemming is met de eisen van artikel 6 lid 3c EVRM.

2.11.11 *Vrij verkeer*

Het EVRM bevat, in tegenstelling tot het IVBPR⁹⁹⁴ geen expliciete garanties met betrekking tot het recht van een gedetineerde verdachte of veroordeelde om vrijelijk met zijn advocaat te communiceren, maar dit recht is door de Commissie en het Hof wel in de artikelen 6 en 8 EVRM ingelezen⁹⁹⁵. Artikel 8 EVRM is hierbij relevant omdat het recht op ongecensureerde correspondentie, zijnde een onderdeel van het recht op vrij verkeer, onder artikel 8 EVRM valt waarin is bepaald dat een ieder recht heeft op respect voor zijn privé leven, voor zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn *correspondentie*. Steeds als de inbreuk op het vrij verkeer (mede) betrekking heeft op de briefwisseling, is artikel 8 EVRM in het geding. Artikel 6 EVRM is relevant voorzover het vrij verkeer noodzakelijk is in het kader van een procedure die gevoerd wordt, waarbij het er niet toe doet of dit nu een civiele of strafrechtelijke procedure is en of de betrokken cliënt al dan niet reeds veroordeeld is. Hoofdzaak is dat de gedetineerde in het kader van een procedure waarbij zijn burgerlijke rechten en verplichtingen in het geding zijn, of waarbij tegen hem een vervolging wordt ingesteld, contact wil hebben met een advocaat.

In de zaak Golder⁹⁹⁶ heeft het EHRM uitgemaakt dat artikel 6 lid 1 EVRM ook een recht inhoudt op toegang tot de rechter en in het verlengde daarvan een recht op het consulteren van een advocaat. Golder was een (veroordeelde) gedetineerde die ervan beschuldigd werd te hebben deelgenomen aan een handgemeen waarbij een bewaarder werd gewond. Hij stelde ten onrechte te zijn beschuldigd en wilde tegen de bewaarder, die gezegd had dat hij erbij betrokken was, een civiele procedure starten wegens smaad. Brieven die hij in verband hiermee aan een parlements lid had gericht werden door de gevangenisautoriteiten niet doorgestuurd en hij kreeg evenmin toestemming om een advocaat te consulteren of te schrijven in verband met de door hem voorgenomen procedure. Het EHRM achtte naast artikel 6 lid 1 EVRM ook artikel 8 EVRM geschonden, namelijk het recht op corres-

⁹⁹⁴ Art. 14 lid 3b IVBPR.

⁹⁹⁵ Zie in dit verband ook Mols e.a. 1992.

⁹⁹⁶ EHRM 21-02-1975, Golder, A 18.

pondentie, nu Golder niet eens de kans had gekregen een brief te schrijven aan een advocaat. Hoewel het Hof erkent dat de contacten van gedetineerden met de buitenwereld in het belang van de orde en veiligheid aan restricties kunnen worden onderworpen, ziet het Hof niet in dat op deze gronden een gedetineerde verboden zou kunnen worden een advocaat een brief te schrijven. Ook in de zaak *Campbell and Fell*⁹⁹⁷ ging het om een verbod aan (veroordeelde) gedetineerden een advocaat te consulteren en hierbij overwoog het EHRM:

"Moreover, a lawyer could scarcely "assist" his client – in terms of sub-paragraph (c) (art. 6-3-c) – unless there had been some previous consultation between them. This latter consideration leads the Court to the conclusion that the "facilities" contemplated by sub-paragraph (b) (art. 6-3-b) were not afforded".

De grondslag voor de erkenning van het recht op vrij verkeer in de eerste fase van een strafzaak komt voor het eerst uitgebreid aan de orde in de zaak *Can v. Oostenrijk*⁹⁹⁸. Can werd tijdens de eerste maanden van het vooronderzoek in zijn strafzaak niet in de gelegenheid gesteld om zonder supervisie met zijn raadsman te spreken of ongecensureerd met hem te corresponderen, wegens vlucht- en colusiegevaar. Naar aanleiding van zijn klacht dat hierdoor zijn recht op voorbereiding van zijn verdediging (art. 6 lid 3 b EVRM) en zijn recht op bijstand van een advocaat (art. 6 lid 3c EVRM) geschonden zijn, overweegt de Commissie:

"The Commission first observes that the Convention does not expressly guarantee the right of an accused to communicate freely with his defence counsel, for the preparation of his defence or otherwise. In this respect the Convention differs from other international provisions in the field of human rights and in particular from Article 14 § 3 (b) of the United Nations Covenant on Civil and Political Rights, where this right is expressly mentioned alongside with the right to have adequate time and facilities for the preparation of the defence. Rule 93 of the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Resolution (73) 5 of the Committee of Ministers of the Council of Europe) provides that "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 defence and to prepare and hand to him, and to receive, confidential instructions. At his request he shall be given all necessary facilities for this purpose (...). 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". The Commission finally notes the inclusion of a similar right in Article 3 § 2 (c) of the European Agreement relating to Persons participating in Proceedings of the European Commission and Court of Human Rights, where it is specified that for the purposes of Convention proceedings a detained person shall have the right "to correspond, and consult out of hearing of other persons, with a lawyer qualified to appear before courts". These texts reflect the fundamental importance which many legal systems attach to the right of the accused to communicate in private with his lawyer.

997 EHRM 03-05-1983, *Campbell and Fell*, A 80.

998 ECRM 12-07-1984, *Can*, B 79 en EHRM 30-09-1985, *Can*, A96. Het EHRM is niet uitgebreid aan de merites van de zaak toegekomen omdat er een minnelijke schikking werd bereikt.

52. The fact that this right is not specifically mentioned in the Convention does not mean that it may not implicitly be inferred from its provisions, and in particular those of Article 6 § 3 (b) and (c)".

Artikel 6 lid 3b EVRM is volgens de Commissie geschonden als de verdachte niet de 'faciliteit' krijgt om de verdediging met zijn raadsman voor te bereiden. Artikel 6 lid 3c EVRM, het recht op effectieve bijstand, is geschonden als het contact tussen de raadsman en zijn cliënt niet vertrouwelijk kan plaatsvinden:

"The accused will find it difficult to express himself freely vis à vis his lawyer on the basic facts underlying the criminal charges 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 difficult to discuss with the accused the question whether or not it is advisable in his case to make use of the right to silence, or to advise him to make a confession. The defence counsel will find it difficult to discuss the defence in general (...).

57. For these reasons it is apparent that generally speaking the defence counsel cannot fulfill his tasks properly if he is not allowed to communicate with his client in private. 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 defence counsel's contacts with the accused to supervision by the court".

Deze overwegingen, inclusief de verwijzingen naar het IVBPR, de European Prison Rules en de European Agreement relating to Persons participating in Proceedings of the European Commission and Court of Human Rights, komen vrijwel letterlijk terug in de uitspraak van het EHRM in 1991 in de zaak S. tegen Zwitserland, waarbij het EHRM concludeert dat het recht van een verdachte om vertrouwelijk te communiceren deel uitmaakt van de basisvereisten voor een eerlijk proces in een democratische rechtsorde en voortvloeit uit artikel 6 lid 3 onder c EVRM. Wanneer een advocaat geen vertrouwelijke informatie met zijn cliënt kan uitwisselen dan zouden zijn activiteiten volgens het Hof veel van hun nut verliezen, terwijl de intentie van het verdrag is rechten te garanderen die praktisch en effectief zijn⁹⁹⁹.

2.11.12 Beperkingen van het vrij verkeer

Alhoewel het recht op vrij verkeer als een fundamenteel vereiste voor een eerlijk proces wordt beschouwd, kan dit recht wel beperkt worden. Ook hier wordt weer bezien in hoeverre de verdediging in zijn geheel door de opgelegde restricties is beperkt. Eenzelfde soort toets vindt plaats met betrekking tot het recht op vertrouwelijke correspondentie, dat in beginsel onder artikel 8 EVRM valt. Hierbij wordt getoetst of de beperkingen noodzakelijk zijn in het belang van een democratische samenleving (artikel 8 lid 2 EVRM).

Zo werd bijvoorbeeld in de zaak Can door de Commissie geen schending aangenomen van artikel 6 lid 3b EVRM, omdat Can weliswaar gedurende de eerste drie maanden van zijn detentie zijn advocaat onder toezicht had moeten spreken,

⁹⁹⁹ EHRM 28-11-1991, S v. Zwitserland, NJ 1994, 88, § 48.

maar voorafgaande aan zijn berechting nog een jaar lang onbelemmerd met zijn advocaat had kunnen communiceren, zodat hij niet blijvend in zijn verdediging was geschaad. De Commissie achtte artikel 6 lid 3c wel geschonden omdat er geen gerechtvaardigde gronden waren supervisie uit te oefenen op de contacten tussen Can en zijn raadsman en door deze supervisie de bijstand aan Can werd bemoeilijkt¹⁰⁰⁰. Het verschil in beoordeling van de schending van lid 3b en lid 3c van artikel 6 EVRM kan worden verklaard uit de omstandigheid dat bijstand méér omvat dan alleen de voorbereiding van de verdediging¹⁰⁰¹. In de zaak Kröcher en Möller werd aan klagers gedurende een maand ieder mondeling contact met hun raadsman ontzegd en werd de correspondentie met hun advocaat gecensureerd. De Commissie achtte gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval artikel 6 lid 3b EVRM niet geschonden omdat zij wel een begin hadden kunnen maken met de voorbereiding van hun verdediging, door met hun raadsman te corresponderen¹⁰⁰². Eenzelfde soort afweging maakt de ECRM in de zaken Bonzi¹⁰⁰³, X v. BRD¹⁰⁰⁴ en Schertenleib¹⁰⁰⁵ waarin de Commissie beperkingen in het contact met de advocaat gedurende een tijdelijke isolatie van de verdachte, mits er maar enige vorm van contact mogelijk is, hetzij schriftelijk hetzij mondeling, niet strijdig acht met artikel 6 EVRM. Dit zijn echter allemaal relatief oude zaken, waarover het EHRM geen oordeel heeft kunnen vellen, omdat de klachten niet ontvankelijk werden verklaard en dus niet aan het EHRM konden worden voorgelegd. In de zaak Can, waarin een minnelijke schikking werd bereikt, had het EHRM wel al aangegeven dat in bijzondere gevallen controle bij een gesprek tussen advocaat en cliënt gerechtvaardigd kan zijn, bijvoorbeeld wanneer er aanwijzingen bestaan dat het vrije verkeer wordt misbruikt¹⁰⁰⁶. In de zaken S v. Zwitserland¹⁰⁰⁷ en Campbell¹⁰⁰⁸ zet het EHRM lijnen uit met betrekking tot de vraag welke bijzondere omstandigheden beperkingen van het vrij verkeer toelaatbaar maken¹⁰⁰⁹.

In de zaak S v. Zwitserland vonden de gesprekken tussen S en zijn advocaat, Garbade, steeds onder toezicht van de politie plaats en werden de brieven van S aan zijn advocaat onderschept en voor grafologisch onderzoek gebruikt. S werd ervan verdacht te hebben deelgenomen aan protesten tegen de verkoop van nucleaire energiestations aan een Latijns-Amerikaans land, waarbij gebouwen werden bezet, huizen werden beklad en verschillende branden werden gesticht, onder andere bij het huis van een minister. S weigerde mee te werken aan het onderzoek. Na zeven maanden liet de officier van justitie de advocaat weten dat de controle van het vrij verkeer gestaakt zou worden als S een verklaring zou afleg-

1000 ECRM 12-07-1984, Can, B 79.

1001 ECRM 12-07-1984, Can, B 79, § 55; zie ook § 2.11.1.

1002 ECRM 09-07-1981, Kröcher and Möller, DR 26, p. 24.

1003 ECRM 12-07-1978, Bonzi, DR 12, p. 185.

1004 ECRM 29-09-1975, X v. BRD, DR 3, p. 75.

1005 ECRM 12-07-1979, Schertenleib, DR 17, p. 185.

1006 In gelijke zin EHRM 25-03-1983, Silver, A 61, § 98.

1007 EHRM 28-11-1991, S v. Zwitserland, NJ 1994, 88.

1008 EHRM 28-03-1992, Campbell, A 233.

1009 Zie over deze zaken ook Prakken 1993, p. 913-916.

gen over zijn betrokkenheid bij de strafbare feiten waarvan hij werd verdacht. Klager bleef echter zwijgen en daarop werd de controle opgeheven. Naar aanleiding van een klacht wegens schending van artikel 6 lid 3c EVRM voerde de Zwitserse regering het verweer dat de controle noodzakelijk was vanwege collusiegevaar, omdat er redenen waren te vrezen dat de advocaat van S zou gaan samenwerken met de advocaat van de medeverdachte van S. Deze advocaat had aan de officier van justitie kenbaar had gemaakt dat zij voornemens waren de verdediging te coördineren. Deze reden acht het EHRM echter ontoereikend om de beperkingen te rechtvaardigen. Het Hof vindt het volkomen normaal dat advocaten in een zaak hun verdedigingstrategie coördineren:

"Such a possibility, however, notwithstanding the seriousness of the charges against the applicant, cannot in the Court's opinion justify the restriction in issue and no other reason has been adduced cogent enough to do so. There is nothing extraordinary in a number of defence counsel collaborating with a view to co-ordinating their defence strategy. Moreover, neither the professional ethics of Mr Garbade, who had been designated as court-appointed defence counsel by the President of the Indictments Division of the Zürich Court of Appeal, nor the lawfulness of his conduct were at any time called into question in this case. Furthermore the restriction in issue lasted for over seven months (...). There has therefore been a violation of Article 6 § (3) c"¹⁰¹⁰.

Een vergelijkbaar probleem deed zich voor in de zaak *Schönenberger en Durmaz tegen Zwitserland*¹⁰¹¹. Durmaz trad als advocaat op van Schönenberger en beiden klaagden over een schending van artikel 8 EVRM omdat de officier van justitie een brief van Durmaz aan Schönenberger niet had doorgezonden. Over het feit dat de officier van justitie had kennisgenomen van de inhoud van de brief werd niet geklaagd. De grondslag voor het niet doorzenden van de brief was volgens de Zwitserse regering gelegen in de inhoud van de brief: Durmaz had Schönenberger geadviseerd om van zijn zwijgrecht gebruik te maken, hetgeen volgens de Zwitserse regering onbehoorlijk was. Het EHRM kon de regering daarin niet volgen, integendeel:

"Mr. Schönenberger sought to inform the second applicant of his right "to refuse to make any statement", advising him that to exercise it would be to his "advantage" (see paragraph 9 above). In that way, he was recommending that Mr. Durmaz adopt a certain tactic, lawful in itself since, under the Swiss Federal Court's case-law – whose equivalent may be found in other Contracting States – it is open to an accused person to remain silent (see paragraph 17 above). Mr. Schönenberger could also properly regard it as his duty, pending a meeting with Mr. Durmaz, to advise him of his right and of the possible consequences of exercising it. In the Court's view, advice given in these terms was not capable of creating a danger of connivance between the sender of the letter and its recipient and did not pose a threat to the normal conduct of the prosecution"¹⁰¹².

¹⁰¹⁰ EHRM 28-11-1991, *S v. Zwitserland*, NJ 1994, 88, § 49.

¹⁰¹¹ EHRM 20-06-1988, *Schönenberger en Durmaz*, A 137.

¹⁰¹² EHRM 20-06-1988, *Schönenberger en Durmaz*, A 137, § 28.

Uit deze zaak blijkt eveneens dat als het gaat om een schending van artikel 8 EVRM ook de advocaat als belanghebbende kan klagen bij het EHRM: het gaat immers ook om de bescherming van zijn briefgeheim. Dit geldt niet als er geklaagd wordt over een schending van artikel 6 EVRM. In dat geval wordt de advocaat niet als slachtoffer aangemerkt omdat er tegen hem geen vervolging is ingesteld¹⁰¹³.

Een andere zaak die van belang is voor het recht op vrij verkeer is de zaak Campbell¹⁰¹⁴. Campbell was veroordeeld tot levenslange gevangenisstraf en werd in verschillende zaken, waaronder een klachtprocedure bij de ECRM en zaken die voortvloeiden uit een mishandeling van Campbell door een bewaarder, bijgestaan door een advocaat. De gevangenisautoriteiten hadden, conform de toen geldende gevangenisregels, bepaald dat alleen de correspondentie met betrekking tot de klachtzaak bij de ECRM niet zou worden gecensureerd, maar alle andere correspondentie met zijn advocaat wel. In de praktijk bleek ook correspondentie van en naar de ECRM door de gevangenisautoriteiten te worden geopend en gelezen. Het EHRM stelt vast dat de censuur een inbreuk vormt op artikel 8 EVRM en dat deze inbreuk in overeenstemming is met het Schotse recht. Vervolgens onderzoekt het EHRM of de inbreuk ook noodzakelijk is in een democratische samenleving. De Engelse regering stelde dat de controle op de post noodzakelijk was in het kader van de orde in de inrichting en ter voorkoming van strafbare feiten. Daarbij zou de controle beperkt zijn tot een onderzoek of de post verboden voorwerpen bevatte en niet gericht zijn op de inhoud van de correspondentie. Het EHRM laat alle argumenten de revue passeren. In de eerste plaats stelt het EHRM vast dat enige controle van correspondentie van gedetineerden gebruikelijk is en op zichzelf niet in strijd is met de Conventie. Met betrekking tot het vrij verkeer overweegt het EHRM:

"It is clearly in the general interest that any person who wishes to consult a lawyer should be free to do so under conditions which favour full and uninhibited discussion. It is for this reason that the lawyer-client relationship is, in principle, privileged. Indeed, in its *S. v. Switzerland* judgment of 28 November 1991 the Court stressed the importance of a prisoner's right to communicate with counsel out of earshot of the prison authorities. It was considered, in the context of Article 6, that if a lawyer were unable to confer with his client without such surveillance and receive confidential instructions from him his assistance would lose much of its usefulness, whereas the Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective (*Series A no. 220*, pp. 15-16, para. 48; see also, in this context, the *Campbell and Fell v. the United Kingdom* judgment of 28 June 1984, *Series A no. 80*, p. 49, paras. 111-113)"¹⁰¹⁵.

Volgens het Hof gelden deze overwegingen ook voor de correspondentie tussen een gedetineerde en zijn advocaat. Ook deze is vertrouwelijk, ongeacht het onderwerp of doel van deze correspondentie¹⁰¹⁶. Gevangenisautoriteiten mogen

1013 Zie § 2.11.14.4; ECRM 11-12-1976, *X en Y v. BRD*, DR 10, p. 224.

1014 EHRM 28-03-1992, *Campbell*, A 233.

1015 EHRM 28-03-1992, *Campbell*, A 233, § 46.

1016 In dezelfde zin: EHRM 20-06-2000, *Foxley*, nr. 33274/96, *Hudoc*, § 43.

een brief van een advocaat aan een gedetineerde alleen openen als er een redelijk vermoeden bestaat dat de brief ongeoorloofde voorwerpen bevat, maar ook in dat geval mag de inhoud van de brief niet worden gelezen en moeten ook garanties worden gecreëerd om te voorkomen dat de vertrouwelijkheid wordt geschonden, bijvoorbeeld door voor te schrijven dat een dergelijke brief alleen mag worden geopend in aanwezigheid van de gedetineerde. Het lezen van brieven van de gedetineerde aan zijn advocaat is slechts in uitzonderlijke omstandigheden toegestaan, namelijk als er op grond van objectieve feiten¹⁰¹⁷ een redelijk vermoeden bestaat dat de inhoud van de brief de veiligheid in de inrichting in gevaar zou kunnen brengen of anderszins een crimineel karakter draagt. De regering had aangevoerd dat door de censuur van de correspondentie het recht op vrij verkeer niet werd aangetast omdat de gedetineerde in ieder geval ongecontroleerd bezoek van zijn advocaat kon ontvangen. Volgens het EHRM is correspondentie echter een ander medium dan het voeren van gesprekken, dat niet voor niets ook afzonderlijk beschermd wordt door artikel 8 EVRM. Bovendien is het recht op vertrouwelijk correspondentie met name in een gevangenis van belang omdat het voor een advocaat vaak moeilijk is zijn cliënt te bezoeken, bijvoorbeeld door de afgelegen situering van de gevangenis. Als alle correspondentie automatisch gecensureerd zou worden, dan zou het recht op vertrouwelijke communicatie in belangrijke mate worden aangetast.

De regering had ook aangevoerd dat op de integriteit van advocaten niet altijd kon worden vertrouwd:

"The Government have also argued that the professional competence and integrity of solicitors could not always be relied on (...) if it were known that all correspondence with solicitors would pass unopened there existed a risk that they would become the target of pressure from those wishing to smuggle forbidden material into or out of prisons. Since drugs or even explosives could be concealed within an ordinary letter this was a real risk"¹⁰¹⁸.

Het EHRM is echter door deze argumenten van de regering niet overtuigd. Het EHRM acht het afdoende dat bij een redelijk vermoeden van misbruik wel controle van de correspondentie kan plaatsvinden en wijst erop dat de betrokken advocaten onderworpen zijn aan tuchtrechtspraak. Bovendien is in de zaak van Campbell niet gesteld dat zijn advocaat zich niet aan zijn beroepsregels zou hebben gehouden. Het argument, dat er mogelijk misbruik zou kunnen worden gemaakt van ongecontroleerde correspondentie, weegt volgens het EHRM niet op tegen de noodzaak van het respect voor de vertrouwelijkheid van de advocaat-cliënt-relatie.

Ook in de zaak Domenichini¹⁰¹⁹ werd geprivilegieerde correspondentie gelezen in het kader van een rechterlijke maatregel dat alle correspondentie van een groep

¹⁰¹⁷ Het EHRM formuleert dit als volgt: "the existence of facts of information which would satisfy an objective observer that the privileged channel of communication was being abused".

¹⁰¹⁸ EHRM 28-03-1992, Campbell, A 233, § 48.

¹⁰¹⁹ EHRM 15-11-1996, Domenichini, NJ 1998, 488.

gedetineerden, die werd verdacht van deelname aan een Italiaanse terroristische organisatie 'Prima Linea', werd gecensureerd. De grond voor de censuur was het inzage krijgen in de verschillen van mening binnen de groep voormalige terroristen om zo confrontaties en wraaknemingen te voorkomen en omdat er gevaar zou dreigen dat Domenichini de post zou gebruiken om delicten te plegen of de openbare orde en veiligheid in gevaar te brengen. In deze zaak acht het EHRM de controle van de correspondentie van Domenichini in strijd met artikel 8 EVRM, omdat de Italiaanse wetgeving met betrekking tot het toepassen van censuur niet voldoet aan de kwaliteitseisen die voortvloeien uit de rechtsstaatgedachte nu in deze wetgeving onvoldoende precies is geformuleerd onder welke omstandigheden een inbreuk op de vertrouwelijke correspondentie kan worden gemaakt. De Italiaanse wetgeving geeft alleen de categorie personen aan, wier correspondentie mag worden gecensureerd en de bevoegde rechter die de maatregel kan opleggen, zonder nader te specificeren op welke gronden een dergelijke maatregel kan worden opgelegd en hoe lang deze mag voortduren¹⁰²⁰. Omdat tengevolge van de maatregel een brief van Domenichi gericht aan zijn advocaat, inhoudende een verzoek aan zijn advocaat om gronden in te dienen met betrekking tot een door hem ingediend hoger beroep, tien dagen was blijven liggen bij de gevangenisautoriteiten, was de termijn voor het indienen van gronden verlopen toen de advocaat de brief kreeg. Deze omstandigheid is voor het EHRM aanleiding om ook een schending van artikel 6 lid 3b EVRM aan te nemen omdat hierdoor het recht op voorbereiding van de verdediging was geschonden¹⁰²¹.

2.11.13 *Verschoningsrecht en artikel 8 EVRM*

Artikel 8 EVRM is ook relevant voor de bescherming van de beroepsgeheimhouders. Een belangrijke uitspraak van het EHRM is de zaak Niemietz¹⁰²². Niemietz was als advocaat werkzaam in Freiburg. Op een gegeven moment werd er door een zekere Klaus Wegener (waarschijnlijk een pseudoniem) een (dreig)brief gefaxt aan een rechter, waarin de rechter werd beschuldigd van misbruik van zijn functie bij de berechting van een zekere J. en waarin op vrijspraak van J. werd aangedrongen. De brief was mede ondertekend namens de 'Bunte Liste' een politieke partij, waarvan Niemietz een aantal jaren voorzitter was geweest. In verband daarmee werd er huiszoeking verricht bij het kantoor van Niemietz, waarbij cliëntendossiers werden doorzocht, met name om stukken te vinden met betrekking tot Klaus Wegener. Niemietz diende een klacht in wegens schending van artikel 8 EVRM. Bij de beoordeling van de klacht hecht het EHRM bijzondere betekenis aan de omstandigheid dat Niemietz advocaat is. Het verweer van de Duit-

1020 Let wel: het EHRM geeft hiermee een oordeel met betrekking tot alle correspondentie, dus niet alleen de correspondentie met de advocaat, zie in dit verband de noot van Knigge bij EHRM 15-11-1996, Domenichini, NJ 1998, 488.

1021 De maatstaf of een schending van artikel 8 EVRM wegens censuur van de correspondentie tevens een schending van artikel 6 lid 3 oplevert, is dat de rechten van de verdediging daadwerkelijk moeten zijn belemmerd, zie EHRM 06-04-2000, Labita, nr. 26772/95, Hudoc, § 187-188.

1022 EHRM 16-12-1992, Niemietz, NJ 1993, 400.

se regering is dat het privé-leven van Niemietz niet is geschonden omdat er alleen huiszoeking is gedaan op zijn kantoor en dat de huiszoeking alleen gericht was op de professionele activiteiten van Niemietz. De regering achtte het privé-leven van Niemietz daarom niet geschonden. Het EHRM overweegt naar aanleiding hiervan dat het moeilijk is een onderscheid te maken tussen zakelijke en privé-activiteiten, met name omdat deze vaak in elkaar overlopen en komt tot de conclusie dat door de doorzoeking van het kantoor van Niemietz een inbreuk is gemaakt op diens privé-leven. Daarnaast moet volgens het EHRM in aanmerking worden genomen dat nu bij de doorzoeking van het kantoor cliëntendossiers werden onderzocht waarin zich correspondentie bevond, die als zodanig ook onder de bescherming van artikel 8 EVRM valt. Dat deze correspondentie van professionele aard is, doet hieraan niet af¹⁰²³. Vervolgens gaat het EHRM na of de inbreuk in overeenstemming was met het recht, een legitiem doel had en noodzakelijk was in het kader van een democratische samenleving. Volgens het EHRM was aan de eerste twee vereisten voldaan. Het Hof achtte echter de inbreuk op het beroepsgeheim ten gevolge van de huiszoeking in de gegeven omstandigheden disproportioneel. Het EHRM stelde vast dat volgens het Duitse recht een huiszoeking op een advocatenkantoor niet vergezeld gaat van bijzondere rechtswaargborgen om het beroepsgeheim te waarborgen, zoals de aanwezigheid van een onafhankelijke waarnemer. De mate waarop in onderhavige zaak een inbreuk werd gemaakt op het beroepsgeheim kan ernstige gevolgen hebben voor een goede rechtspleging en de rechten van artikel 6 EVRM:

"More importantly, having regard to the materials that were in fact inspected, the search impinged on professional secrecy to an extent that appears disproportionate in the circumstances; it has, in this connection, to be recalled that, where a lawyer is involved, an encroachment on professional secrecy may have repercussions on the proper administration of justice and hence on the rights guaranteed by Article 6 of the Convention"¹⁰²⁴.

In de zaak Kopp tegen Zwitserland¹⁰²⁵ heeft het EHRM zich gebogen over de waarborgen die bij een telefoontap op een advocaat in acht moeten worden genomen. Het ging om een klacht van een advocaat wiens kantoortelefoons waren afgeluisterd. Kopp was zelf geen verdachte maar 'een derde partij', wiens telefoons evenals in het Nederlandse recht volgens het Zwitserse recht onder omstandigheden mochten worden afgeluisterd. In casu werd de echtgenote van Kopp die de federale minister van justitie was, verdacht van het lekken van geheime informatie. De telefoons van het advocatenkantoor van Kopp werden bijna een maand lang getapt. Uiteindelijk bleek dat de verdenkingen tegen Mw. Kopp ongegrond waren. Zij werd van alle blaam gezuiverd en Kopp kreeg na de beëindiging van het onderzoek een officiële mededeling dat zijn telefoons waren afge-

¹⁰²³ Het EHRM verwijst hierbij naar de zaken EHRM 20-06-1988, *Schöneberger en Durmaz*, A 137 en EHRM 03-05-1983, *Campbell and Fell*, A 80 en merkt hierbij op dat in deze zaken het EHRM niet eens aan de mogelijkheid heeft gedacht dat professionele correspondentie niet onder de bescherming van artikel 8 EVRM zou vallen.

¹⁰²⁴ EHRM 16-12-1992, *Niemietz*, NJ 1993, 400, § 40.

¹⁰²⁵ EHRM 25-03-1998, *Kopp*, Reports 1998-II.

luisterd. Hij diende een klacht in wegens schending van artikel 8 EVRM. Volgens het Zwitserse recht mogen beroepsgeheimhouders niet als 'derde partij' worden getapt. De Zwitserse regering stelde zich echter op het standpunt dat Kopp niet in zijn hoedanigheid van advocaat was getapt en dat in de tapbeschikking uitdrukkelijk was opgenomen dat 'advocatengesprekken' waren uitgesloten. Het Hof liet zich hierdoor niet overtuigen. Kopp was advocaat en alle telefoons van zijn advocatenkantoor waren afgeluisterd, zodat het moeilijk viel te ontkennen dat hij in zijn hoedanigheid als advocaat was afgeluisterd. Ook al wordt in het Zwitserse recht het beroepsgeheim beschermd, het EHRM oordeelt dat hierin niet duidelijk wordt aangegeven welke informatie onder het beroepsgeheim valt en wie moet oordelen over het onderscheid tussen zaken die wel en niet in verband staan met de activiteiten die als advocaat worden uitgeoefend. Het Hof vindt het op zijn minst verbazingwekkend dat een ambtenaar van het postkantoor, zonder supervisie van een onafhankelijke rechter, is belast met de beoordeling van wat wel en niet onder vertrouwelijke informatie valt. Artikel 8 EVRM wordt daarom geschonden geacht:

"73. However, the Court discerns a contradiction between the clear text of legislation which protects legal professional privilege when a lawyer is being monitored as a third party and the practice followed in the present case. Even though the case-law has established the principle, which is moreover generally accepted, that legal professional privilege covers only the relationship between a lawyer and his clients, the law does not clearly state how, under what conditions and by whom the distinction is to be drawn between matters specifically connected with a lawyer's work under instructions from a party to proceedings and those relating to activity other than that of counsel.

74. Above all, in practice, it is, to say the least, astonishing that this task should be assigned to an official of the Post Office's legal department, who is a member of the executive, without supervision by an independent judge, especially in this sensitive area of the confidential relations between a lawyer and his clients, which directly concern the rights of the defence.

75. In short, Swiss law, whether written or unwritten, does not indicate with sufficient clarity the scope and manner of exercise of the authorities' discretion in the matter. Consequently, Mr Kopp, as a lawyer, did not enjoy the minimum degree of protection required by the rule of law in a democratic society. There has therefore been a breach of Article 8".

Voor wat betreft de Nederlandse situatie heeft de ECRM zich in de zaak van Remmers en Hamer¹⁰²⁶ uitgelaten over de waarborgen waarmee de bescherming van het beroepsgeheim in het kader van een telefoontap is omgeven. In deze zaak was een gesprek tussen Remmers (cliënt) en Hamer (advocaat) door de rechter-commissaris abusievelijk niet vernietigd omdat het gesprek niet als zodanig was herkend. De Commissie oordeelt in zijn algemeenheid dat de regeling van artikel 125f-h Sv (oud)¹⁰²⁷ in overeenstemming is met de vereisten van 'law' in de zin

1026 ECRM 18-05-1998, Remmers en Hamer, nr. 29839/96, Hudoc, NJCM-Bulletin 1998, p. 866-822.

1027 Zie voor de huidige regeling § 2.10.7.2.

van artikel 8 lid 2 EVRM¹⁰²⁸. Ook als een telefoongesprek, in strijd met artikel 125h lid 2 Sv, door de RC niet vernietigd is, is volgens de Commissie artikel 8 EVRM niet geschonden omdat fouten nu eenmaal kunnen voorkomen en verder niet gebleken is dat desbetreffend telefoongesprek enige betekenis heeft gehad voor het bewijs of gebruikt is om achter de verdedigingsstrategie te komen.

Wat betreft het afluisteren van telefoongesprekken van een advocaat, die tevens wordt aangemerkt als verdachte, heeft de ECRM in de zaak *Mulders tegen Nederland*¹⁰²⁹ bepaald, dat de Nederlandse praktijk waarbij ook telefoonaansluiting van een advocaat, die als verdachte wordt aangemerkt, kan worden getapt, niet in strijd is met artikel 8 lid 2 EVRM. De Commissie neemt daarbij in aanmerking dat artikel 125h lid 2 Sv (oud), waarin is bepaald dat gesprekken die onder het beroepsgeheim vallen door de RC dienen te worden vernietigd voldoende waarborgen biedt ter bescherming van de belangen van cliënten die met de strafvervolgning niets te maken hebben.

Voor wat betreft de rechtspositie van de advocaat die als derde, dus niet als verdachte, wordt getapt is tot slot nog de zaak *Lambert*¹⁰³⁰ van belang. In dit arrest heeft het EHRM bepaald dat ook een derde, die gesprekken voert via andermans telefoonaansluiting, die wordt getapt, de mogelijkheid moet hebben om de rechtmatigheid van de tap door de rechter te laten toetsen. Anders zou een groot aantal mensen verstoken zijn van rechtsbescherming. Deze beslissing heeft betrekking op alle 'derden' die worden afgeluisterd en heeft ook repercussies voor de positie van de advocaat, wiens gesprekken in het kader van een telefoontap worden opgenomen. Deze zou een rechtsingang moeten hebben om de rechtmatigheid van de tap aan de orde te kunnen stellen¹⁰³¹.

2.11.14 *Samenvatting positie verdediging in het EVRM*

Bij de beoordeling van de Straatsburgse jurisprudentie moet rekening worden gehouden met het gegeven dat uitspraken steeds zijn gebaseerd op de specifieke omstandigheden van het geval. Van belang is hierbij dat het Hof en de Commissie bij een toetsing aan een verdragsbepaling steeds kijken naar de zaak in zijn geheel. Deze benaderingswijze wordt ook toegepast op de positie van de verdediging. Bij de afzonderlijke rechten, die in artikel 6 lid 3 EVRM zijn gegarandeerd, geldt, dat indien bepaalde rechten worden ingeperkt, gekeken wordt naar het effect hiervan voor de verdediging in de zaak in zijn geheel. Ondanks deze casuïstische benadering zijn in de jurisprudentie algemene lijnen te ontdekken met betrekking tot de interpretatie van de rechten van de verdediging en de relatie tussen de raadsman en de verdachte.

¹⁰²⁸ Zie in dit verband ECRM 30-11-1994, K.D. v. Nederland, DR 79-A, p. 31, waarin de Commissie het tappen van de privé-aansluiting van een reclasseringsambtenaar niet in strijd acht met artikel 8 lid 2 EVRM.

¹⁰²⁹ ECRM 06-04-1995, *Mulders*, nr. 23231/94, Hudoc.

¹⁰³⁰ EHRM 24-08-1998, *Lambert*, Reports 1998-V. Zie ook EHRM 16-02-2000, *Amann*, nr. 27798/95, Hudoc.

¹⁰³¹ Zie Van Bavel 1998, p. 39.

Het recht op verdediging als zodanig is een absoluut recht in die zin dat dit recht niet in zijn geheel kan worden uitgesloten. Artikel 6 EVRM kent geen algemene beperkingsgronden zoals bijvoorbeeld artikel 8 en 10 EVRM die wel kennen.

2.11.14.1 De processuele functies van het recht zichzelf te verdedigen en het recht op bijstand

Het achterliggende doel van artikel 6 EVRM is de verdachte het recht te garanderen om actief te participeren in de strafrechtelijke procedure, hetgeen als een wezenlijk onderdeel van het recht op een eerlijk proces wordt beschouwd. Van belang is dat in de Straatsburgse jurisprudentie wordt onderkend dat het recht van de verdachte zichzelf te verdedigen en het recht zich te laten bijstaan door een raadsman niet twee gelijkwaardige alternatieven zijn, maar dat beide vormen van verdediging een eigen processuele functie hebben, die elkaar aanvullen. Daarom heeft de verdachte, als het gaat om de vaststelling van de feiten en de bepaling van de op te leggen straf, ongeacht of hij wordt bijgestaan door een raadsman, het recht ter terechtzitting aanwezig te zijn en zichzelf te verdedigen. Alleen in appel- of cassatieprocedures, waarin uitsluitend juridische kwesties aan de orde zijn, kan worden volstaan met de verdediging door een raadsman. In beginsel heeft de verdachte de keus om zichzelf te verdedigen of zich door een raadsman te laten bijstaan. Het wordt echter niet in strijd met de Conventie geacht, als de bijstand van een advocaat verplicht is, omdat dit in het belang kan zijn van een goede rechtspleging.

2.11.14.2 Positieve verplichting van de staat

Op de staat rust een positieve verplichting de verdachte in de gelegenheid te stellen de verdediging te voeren en hem daartoe ook tijd en faciliteiten te geven. Een van deze faciliteiten is het recht op bijstand. Is de verdachte niet in staat om zelf een raadsman te bekostigen, dan moet hem een raadsman worden toegevoegd als dit in het belang van de rechtspleging is. Hierbij wordt met name gekeken naar de ernst van het feit, de persoonlijke omstandigheden van de verdachte en de mogelijkheid op te leggen straf. Als de toegevoegde raadsman kenbaar in ernstige mate tekortschiet, dat heeft de staat de verplichting een andere raadsman toe te voegen of erop toe te zien dat de raadsman adequaat functioneert. In beginsel moet de staat bij de toevoeging van een advocaat rekening houden met de keuze van de verdachte, maar er kunnen ook omstandigheden zijn van deze keuze af te wijken, als dat in het belang van de rechtspleging is.

2.11.14.3 Verantwoordelijkheid, onafhankelijkheid en vrijheid van de verdediging

Tegenover de positieve verplichting van de staat om alle randvoorwaarden te scheppen voor een effectieve verdediging, staat een zekere verantwoordelijkheid van de raadsman en de verdachte. Het EHRM ziet het niet als zijn taak een oordeel te vellen over de wijze waarop de verdediging wordt gevoerd. Een gevolg

hiervan is dat de gevolgen van tekortkomingen van de raadsman of het afzien van rechtsbijstand niet zonder meer op de staat kunnen worden afgewenteld. Dat het tekortschieten van een raadsman, behalve in de zeer ernstige gevallen, de staat niet wordt aangerekend, vindt zijn oorsprong in de onafhankelijkheid van de advocatuur en de vrijheid van de verdediging. Het EHRM beschouwt de wijze waarop de verdediging wordt gevoerd als een aangelegenheid die in beginsel alleen de raadsman en de verdachte aangaat. Een bewuste verdedigingsstrategie, waarbij afstand wordt gedaan van bepaalde rechten die aan artikel 6 EVRM kunnen worden ontleend, kan dan ook niet leiden tot een schending van artikel 6 EVRM. De terughoudendheid in de inmenging in de relatie tussen de raadsman en de verdachte heeft mede tot gevolg dat het EHRM bij klachten van de verdachte over het optreden van de raadsman, slechts marginaal toetst of de raadsman objectief gezien daadwerkelijk de verdediging heeft gevoerd. Is dit het geval, dan onthoudt het EHRM zich van een oordeel.

De vrijheid van de verdachte om te bepalen hoe hij zich verdedigt, komt ook tot uitdrukking in de mogelijkheid de verdediging in zijn geheel aan zijn raadsman over te laten, als het strafproces van de nationale staat een behandeling bij verstek toelaat.

Voor wat betreft de uitingsvrijheid van de advocaat is het EHRM is van oordeel dat aan het optreden van een advocaat, gelet op zijn centrale positie in de rechtspleging, restricties kunnen worden opgelegd met het oog op het belang van het vertrouwen in de rechtspleging en respect voor de rechterlijke autoriteiten. Dit betekent dat de vrijheid van meningsuiting, die de advocaat zeker ook heeft, met name als het gaat om het publiekelijk kritiek uitoefenen op organen van justitie, aan zorgvuldigheidsgrenzen is gebonden. Ook deze grenzen toetst het EHRM marginaal omdat de betrokken lidstaten een zekere vrijheid wordt gelaten bij het bepalen van de grenzen van wat nog wel en wat niet meer toelaatbaar is.

2.11.14.4 Eenheid van de verdediging

Bij het uitoefenen van verschillende verdedigingsrechten, zoals het recht op inzage van stukken of het horen van getuigen, beoordeelt het EHRM steeds de positie van de verdediging in zijn geheel. Weliswaar komen de verdedigingsrechten in beginsel aan de verdachte toe, maar zodra deze wordt bijgestaan door een raadsman, dan is het niet zonder meer in strijd met het verdrag, als deze rechten uitsluitend door de raadsman kunnen worden uitgeoefend. De centrale toets hierbij is steeds of de verdedigingsrechten effectief benut kunnen worden. Als erover geklaagd wordt dat aan hetzij de verdachte, hetzij de raadsman een bepaald recht onthouden is, dan moet door de klager aannemelijk worden gemaakt dat het noodzakelijk was het recht zowel aan de verdachte als aan de raadsman toe te kennen.

2.11.14.5 Aanvangsmoment recht op rechtsbijstand

Het recht op bijstand van een advocaat is ook van toepassing in de voorfase van de vervolging, met name als deze fase van invloed is op het verdere verloop van

het strafproces. Zo heeft de verdachte, reeds in de fase van de eerste politieverho-
ren het recht een advocaat te consulteren indien de door hem in te nemen proces-
positie gevolgen heeft voor het verdere verloop van de procedure. Of de verdach-
te ook recht heeft op bijstand gedurende het politieverhoor is nog niet helemaal
uitgekristalliseerd. In de zaak *Dougan*¹⁰³² heeft het EHRM in het kader van een
ontvankelijkheidsbeslissing in algemene bewoordingen overwogen dat artikel 6
EVRM geen algemeen recht geeft op de fysieke aanwezigheid van een advocaat
tijdens het politieverhoor. In andere ontvankelijkheidsbeslissingen wordt echter
de aanwezigheid van de advocaat als een belangrijke waarborg beschouwd tegen
het gevaar dat de verdachte loopt zich ongewild te incrimineren gedurende de
eerste politieverhooren. Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat, afhankelijk
van de bewijskracht die aan verklaringen tegenover de politie in een bepaald
strafrechtelijk systeem wordt toegekend, de verdachte aanspraak kan maken op
bijstand gedurende de politieverhooren. De terughoudende houding van het
EHRM ten aanzien van de vraag of de verdachte recht heeft op bijstand geduren-
de de politieverhooren staat in contrast met opvattingen hierover van het CPT en
het Joegoslavië-tribunaal, dat de bijstand gedurende het politieverhoor als een in-
ternationaal erkend mensenrecht beschouwt.

2.11.14.6 *Het vrij verkeer*

Het vrij verkeer is niet expliciet in de Conventie gegarandeerd maar wordt door
het EHRM in artikel 6 EVRM ingelezen, voorzover het vrij verkeer betrekking
heeft op de voorbereiding van de verdediging (art. 6 lid 3b EVRM) of het verlen-
en van effectieve bijstand (art. 6 lid 3c EVRM) in verband met een lopende of
aan te spannen procedure. Het EHRM verwijst hierbij naar artikel 14 lid 3 b van
het IVBPR en artikel 93 van de Europese gevangenisregels, waarin het recht op
vertrouwelijke communicatie wel met zoveel woorden is gegarandeerd.

Als het gaat om vertrouwelijke correspondentie, dan is ook artikel 8 EVRM in
het geding, waarin recht op respect voor correspondentie is gegarandeerd.

Het EHRM acht het vrij verkeer van fundamenteel belang voor het recht op ef-
fectieve bijstand. Het recht op vrij verkeer is echter niet absoluut. Beperkingen
zijn toegestaan, mits daardoor een effectieve voorbereiding van de verdediging
en het recht op effectieve bijstand niet in hun kern worden aangetast. Visueel toe-
zicht lijkt door het EHRM toelaatbaar te worden geacht. Controle van post is al-
leen toegestaan als er concrete feiten of aanwijzingen zijn, dat het vrij verkeer
wordt misbruikt. Ook dan dient bij controle van post de inhoud van vertrouwelij-
ke correspondentie te worden gerespecteerd. Preventieve controle, in die zin dat
controle plaatsvindt omdat er mogelijk misbruik wordt gemaakt van het vrij ver-
keer, is niet toegestaan. Collusiegevaar, doordat advocaten van verschillende ver-
dachten in één zaak de verdediging coördineren of doordat de advocaat de ver-
dachte op zijn zwijgrecht wijst, kan niet als grond worden gebruikt het vrij ver-
keer te beperken, of gesprekken alleen onder (auditief) toezicht te laten plaats-

¹⁰³² EHRM 14-12-1999, *Dougan*, nr. 44738/98, Hudoc.

vinden c.q. brieven te censureren. Het EHRM ziet het coördineren van de verdediging of het wijzen op het zwijgrecht als volkomen legitieme activiteiten.

2.11.14.7 *Het verschoningsrecht*

Advocaten hebben ook in het kader van hun professionele beroepsuitoefening een recht op bescherming van hun privacy. Het EHRM maakt geen onderscheid tussen zakelijke- en privé-activiteiten, omdat deze veelal in elkaar overlopen. Bovendien valt ook correspondentie met cliënten onder de bescherming van artikel 8 EVRM. Het doen van een huiszoeking of het af luisteren van telefoongesprekken is echter ook bij advocaten mogelijk, met name indien de betrokken advocaten worden aangemerkt als verdachte. Het EHRM acht het van belang dat hierbij een zorgvuldige en precieze procedure wordt gehanteerd om het recht op vertrouwelijkheid van cliënten te waarborgen, zoals bijvoorbeeld de aanwezigheid van een onafhankelijke persoon bij de huiszoeking of het toezicht van een rechter op het scheiden van vertrouwelijke en niet vertrouwelijke gegevens. Volgens het EHRM moeten ook 'derden' die betrokken raken bij een telefoontap een rechtsingang hebben om de rechtmatigheid van de tap aan de orde te stellen. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat ook advocaten die als 'derden' betrokken raken bij opsporingsactiviteiten waarbij de privacy in het geding is, een dergelijke rechtsingang moeten hebben.

2.12 *Samenvatting en conclusies*

Het Wetboek van Strafvordering bevat geen expliciete inhoudelijke normen voor de wijze waarop de verdediging moet worden gevoerd, maar bevat een stelsel van rechten en bevoegdheden waarvan de verdediging naar eigen inzicht gebruik kan maken. Kenmerkend voor dit stelsel is dat de verdachte het recht heeft zichzelf te verdedigen en dat de bevoegdheden hiertoe ook primair aan de verdachte worden toegekend. De bevoegdheden van de raadsman zijn daarvan afgeleid. Dit gegeven is bepalend voor de relatie tussen de verdachte en zijn raadsman. Uit deze bevoegdheidstoekenning kan worden afgeleid dat aan het Wetboek van Strafvordering (impliciet) het uitgangspunt ten grondslag ligt dat de verdachte bij zijn verdediging *dominus litis* is en de raadsman een ondersteunende taak heeft.

2.12.1 *De van de verdachte afgeleide bevoegdheden*

De toekenning van de rechten en bevoegdheden aan de verdediging weerspiegelt de structuur van het strafproces. De beginfase is overwegend inquisitoir en in deze fase heeft de verdachte geen algemeen recht op rechtsbijstand en overleg met zijn raadsman op het moment dat hij daar behoefte aan heeft. Het recht op bijstand is in deze fase ondergeschikt aan het onderzoeksbelang. Als de verdachte verhoord wordt, heeft hij geen recht op bijstand. Uit de jurisprudentie blijkt dat de in verzekering gestelde verdachte ook geen recht heeft op overleg met zijn raadsman voorafgaand aan de eerste verhoren. De verdediging wordt alleen bij onderzoekshandelingen, zoals het horen van getuigen of deskundigen en

plaatsopnemingen betrokken, als het onderzoek dat toelaat en/of hierdoor niet wordt opgehouden. Informatie over het opsporingsonderzoek kan de verdediging worden onthouden zolang het gerechtelijk vooronderzoek niet is gesloten. Als de raadsman over informatie beschikt, waarvan de verdachte in het belang van het onderzoek niet op de hoogte mag komen, dan kan het vrij verkeer worden beperkt. In de eerste fase van de vervolging is bijstand van een raadsman alleen toegestaan in de gevallen dat de wet dit uitdrukkelijk bepaalt. Naarmate het onderzoek vordert worden de bevoegdheden van de verdachte en zijn raadsman uitgebreid. Tijdens het GVO en het onderzoek ter terechtzitting komen de bevoegdheden van de verdachte mede aan de raadsman toe en ter terechtzitting kan de verdachte alleen in uitzonderingssituaties worden buitengesloten van het onderzoek, in welke gevallen de raadsman steeds zijn belangen kan waarnemen. Concluderend kan worden gesteld dat naarmate het onderzoek naar de feiten de afronding nadert, de verdedigingsbevoegdheden toenemen.

Het Wetboek van Strafvordering deelt de raadsman voorzover het gaat om de uitoefening van de, van de verdachte afgeleide, verdedigingsrechten of -bevoegdheden geen eigen verantwoordelijkheid toe. Het uitgangspunt dat de verdachte *dominus litis is en steeds bevoegd is zelfstandig de hem toekomende bevoegdheden uit te oefenen* en het gegeven dat de verdachte niet hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling, brengen met zich, dat de raadsman in zijn functie als partijdige belangenbehartiger geen verplichtingen heeft rekening te houden met opsporings- of vervolgingsbelangen of belangen van een efficiënte rechtspleging. Dit uitgangspunt wordt ondersteund door de jurisprudentie van de Hoge Raad, die zich bij zijn oordeelsvorming laat leiden door de vraag of de *verdachte* bij het aanwenden van een bevoegdheid of rechtsmiddel enig in rechte te respecteren belang heeft en daarbij de term 'misbruik van procesrecht' vermijdt, een term die in de lagere jurisprudentie soms wel als classificatie van het optreden van de raadsman gebruikt wordt.

Op de regel dat aan de raadsman niet méér bevoegdheden worden toegekend dan aan de verdachte worden in het belang van het onderzoek of ter bescherming van derden uitzonderingen gemaakt bij het horen van (anonieme) getuigen in het vooronderzoek en bij het verstrekken van inzage in (proces)stukken. In feite gaat het steeds om situaties waarin informatie die normaliter aan de verdediging toekomt, aan de verdachte wordt onthouden. Hierbij wordt de fictie gehanteerd dat aan de rechten van de verdediging voldoende tegemoet wordt gekomen, als deze uitsluitend door de raadsman worden uitgeoefend. Dit is een formalistische benadering van de verdedigingsrechten, omdat de toedeling van de bevoegdheid aan uitsluitend de raadsman niet gekoppeld wordt aan de vraag wordt of deze rechten feitelijk wel adequaat door alleen de raadsman kunnen worden uitgeoefend en omdat hierdoor miskend wordt dat de verdachte en de raadsman ieder een eigen processuele functie hebben welke functies elkaar aanvullen en elkaar in lang niet alle gevallen kunnen vervangen. Daarnaast komt bij een ongelijke verdeling van verdedigingsbevoegdheden tussen de raadsman en de verdachte het algemene uitgangspunt dat de verdachte *dominus litis is* en het recht heeft zijn eigen verde-

digingsstrategie te bepalen onder druk te staan en is een ongelijke informatiepositie schadelijk voor de vertrouwensrelatie tussen de verdachte en zijn raadsman.

Naast onderzoeksbelangen en bescherming van derden spelen ook efficiency-overwegingen een rol bij de toekenning van exclusieve bevoegdheden aan de raadsman. Dit blijkt uit de wettelijke regeling van verdediging van de afwezige verdachte en de verplichte procesvertegenwoordiging en schriftuur in cassatie. Opvallend is, hoe weinig aandacht de wetgever heeft voor de consequenties van deze regelingen voor de relatie tussen de verdachte en zijn raadsman. De vormvrije machtigingsregeling van artikel 279 Sv heeft voor de verdachte verstrekende consequenties en het wordt aan de verantwoordelijkheid van de raadsman overgelaten of hij zich al dan niet gemachtigd acht. Omdat ook een verdediging bij verstek mogelijk blijft, kan de raadsman voor ingewikkelde processtrategische keuzes komen te staan, terwijl de consequenties van de door de raadsman te nemen beslissingen voor de verdachte op voorhand niet duidelijk zijn en ook nauwelijks vooraf met de verdachte kunnen worden besproken. Omdat is nagelaten te regelen wat de positie van de raadsman bij verstek is, moet de rechter tijdens de zitting beslissen welke processuele bevoegdheden de raadsman op de zitting kan uitoefenen. Een situatie die uit oogpunt van processuele rechtszekerheid vergelijkbaar is met het spelen van Russisch roulette.

Eenzelfde probleem speelt in de cassatieprocedure. De aandacht in de parlementaire discussie met betrekking tot de verplichte vertegenwoordiging in cassatie en de verplichte cassatieschriftuur is vooral uitgegaan naar de werklastvermindering voor de Hoge Raad en de kwaliteitsverbetering van de cassatieprocedure, maar nauwelijks naar de gevolgen voor de relatie tussen de raadsman en de verdachte. Hoe moet de advocaat gebruik gaan maken van zijn sleutelpositie als toegangspoort tot de Hoge Raad? Moet hij naar de haalbaarheid of naar de verdedigbaarheid van een cassatiemiddel kijken? En wat moet hij doen als zijn cliënt ondanks een negatief cassatieadvies een zaak perse aan de Hoge Raad wil voorleggen? Hoe verdraagt de positie van de advocaat als partijdige belangenbehartiger zich met het zijn van een vooruitgeschoven post van de Hoge Raad?

2.12.2 *De zelfstandige bevoegdheden van de raadsman*

Naast van de verdachte afgeleide bevoegdheden worden aan de raadsman in het Wetboek van Strafvordering ook zelfstandige rechten en bevoegdheden toegekend die verbonden zijn aan zijn rol van verdediger, namelijk het recht op vrij verkeer en het verschoningsrecht. Bij de uitoefening van de hiermee verbonden bevoegdheden heeft de advocaat, in tegenstelling tot bij de afgeleide bevoegdheden, wel een zelfstandige verantwoordelijkheid. Hij mag van deze bevoegdheden geen misbruik maken.

Het recht op vrij verkeer houdt een recht op vertrouwelijke communicatie in. Het toezicht en de regulering van het verkeer tussen de raadsman en zijn cliënt mogen contacten niet onmogelijk maken en de vertrouwelijkheid van deze contacten niet aantasten. In de praktijk en penitentiaire regelgeving zijn de afgelopen 20 jaren

de mogelijkheden van bezoek en telefonisch contact in toenemende mate beperkt en ondergeschikt gemaakt aan de interne organisatie van de penitentiaire inrichting. Bovendien is het toezicht verscherpt. Een gevolg van de toenemende controle is dat de vertrouwelijkheid van de contacten tussen de raadsman en zijn gedetineerde cliënt onder druk komt te staan.

Het recht van de raadsman op vrij verkeer met zijn cliënt, zoals dat is gereguleerd in artikel 50 Sv vormt het spiegelbeeld van artikel 28 Sv waarin de verdachte het recht wordt toegekend zich door een raadsman te laten bijstaan en daartoe contact met hem op te nemen. Ook het recht van de raadsman contact te hebben met zijn cliënt is afhankelijk gemaakt van opsporingsbelangen. Het onderzoek mag door het vrij verkeer niet worden opgehouden. Met name tijdens de politieverhooren wordt dit als grond gebruikt de raadsman toegang tot de verdachte te weigeren. Het recht op contact kan ook (tijdelijk) in het belang van het onderzoek worden ontnomen, als de raadsman over informatie beschikt waarvan de verdachte tijdelijk onkundig moet blijven. Van de mogelijkheid om het vrij verkeer ex artikel 50 lid 2 Sv te beperken wordt in de praktijk niet vaak gebruik gemaakt. De betekenis van artikel 50 lid 2 Sv moet echter niet worden onderschat. De dreiging dat het vrij verkeer kan worden ontzegd, heeft op zichzelf al een 'preventieve' werking. Advocaten vermijden situaties waarin beperkende maatregelen zouden kunnen worden opgelegd, zoals bijvoorbeeld het verdedigen van meerdere verdachten in één zaak, ook al zou dit uit oogpunt van de belangen van de verdachten gunstig zijn.

Het professionele verschoningsrecht moet een cliënt de garantie bieden dat alles wat de advocaat in het kader van de rechtsbijstandverlening te weten komt, vertrouwelijk blijft. Het verschoningsrecht en de daarmee verbonden geheimhoudingsplicht worden in Nederland niet alleen in het belang geacht van de individuele rechtzoekende. Het is ook een publiek belang dat burgers zich vrijelijk kunnen wenden tot een advocaat, zonder angst voor openbaarmaking van hetgeen zij de advocaat toevertrouwen en hetgeen de advocaat in het kader van zijn bijstand te weten komt. Dit publieke belang brengt met zich dat de advocaat een eigen verantwoordelijkheid heeft bij de uitoefening van het verschoningsrecht. Een cliënt kan hem van deze verantwoordelijkheid niet ontheffen. Over de vraag of de advocaat ook verplicht is gebruik te maken van zijn verschoningsrecht verschillen de meningen. Ik ben van mening dat de advocaat zijn geheimhoudingsplicht alleen ingeval van overmacht mag schenden, waarbij ik denk aan het voorkomen van levensbedreigende situaties of het voorkomen van een veroordeling van een onschuldige. Opvallend is dat de strafvorderlijke bepalingen, ondanks het publieke belang van de handhaving van de geheimhoudingsplicht, de advocaat alle ruimte bieden om zijn geheimhoudingsplicht te doorbreken. In het Wetboek van Strafvordering is de bescherming van de geheimhoudingsplicht duidelijk een verantwoordelijkheid van de advocaat die de vrijheid wordt gelaten zich al dan niet op zijn verschoningsrecht te beroepen of toestemming te geven tot een onderzoekshandeling waarbij zijn geheimhoudingsplicht wordt geschonden. Beroept de advocaat zich op zijn verschoningsrecht, dan komt hem praktisch gezien autonome zeggenschap toe om te bepalen wat onder zijn geheimhoudingsplicht valt. Dat is anders bij de toepassing van opsporingsbevoegdheden. Zodra ver-

trouwelijke gegevens bij de toepassing van opsporingsbevoegdheden in handen komen van justitie, is de advocaat wat de bescherming van deze gegevens betreft afhankelijk van de rechter-commissaris of officier van justitie. Verontrustend is, dat bij de invoering van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden de advocaat als professionele geheimhouder niet van de toepassing van de in deze wet geregelde opsporingsbevoegdheden is uitgesloten. Dit geldt te meer nu deze bevoegdheden dieper kunnen ingrijpen in de privacy dan de traditionele huiszoeking en inbeslagneming, welke laatste opsporingsmiddelen in beginsel niet tegen een advocaat zonder diens toestemming kunnen worden aangewend¹⁰³³ en ook overigens beter zijn omgeven met procedurele waarborgen ter bescherming van de geheimhoudingsplicht. De conclusie is dat in het Wetboek van Strafvordering de waarborgen tegen inbreuken op het beroepsgeheim in toenemende mate ondergeschikt zijn gemaakt aan het belang van de waarheidsvinding.

2.12.3 De bevoegdheden van de verdediging en het EVRM

Van de internationale strafprocessuele normen zijn met name de artikelen 6 en 8 EVRM van belang voor de verdediging. In zijn algemeenheid kan worden geconcludeerd dat, hierna te bespreken uitzonderingen daargelaten, de positie van de raadsman in het Nederlandse strafproces in de pas loopt met de vereisten die daaraan in de Straatsburgse jurisprudentie worden gesteld. Ten aanzien van sommige aspecten is echter een andere c.q. afwijkende benaderingswijze zichtbaar, namelijk bij: het aanvangsmoment van het recht op rechtsbijstand; de verdedigingsmogelijkheden bij verstek; de toekenning van verdedigingsbevoegdheden uitsluitend aan de raadsman; de verplichte vertegenwoordiging en schriftuur in cassatiezaken; de beperkingen van het recht op vrij verkeer en het verschooningsrecht.

Wat het aanvangsmoment van recht op rechtsbijstand betreft, kan uit de Straatsburgse jurisprudentie worden opgemaakt dat de verdachte in ieder geval voorafgaand aan het eerste politieverhoor, waarbij hij zichzelf kan incrimineren en hij zich zal moeten beraden over de gebruikmaking van zijn zwijgrecht, recht heeft op consultatie van een advocaat. Dit recht wordt in de Nederlandse jurisprudentie niet zonder meer aanvaard. In de eerste plaats wordt artikel 28 Sv, als het gaat om het recht van de verdachte overleg te hebben met zijn raadsman, zeer restrictief geïnterpreteerd¹⁰³⁴. Bovendien kan de raadsman op grond van artikel 50 lid 1 Sv de toegang tot de verdachte (tijdelijk) worden ontzegd indien het onderzoek daardoor zou worden opgehouden, een criterium dat weer zeer ruim wordt geïnterpreteerd. Uit de hierop betrekking hebbende jurisprudentie kan worden afgeleid dat het feit dat de politie de verdachte aan het verhoren is, reden kan zijn de raadsman niet tot de verdachte toe te laten en dat de raadsman toegang tot de verdachte kan worden geweigerd indien deze nog niet door de politie is gehoord¹⁰³⁵. Deze praktijk lijkt in ieder geval in strijd met de hiervoor genoemde Straatsburgse

1033 Tenzij de advocaat zelf als verdachte wordt aangemerkt, zie § 2.10.6.1.

1034 Zie § 2.4.3.2-§ 4.3.5.

1035 Zie § 2.9.2.

jurisprudentie. Wat de bijstand van de raadsman *tijdens* het politieverhoor betreft kan uit recente jurisprudentie van het EHRM worden afgeleid dat afhankelijk van de bewijskracht die aan verklaringen tegenover de politie in een bepaald strafrechtelijk systeem wordt toegekend, de verdachte aanspraak kan maken op bijstand gedurende politieverhoren, maar dat een algemeen recht op de fysieke aanwezigheid van de raadsman tijdens de politieverhoren niet uit artikel 6 EVRM wordt afgeleid¹⁰³⁶.

In de Straatsburgse jurisprudentie wordt onderkend dat het recht van de verdachte om zichzelf te verdedigen en het recht zich door een raadsman te laten bijstaan niet twee gelijkwaardige alternatieven zijn, maar dat deze ieder een eigen procesuele functie hebben. In tegenstelling tot de hiervoor geconstateerde ontwikkeling in Nederland, waarin vrij gemakkelijk wordt aangenomen dat bevoegdheden van de verdachte ook door uitsluitend de raadsman kunnen worden uitgeoefend, wordt in de Straatsburgse jurisprudentie steeds per geval onderzocht of door een beknotting van de verdedigingsbevoegdheden de effectiviteit van de verdediging wordt aangetast. Dat betekent dat niet in alle gevallen bevoegdheden van de verdachte en raadsman zo maar inwisselbaar zijn. Van een dergelijke genuanceerde benadering is in de Nederlandse strafrechtspleging geen sprake. Indien de raadsman de verdedigingsbevoegdheden heeft kunnen uitoefenen dan wordt ervan uitgegaan dat formeel is tegemoetgekomen aan de rechten van de verdediging, ook al is het duidelijk dat de effectiviteit van de verdediging wordt opgeofferd aan het opsporings- en vervolgingsbelang of aan de efficiency van de rechtspleging.

De nieuwe regeling dat in cassatieprocedures een door de advocaat in te dienen cassatieschriftuur een voorwaarde is voor de ontvankelijkverklaring van het cassatieberoep¹⁰³⁷ vertoont veel gelijkenis met de situatie in de zaken Boner en Maxwell¹⁰³⁸. In deze zaken hadden advocaten hun rechtsbijstand in een appelprocedure geweigerd omdat zij volgens hun gedragsregels geen instructies van cliënten mogen accepteren die geen enkele kans van slagen hebben, omdat zij geen tijd mogen verkwisten van rechtbanken met het aandragen van argumenten waarvan zij weten dat deze geen doel zullen treffen. Het EHRM was desalniettemin van oordeel dat Boner en Maxwell in het belang van de rechtspleging wel bijstand hadden moeten krijgen en achtte artikel 6 lid 3c EVRM geschonden. Nu wordt in de Nederlandse cassatieprocedure wel een advocaat toegevoegd, maar als deze zijn bijstand weigert met betrekking tot de indiening van een cassatieschriftuur omdat hij het cassatieberoep zinloos acht, dat komt de cliënt de facto in eenzelfde situatie te verkeren als Boner en Maxwell. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat Boner en Maxwell zelf de mogelijkheid hadden hun zaak in appel te presenteren. Ook dat is in Nederland niet mogelijk, immers procesvertegenwoordiging in cassatie is verplicht en het cassatieberoep wordt niet ontvankelijk verklaard als er geen schriftuur wordt ingediend. Het is maar zeer de vraag of deze regeling de toets van artikel 6 lid 3c EVRM kan doorstaan in een situatie dat

1036 EHRM 14-12-1999, Dougan, nr. 44738/98, Hudoc; EHRM 02-05-2000, Condron, nr. 35718/97, Hudoc.

1037 Zie § 2.4.10.1.

1038 EHRM 28-10-1994, Boner, A 300-B; EHRM 28-10-1994, Maxwell, A 300-C.

de advocaat weigert een schriftuur in te dienen. Zoals uit de zaken Boner en Maxwell blijkt, worden de gevolgen van een dergelijke weigering aan de staat toegerekend: de nationale autoriteiten moeten ervoor zorgen dat hun processystemen in overeenstemming zijn met de eisen van artikel 6 lid 3 c EVRM.

Hoewel op het recht op vrij verkeer beperkingen zijn toegestaan is het maar zeer de vraag of het onderzoeksbelang hiervoor voldoende grondslag biedt. Collusiegevaar, dat kan ontstaan doordat advocaten van verschillende verdachten de verdediging coördineren of doordat advocaten hun cliënten wijzen op hun zwijgrecht, wordt door het EHRM niet als beperkingsgrond van het vrij verkeer aanvaard¹⁰³⁹. Het is dan ook twijfelachtig of de mogelijkheid op grond van artikel 50 lid 2 Sv het vrij verkeer te beperken omdat de advocaat de verdachte op de hoogte zou kunnen brengen van een omstandigheid waarvan hij in het belang van het onderzoek tijdelijk onkundig moet blijven, wel in overeenstemming is met de artikelen 6 en/of 8 EVRM¹⁰⁴⁰.

Wat het verschoningsrecht betreft heeft het EHRM benadrukt dat bij advocaten die zelf als verdachte worden aangemerkt een zorgvuldige en precieze procedure moet worden gehanteerd om het recht op vertrouwelijkheid van cliënten te waarborgen, bijvoorbeeld door de aanwezigheid van een onafhankelijk persoon bij de huiszoeking of het toezicht van een rechter op het scheiden van vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke gegevens. Door de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden zijn inbreuken op de vertrouwelijkheid van de contacten tussen advocaten en cliënten mogelijk, zonder dat de advocaat als verdachte wordt aangemerkt en vindt de schifting van vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke gegevens plaats door de officier van justitie. Of deze constructie in overeenstemming is met artikel 8 EVRM, zal nog moeten blijken.

¹⁰³⁹ Zie § 2.11.12.

¹⁰⁴⁰ Zie ook Prakken, Melai, suppl. 177, aant. 13 bij artikel 50 Sv.

Gedragrecht en het optreden van advocaten in strafzaken

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal worden nagegaan op welke wijze het tuchtrecht en de gedragsregels het optreden van advocaten in strafzaken normeren. Het doel van het onderzoek naar de betekenis van het advocatentuchtrecht voor het optreden in strafzaken is in de eerste plaats een inzicht te krijgen in de gedragsrechtelijke normen die van belang zijn voor het optreden van advocaten in strafzaken en vervolgens te bezien hoe deze normen zich verhouden tot de strafvorderlijke normering van het optreden van advocaten in strafzaken, welke normering in het vorige hoofdstuk is onderzocht.

Een aantal kwesties, dat mede betrekking heeft op de beroepsethiek van de advocaat in strafzaken, is al in de voorgaande hoofdstukken aan de orde gekomen, zoals de polarisering in de strafrechtspleging en de toenemende aandacht voor de ethische opstelling van de advocaat in strafzaken¹, het omgaan met de media², de tendens tot criminalisering van advocaten die in strafzaken optreden³, de helingsproblematiek in relatie tot de betaling van advocatenhonoraria⁴ en het vraagstuk van misbruik van bevoegdheden⁵. In dit hoofdstuk zal worden nagegaan of deze vraagstukken ook in de tuchtrechtspraak spelen en hoe deze daarin worden benaderd.

Hierna zal eerst kort de organisatie van de advocatuur en de tuchtrechtspraak worden beschreven, waarna besproken zal worden op welke materiële normen de tuchtrechtspraak is gebaseerd. Het grootste gedeelte van dit hoofdstuk wordt gevormd door een analyse van de tuchtrechtspraak die betrekking heeft op het optreden van advocaten in strafzaken. Deze jurisprudentie zal thematisch worden besproken. In de eerste plaats zal worden ingegaan op een aantal procedurele aspecten van de tuchtrechtspraak die met name voor advocaten die in strafzaken optreden relevant kan zijn, zoals de geheimhoudingsplicht in de tuchtprocedure, de positie van de officier van justitie en rechter als klagers en de mogelijkheid om in de tuchtprocedure tegen de advocaat gebruik te maken van onrechtmatig verkregen bewijs uit het strafrechtelijk onderzoek. Vervolgens zal de jurisprudentie worden besproken die betrekking heeft op de relatie tussen de advocaat en zijn (verdachte) cliënt. Daarna wordt de tuchtrechtspraak besproken over gedragingen van de advocaat die de waarheidsvinding in het strafproces beïnvloeden. Daarop zal de vrijheid van de advocaat de verdediging te voeren op een wijze die hem-

¹ § 1.10.5; § 1.11.1.

² § 1.11.3.

³ § 1.12 e.v.

⁴ § 1.12.5.1-§ 1.12.5.2.

⁵ § 1.11.2 en § 2.7-§ 2.7.5.

zelf goed dunkt aan de orde komen en de contacten met de media. Tot slot zal de positie van de advocaat worden besproken, die zelf betrokken raakt bij strafbare feiten of daarvan verdacht wordt.

3.2 De organisatie van de advocatuur en de tuchtrechtspraak

Bij de invoering van de Advocatenwet op 1 oktober 1952⁶ is het stramien bepaald voor de huidige organisatie van de advocatuur en de tuchtrechtspraak. Voorheen was de Nederlandse Advocaten-Vereeniging een privaatrechtelijke organisatie waarvan individuele advocaten vrijwillig lid konden zijn en werd de tuchtrechtspraak door de Raden van Toezicht en Discipline in de diverse arrondissementen uitgeoefend op basis van het Reglement III behorende bij artikel 19 RO⁷.

Door de invoering van de Advocatenwet is de Nederlandse Orde van Advocaten, waarvan alle advocaten die in Nederland zijn ingeschreven van rechtswege deel uitmaken, een publiekrechtelijk lichaam geworden als bedoeld in artikel 134 Grondwet en vormen de advocaten die bij eenzelfde rechtbank zijn ingeschreven de Orde van Advocaten in het arrondissement⁸. De landelijke Orde wordt bestuurd door de Algemene Raad van 9 leden, onder wie de deken, en het College van Afgevaardigden waarvan de leden worden gekozen door de plaatselijke Orden. Het College van Afgevaardigden kan verordeningen uitvaardigen in het belang van de goede uitoefening van de praktijk, die de leden van de Orde binden⁹. De plaatselijke Orden van Advocaten worden bestuurd door een Raad van Toezicht onder wie de deken. Besluiten van het College van Afgevaardigden, de Algemene Raad of andere organen van de Orde kunnen bij koninklijk besluit worden vernietigd. Dit kan gebeuren indien verordeningen regelingen inhouden waarin door of krachtens de wet is voorzien of die treden in aangelegenheden die zich niet lenen voor algemene voorzieningen¹⁰. Door van de Orde een publiekrechtelijk lichaam te maken is de onafhankelijkheid ten opzichte van de overheid gegarandeerd, maar door de vernietigingsbevoegdheid van de kroon is een zeker toezicht op de verordeningen dus niet uitgesloten.

De tuchtrechtspraak in eerste aanleg wordt uitgeoefend door de Raden van Discipline die zijn gevestigd in ieder hofressort en die bestaan uit de voorzitter, die uit de zittende magistratuur door de Kroon wordt benoemd en advocaatleden die worden gekozen door het College van Afgevaardigden¹¹. In hoger beroep oordeelt het Hof van Discipline dat in Utrecht is gevestigd en bestaat uit twee kamers met drie door de Kroon benoemde leden uit de zittende magistratuur (waaronder

6 Wet van 23 juni 1952, Stb. 365.

7 Zie voor historische overzichten die verder teruggaan: Verpalen 1971, m.n. p. 24-38; Wackie Eysten 1991, p. 107-129, met name de literatuurverwijzingen op p. 107-110; Van Peski 1995, p. 98-111 en Henssen 1998, m.n. hoofdstuk 1 en 2.

8 Art. 17 Advocatenwet.

9 Art. 29 Advocatenwet. Zie voor een overzicht van de verordeningen: Vademecum Advocatuur, Wet- & regelgeving 2000.

10 Art. 29 lid 2 Advocatenwet.

11 Art. 46b Advocatenwet.

de voorzitter) en twee door het College van Afgevaardigden gekozen advocaatleden¹². De indiening van de klacht moet geschieden bij de plaatselijk deken, die een soort zeeffunctie vervult en een bemiddelingstaak heeft¹³. Kan er geen minnelijke schikking worden bereikt of is bij voorbaat duidelijk dat hiertoe geen mogelijkheden bestaan, dan dient de deken de klacht door te zenden naar de Raad van Discipline¹⁴. De klager kan ook verzoeken hiertoe onmiddellijk over te gaan¹⁵. Verder kan de deken ook ambtshalve, als hij op de hoogte is gebracht van bezwaren tegen een advocaat, een klacht indienen bij de Raad van Discipline¹⁶. Op grond van artikel 48 lid 2 van de Advocatenwet kan de tuchtrechter, als de bezwaren tegen de advocaat gegrond worden geacht, de volgende maatregelen opleggen: enkele waarschuwing; berisping; schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van ten hoogste een jaar; of schrapping van het tableau. Op de tuchtrechtelijke procedure wordt hier verder niet ingegaan omdat dit voor het onderzoek niet relevant is en omdat deze elders al uitvoerig is beschreven. Waar nodig zal naar deze literatuur worden verwezen¹⁷.

3.3 De materiële normen van gedragsrecht

Vóór de invoering van de Advocatenwet waren de 'eer en stand' van de advocatuur en 'de wering en beteugeling van misslagen' de centrale normen voor de tuchtrechtspraak op grond van Reglement III ex artikel 19 RO¹⁸. Om aan deze open norm wat meer inhoud te geven worden in 1921 door de Nederlandse Advocaten-Vereeniging de zogenaamde Eereregelen gepubliceerd, de: 'Ontwerp-verzameling Eereregelen voor de advocaten'¹⁹ die voor een belangrijk deel steunen op tuchtrechtelijke jurisprudentie. Dat het in deze Eereregelen vooral te doen is om de bescherming van de 'stand' van de advocatuur blijkt wel uit de eerste regel waarin staat "dat de advocaat er zich voor heeft te hoeden geen andere be-roepen uit te oefenen, die algemeen geacht worden van lagere 'standing' te zijn dan de advocatuur". Bovendien moet de advocaat zich onthouden van daden "die naar buiten aanstoot geven". Verder bevatten deze Eereregelen een verbod op het maken van reclame en een aantal regels voor de verhouding tussen de advocaat en de cliënt waaronder voornamelijk financiële regels, de verplichting de cliënt op de hoogte te houden van de zaak en de geheimhoudingsplicht. Tegenover de

12 Art. 51 Advocatenwet.

13 Art. 46c Advocatenwet.

14 Art. 46d Advocatenwet.

15 Art. 46e Advocatenwet.

16 Art. 46f Advocatenwet.

17 Zie Mols en Malherbe 1990, p. 7-23; De Roos, *Vademecum Strafzaken*, suppl. 83, 2.8-2.12 en Boekman 1998, p. 27-51. Zie voor een onderzoek naar het functioneren van de tuchtrechtspraak: Doornbos en De Groot-Van Leeuwen 1997.

18 Art. 11 van Reglement III hield kort samengevat in dat de Raad van Toezicht en Discipline belast was met de zorg voor de eer van de stand van de advocaten en inbreuken en misslagen van advocaten moest beteugelen. Hiertoe konden de straffen worden opgelegd van waarschuwing, berisping of schorsing.

19 Advocatenblad 1921, p. 45-29.

rechterlijke macht dient de advocaat respect te tonen en dient hij zich te onthouden van elke feitelijke mededeling "aan welker waarheid hij niet gelooft".

Bij de invoering van de Advocatenwet worden in artikel 46 Advocatenwet de centrale normen vastgelegd waaraan in de tuchtrechtspraak wordt getoetst. Hierin komen de elementen van de bestaande tuchtrechtspraak op basis van Reglement III weer in terug. Artikel 46 luidt in 1952²⁰:

"De tuchtrechtspraak heeft ten doel het weren en beteugelen van inbreuken op verordeningen van de Nederlandse orde en op de eer van de stand der advocaten en van misslagen door hen begaan in de uitoefening van de praktijk".

Gelet op de open normen van artikel 46 Advocatenwet blijft de behoefte aan uitwerking ervan in concretere gedragsregels bestaan. Deze gedragsregels worden gezien als een neerslag van de opvattingen hoe advocaten zich hebben te gedragen en zijn in de loop der tijd al naar gelang deze opvattingen zich wijzigden mee geëvolueerd. De 'Ontwerp-verzameling Eereregelen voor de advocaten' van 1921, die al een keer is aangepast in 1939 in de 'Ontwerp herziene Ereregelen', wordt in 1968 herzien en uitgegeven als 'Ereregelen 1968'. De Ereregelen 1968 worden in 1980 opnieuw gewijzigd en omdat de term 'ereregelen' niet meer bij de tijd wordt geacht, omgedoopt tot Gedragsregels voor advocaten 1980. In deze gedragsregels komt voor het eerst een expliciete bepaling voor die betrekking heeft op een partijdige belangenbehartiging. In regel 5 van de Gedragsregels 1980 staat vermeld dat het belang van de cliënt en niet enig eigen belang van de advocaat, bepalend is voor de wijze waarop de advocaat zijn zaken dient te behartigen. Hiermee wordt de verschuiving zichtbaar in de opvattingen over welke belangen door de tuchtrechtspraak zouden moeten worden gediend: nadat in eerste instantie het zwaartepunt lag op de instandhouding van de 'eer van de stand der advocaten' die voornamelijk het groepsbelang van de advocatuur zelf diende, komt na verloop van tijd het zwaartepunt steeds meer te liggen op normen voor een goede beroepsuitoefening, waarbij de zorg voor de cliënten centraal staat. Mede met het oog hierop is artikel 46 Advocatenwet bij wet van 12 september 1984²¹, ingevoerd op 1 februari 1986, als volgt gewijzigd:

"Advocaten zijn aan tuchtrechtspraak onderworpen ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met de zorg die zij als advocaat behoren te betrachten ten opzichte van degenen wier belangen zij als zodanig behartigen of behoren te behartigen, ter zake van inbreuken op verordeningen van de Nederlandse Orde en ter zake van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt (...)"²².

20 Wet van 23 juni 1952, Stb. 365.

21 Stb. 1994, 417.

22 Bij dezelfde wijziging werd ook de tuchtprocedure ingrijpend gewijzigd, onder andere doordat de tuchtrechtspraak in eerste aanleg niet meer plaatsvond door de plaatselijke Raden van Toezicht, maar door de Raden van Discipline, zoals hiervoor in § 3.2 beschreven. Bovendien werd aan de klager de mogelijkheid geboden om hoger beroep in te stellen bij het Hof van Discipline. Zie voor een overzicht van de wijzigingen: Boekman 1998, p. 1-3 en de Memorie van Toelichting TK 1979-1980, 16 094, nr. 3.

Ten aanzien van deze wijziging wordt in de Memorie van Toelichting opgemerkt dat de omschrijving van het doel van de tuchtrechtspraak in het oude artikel 46 niet meer beantwoordt aan de functie die de advocaat in het huidige maatschappelijke bestel inneemt:

"Niet «de eer van de stand der advocaten» maar de waarborg van een behoorlijke beroepsuitoefening met het oog op de belangen van de rechtzoekende is de primaire doelstelling van de tuchtrechtspraak"²³.

In de Memorie van Antwoord benadrukt de minister dat de wettelijke regeling van het tuchtrecht voor vertrouwensberoepen, anders dan de beoefenaren van de vrije beroepen zelf wel eens lijken te veronderstellen, niet wordt beschouwd als een recht ten behoeve van de beroepsgroep als zodanig. Voorzover het tuchtrecht betrekking heeft op verkeer tussen beroepsgenoten onderling moeten aanwijsbare openbare belangen een rol spelen. Het tuchtrecht neemt in de verhouding tussen advocaat en cliënt ook niet de plaats in van het privaatrecht²⁴. Indien de vrije beroepsbeoefenaar in zijn verplichtingen tegenover de cliënt tekortschiet, dan schaaft hij niet alleen de particuliere (rechts)belangen van de cliënt, maar ook het publieke belang bij een goede beroepsuitoefening. Dat belang staat in het publiekrechtelijk geregelde tuchtrecht centraal. Dat door de tuchtrechtspleging aan cliënten genoegdoening kan worden verschaft en hierdoor het vertrouwen in de beroepsgroep wordt versterkt, is slechts een nevenoverweging. Kortom, het tuchtrecht mag niet worden gebruikt voor de handhaving van interne groepsregels en afspraken, waarbij het openbare belang niet in het geding is en is ook niet bedoeld als rechtsgang waarin wordt geoordeeld over de privaatrechtelijke verhouding tussen de beroepsbeoefenaren en hun cliënten. Daarbij zal – in het kader van het openbaar belang – bij de advocatuur in het bijzonder moeten worden gelet op de onafhankelijkheid van de rechtshulpverlener tegenover de regulerende en

23 Memorie van Toelichting TK 1979-1980, 16 094, nr. 3, p. 3.

24 Zie voor tuchtrechtelijke jurisprudentie hierover Boekman 1998, p. 14. De privaatrechtelijke verhouding tussen advocaat en cliënt is een overeenkomst van 'opdracht' in Boek 7, Titel 7. Dit is een overeenkomst waarbij de opdrachtnemer diensten verricht voor een opdrachtgever die uit iets anders bestaan dan een werk van stoffelijke aard. Kenmerkend is verder dat er sprake is van een gelijkwaardige rechtsverhouding in die zin dat de opdrachtnemer niet in dienst is van de opdrachtgever en dat de opdrachtnemer die op redelijke gronden niet bereid is de opdracht volgens de hem gegeven aanwijzingen uit te voeren, de overeenkomst kan opzeggen wegens gewichtige redenen. De opdrachtgever is te allen tijde bevoegd de overeenkomst op te zeggen. Titel 7 van Boek 7 BW bevat verder een aantal bepalingen over de verplichtingen van de opdrachtgever (o.a. betaling van loon) en de opdrachtnemer. Voor de opdrachtnemer is met name de zorgplicht bij het vervullen van zijn opdracht van belang, waaronder een verplichting tot informatie van de opdrachtgever, het afleggen van rekening en verantwoording, maar afhankelijk van de omstandigheden ook een waarschuwingsplicht of een plicht om bij twijfel over de uitvoering van bepaalde werkzaamheden overleg te plegen met de opdrachtgever. Deze bepalingen zijn met name van belang voor de civiele aansprakelijkheid van advocaat en cliënt over en weer. Zie Wessels 1994 en Castermans, Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek 1998, de aant. bij de art. 7:400-7:408.

controlerende overheid, omdat met de verzekering van deze onafhankelijkheid een voorwaarde voor een onpartijdig en eerlijk proces is gemoeid²⁵.

Tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt dat de laatste zinsnede van de eerste volzin van artikel 47 Advocatenwet "en ter zake van enig handelen dat een behoorlijk advocaat niet betaamt", gelet op de strekking van de eerste twee criteria, namelijk de zorg voor de cliënten en het naleven van de verordeningen, eigenlijk overbodig is. Dit wordt door de minister beaamd. Deze zinsnede is volgens de minister aan de omschrijving toegevoegd als een aanvullend criterium, dat zou kunnen worden gebruikt wanneer de toepasselijkheid van het wat specifiek omschreven hoofdcriterium (zorg voor de cliënten) twijfelachtig zou blijken. De minister laat deze zinsnede vallen en vervangt deze door "ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met het belang van een behoorlijke rechtshulpverlening"²⁶. In het Eindverslag²⁷ wordt hierop echter teruggekomen omdat door de wijziging van deze zinsnede derden (rechter, tegenpartij) niet meer over gedragingen van advocaten zouden kunnen klagen. Naar aanleiding van deze opmerkingen vult de minister de in de Memorie van Antwoord geformuleerde materiële normen, waaraan de gedragingen van advocaten tuchtrechtelijk moeten worden getoetst, aan, door te stellen dat ook gedragingen tegenover derden onder het *tuchtrecht dienen te vallen, echter alleen voorzover deze gedragingen het openbaar belang bij een goede beroepsuitoefening raken*. Om hierover geen misverstanden te laten bestaan wordt de oorspronkelijke formulering "en ter zake van enig handelen dat een behoorlijk advocaat niet betaamt" weer in artikel 46 opgenomen²⁸.

Na deze wijziging van de Advocatenwet zijn de Gedragsregels 1980 weer aan wijziging toe en in het kader hiervan ontstaat een discussie over de vraag of de gedragsregels, nu deze ook regels bevatten die betrekking hebben op interne beroepsregels waarvan het twijfelachtig is of deze in het openbare belang zijn (bijvoorbeeld regels over de overname van cliënten), niet in de vorm van een verordening moeten worden gegoten²⁹. Daarbij wordt gesteld dat door de wijziging van artikel 46 Advocatenwet dit soort regels niet meer onder het tuchtrecht vallen. Met name Pot is voorstander van een verordening, ook omdat de open formulering 'handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt' in strijd zou zijn met het *lex certa* beginsel van artikel 7 EVRM en de gedragsregels, zolang zij niet in een verordening zijn gegoten, geen bindende regels zijn³⁰. De

25 Memorie van Antwoord TK 1981-1982, 16 094, nr. 6, p. 3 en 4.

26 Memorie van Antwoord TK 1981-1982, 16 094, nr. 6, p. 4.

27 Eindverslag TK 1982-1983, 16 094, nr. 9, p. 1-2.

28 Nota naar aanleiding van het eindverslag TK 1982-1983, 16 094, nr. 10, p. 1-2.

29 Deze discussie is ook bij de invoering van de Gedragsregels 1980 gevoerd. Uiteindelijk is hiertoe niet overgegaan omdat een dergelijke vormgeving het gedragsrecht te zeer zou fixeren en te weinig ruimte zou laten voor de rechtsvinding van de tuchtrechter, zie voor overzicht van deze discussie: Van Peski 1995, p. 105. Overigens is in het rapport van de interdepartementale werkgroep domeinmonopolie advocatuur van 27 juni 1995, in de wandelgangen Rapport Cohen genoemd, weer voorgesteld de gedragsregels in een verordening op te nemen.

30 Pot 1989 I.

meesten hebben echter bezwaren tegen het vastleggen van de gedragsregels in een verordening, omdat de gedragsregels die betrekking hebben op interne beroepsregels steeds ook in het algemeen belang zijn³¹ en omdat een dergelijke codificatie de tuchtrechter te veel aan banden zou leggen³². Een van de argumenten die Pot gebruikt voor de noodzaak van codificatie van de gedragsregels is, dat het advocatentuchtrecht als strafrecht moet worden aangemerkt³³ en dus ook de normen die overtreden kunnen worden nauwkeurig moeten worden omschreven. Dat het advocatentuchtrecht een vorm van strafrecht is, zijn de meesten echter niet met hem eens. Boekman komt op grond van een analyse van de Straatsburgse jurisprudentie tot de conclusie dat het advocatentuchtrecht niet kan worden beschouwd als een 'criminal charge' en acht evenmin de grondbeginselen van het strafrecht op het tuchtrecht van toepassing³⁴. Zo geldt volgens haar het codificatiebeginsel niet³⁵ en evenmin het 'geen straf zonder schuld' beginsel of het nemo tenetur beginsel. Advocaten kunnen ook gestraft worden als een bepaalde handeling hen niet (geheel) valt toe te rekenen en zijn verplicht om medewerking te verlenen in een tuchtrechtelijke procedure³⁶. Ook de Roos is van mening dat het advocatentuchtrecht geen strafrecht is en ook geen semi-strafrecht zoals bijvoorbeeld het militaire tuchtrecht. Daarvoor ligt volgens hem het accent te veel op het belang van het aanzien van de beroepsgroep, van het bewaken van een goede rechtshulpverlening en het handhaven van werkbare verhoudingen binnen de beroepsgroep. Ook hij constateert dat de inrichting van het tuchtproces hemelsbreed verschilt met het strafproces en dat in het tuchtproces het uitgangspunt geldt dat de beklaagde advocaat gehouden is mee te werken aan het onderzoek dat naar aanleiding van de klacht wordt ingesteld³⁷.

De Commissie Bitter, die zich heeft beziggehouden met de herziening van de Gedragsregels 1980 heeft zich op het standpunt gesteld dat de gedragsregels niet

31 Meeter 1989.

32 Van Son 1989; Boekman 1998, p. 181 en Van Peski 1995, p. 104.

33 Ook De Doelder 1981, p. 130 en 202, is van mening dat in de tuchtprocedure een accusatoire procesvorm zou moeten worden gehanteerd en dat de beschuldigde in het tuchtrecht over minimaal net zoveel garanties moet kunnen beschikken als in het strafproces. Daarom is volgens De Doelder de beklaagde in het tuchtproces niet verplicht enige actieve steun te verlenen aan zijn proces,

34 Zie in dit verband ook M. Leijten 1991, p. 156 e.v. Zij komt tot de conclusie dat artikel 6 lid 1 EVRM weliswaar van toepassing is op de tuchtprocedure, maar dat het zeer zelden voorkomt dat de tuchtzaak kan worden gekarakteriseerd als criminal charge. Het EHRM hanteert hiervoor autonome criteria zoals: het strafrechtelijke karakter van het vergrijp en het doel en de zwaarte van de sanctie.

35 Zij verwijst hierbij naar het arrest van het EHRM 26-11-1991, Ezelin, NJ 1992, 455, § 45, waarin het EHRM oordeelt dat een disciplinaire maatregel die gebaseerd is op een algemene norm in het advocatentuchtrecht, in het kader van een toetsing aan artikel 11 EVRM, voldoet aan de vereisten van 'prescribed by law'. Dommering concludeert in zijn noot dat uit dit arrest kan worden afgeleid dat de wettelijke basis voor tuchtrechtelijke sanctionering van advocaten in Nederland (art. 46 Advocatenwet) de 'prescribed by law'-test doorstaat.

36 Boekman 1998, p. 178-183.

37 De Roos, *Vademecum Strafbzaken*, suppl. 83, 2.1.1. Zie in dit verband ook Van Heloma Lugt 1998, p. 51-52.

in een verordening moeten worden vastgelegd³⁸. Ook de thans geldende Gedragsregels 1992 hebben geen bindende kracht in die zin, dat het handelen in strijd met een van de gedragsregels op zichzelf tuchtrechtelijk laakbaar is³⁹. De gedragsregels bevatten wel richtlijnen voor de praktijkuitoefening, die een rol spelen bij de toetsing van de tuchtrechter aan de normen van artikel 46 Advocatenwet.

Dit betekent dat het advocatentuchtrecht vooral rechtersrecht is waarbij de Raden van Discipline en het Hof van Discipline, afgezien van het overtreden van verordeningen, aan de hand van de open normen van artikel 46 Advocatenwet van geval tot geval oordelen of er tuchtrechtelijk laakbaar is gehandeld. Daarbij staat steeds meer het belang van de cliënt centraal⁴⁰, maar ook gedrag tegenover derden, zoals het openbaar ministerie, de rechter, het slachtoffer of de getuige, valt onder het bereik van de tuchrechtspraak⁴¹.

Naast artikel 46 Advocatenwet bevat artikel 10 Advocatenwet een norm voor de uitoefening van de praktijk. Dit artikel luidt:

“De advocaten oefenen de praktijk uit overeenkomstig de bevoegdheden en vereisten, bij de Wetboeken van Burgerlijke Rechtsvordering en Strafvordering en bij de bijzondere wetten en besluiten gegeven en gevorderd, en overeenkomstig deze wet en de daarop berustende verordeningen en besluiten”.

Hieruit kan worden afgeleid dat de advocaat gebonden is aan de processuele voorschriften van het Wetboek van Strafvordering.

Ook de advocateneed kan als een norm worden gezien voor het optreden van advocaten, al bestaat over de inhoud van de norm geen overeenstemming. Deze eed luidt: “Ik zweer/beloof getrouwheid aan de Koning, gehoorzaamheid aan de Grondwet, eerbied voor de rechterlijke autoriteiten, en dat ik geen zaak zal aanraden of verdedigen, die ik in gemoede niet gelove rechtvaardig te zijn”. Met name de betekenis van de passage dat de advocaat ‘geen zaak zal aanraden of verdedigen die hij in gemoede niet gelove rechtvaardig te zijn’ leidt tot discussies⁴². Door Jacobs en Kaptein wordt in deze passage van de eed een norm van publieke verantwoordelijkheid van de advocaat gezien, hetgeen voor het optreden in strafzaken zou betekenen dat een advocaat er niet aan zou mogen meewerken dat een schuldige cliënt de (strafrechtelijke) dans ontspringt⁴³. Quant daarentegen

38 Wel heeft de commissie getoetst of de gedragsregels in het openbaar belang zijn en een goede rechtshulpverlening bevorderen. Regels die uitsluitend in het belang van de advocatuur waren, zijn geschrapt: zie Ten geleide, Gedragsregels voor advocaten 1992, Vademecum Advocatuur, Wet- & regelgeving, 2000, p. 222 en de toelichting bij de regels 13 (over confraterniele correspondentie), 18 (de geldelijke afwikkeling van zaken) en 22 (de overname van zaken).

39 Zie voor een geval waarin het HvD heeft uitgemaakt dat het handelen van de advocaat moet worden getoetst aan artikel 46 Advocatenwet en niet aan de gedragsregels HvD 28-08-1989, Advocatenblad 1990, p. 418.

40 Zie voor een bespreking van deze ontwikkeling § 1.11 en § 1.11.1.

41 Zie ook de Inleiding bij de Gedragsregels voor advocaten 1992, Vademecum Advocatuur, Wet- & regelgeving 2000, p. 224 e.v.

42 Zie § 1.11.1.

43 Jacobs 1995; Kaptein 1995 I.

beschouwt desbetreffende passage van de eed juist als een legitimatie van de vrijheid van de advocaat om in iedere zaak die hij rechtvaardig acht met wettige middelen in het belang van de cliënt te strijden⁴⁴. De Roos ziet in de eed niet meer dan een verplichting van de advocaat om binnen de grenzen van de rechtsstaat zijn taak uit te oefenen en volgens hem geeft de hiervoor aangehaalde passage uit de eed geen informatie over gedragsregels en beroepsethiek van de advocaat⁴⁵.

3.4 Internationale gedragscodes

Naast de Nederlandse Gedragsregels voor advocaten zijn er ook internationale gedragscodes voor advocaten. In het vorige hoofdstuk is al verwezen naar de in 1990 te Havana aanvaarde VN-resolutie 'Basic principles on the Role of Lawyers'⁴⁶. De CCBE⁴⁷, waarin de balies van de Europese Gemeenschap zijn vertegenwoordigd en die in het leven is geroepen om de gedragsregels van advocaten binnen de Europese Gemeenschap te coördineren en te harmoniseren, heeft een Gedragscode voor de advocaten van de Europese Gemeenschap opgesteld, waarvan de laatste versie is aanvaard op 28 november 1998⁴⁸. Overeengekomen is dat de nationale balies hun gedragscodes met deze Europese gedragscode zoveel mogelijk in overeenstemming brengen. De Europese Code is bedoeld om uniforme regels vast te stellen die voor iedere advocaat in de Europese Gemeenschap gelden bij zijn grensoverschrijdende activiteiten en moeilijkheden te voorkomen die voortvloeien uit de toepassing van twee stelsels van gedragsregels, zoals bepaald in artikel 4 van de EG-Richtlijn 77/249 van 22 maart 1977. Deze richtlijn heeft betrekking op de vergemakkelijking van het vrij verkeer van diensten verleend door advocaten binnen de EG en bevat een regeling op welke wijze advocaten in andere lidstaten dan waar zij zijn gevestigd werkzaam kunnen zijn⁴⁹. Artikel 4 lid 2 van deze Richtlijn bepaalt dat de advocaat bij de uitoefening van deze werkzaamheden de beroepsregels van de lidstaat van ontvangst in acht moet nemen, onverminderd de verplichtingen waaraan hij in de lidstaat van herkomst dient te voldoen. De CCBE heeft in de resolutie van Bordeaux van 21 april 1978 op zich

44 Quant 1998.

45 De Roos, *Vademecum Strafbzaken*, suppl. 83, 2.1. Zie ook Christopoulos 1999, die in de eed leest dat de advocaat dient te bedenken dat hij bij de uitoefening van zijn beroep gebonden is aan de grenzen die de wet hem daarbij stelt. Overigens ziet Christopoulos in de eed, gelet op de vage normering die hiervan uitgaat en het ontbreken van sanctiëring van overtreding van de eed, niet meer dan een algemene richtlijn voor het gewetensvol functioneren van de advocaat.

46 Basic Principles on the Role of Lawyers, adopted by the Eight Crime Congress, Havana, 7 september 1990, bekrachtigd door Resolutie 45/121 van de Algemene Vergadering van de VN d.d. 14 december 1990, ook gepubliceerd in *NJB* 1990, p. 1881. Zie § 2.11.

47 Commission Consultative des Barreaux de la Communauté Européenne.

48 Code of Conduct for lawyers in the European Union, November 28th, 1998, *Vademecum Advocatuur*, Wet- & regelgeving 2000, p. 257-273. Een eerdere versie van deze Code of Conduct dateert van 28 oktober 1988 en daaraan vooraf ging de Verklaring van Perugia, opgesteld door de CCBE in haar vergadering van oktober 1976 te Perugia Italië en vastgesteld in 1977.

49 Zie voor de Nederlandse uitvoering van deze richtlijn de art. 16a-16f Advocatenwet.

genomen te bemiddelen bij fundamentele verschillen van inzicht tussen de verschillende tuchtrechtelijke autoriteiten van de lidstaten en daartoe een Raad van Advies en Arbitrage in het leven geroepen⁵⁰.

Een bijzondere plaats nemen de gedragscodes in voor advocaten die optreden als verdedigers van aangeklaagden voor de internationale tribunalen, het Joegoslavië Tribunaal (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY⁵¹) en het Ruanda Tribunaal (International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR⁵²). Zowel het ICTY als het ICTR hebben een gedragscode voor advocaten die voor de tribunalen optreden uitgevaardigd waarin onder andere de relatie met de cliënt, de onafhankelijkheid en de geheimhoudingsplicht is geregeld en waarin ook voorschriften zijn gegeven hoe de advocaat zich heeft op te stellen ten aanzien van het tribunaal. Omdat de tribunalen een procedure hanteren die gebaseerd is op de Anglo-Amerikaanse accusatoire processystemen, worden aan advocaten ook verplichtingen opgelegd met betrekking tot de presentatie van bewijs⁵³. Bovendien kunnen de tribunalen aan de advocaten sancties opleggen indien de advocaat zich misdraagt⁵⁴.

Verder kan nog worden gewezen op de International Code of Ethics en de General Principles for Ethics of Lawyers van de International Bar Association⁵⁵.

Deze internationale gedragscodes benadrukken de onafhankelijkheid van de advocatuur, het belang van het publieke vertrouwen in de integriteit van de advocatuur en bevatten overigens regels die vergelijkbaar zijn met de Nederlandse Gedragsregels. Voorzover van belang, zal bij de bespreking van de Gedragsregels 1992, worden verwezen naar de overeenkomstige bepalingen in de internationale gedragscodes.

50 Resolutie 3 oktober 1974, editie 1978, opgenomen in S&J Advocatenwet.

51 Ingesteld door de Veiligheidsraad van de VN op 25 mei 1993 bij resolutie 827 (1993), zie voor informatie en officiële documenten de website van ICTY: <<http://www.un.org/icty/>>.

52 Ingesteld door de Veiligheidsraad van de VN op 8 november 1994 bij resolutie 955 (1994), zie voor informatie en officiële documenten de website van de ICTR: <<http://www.icttr.org/>>.

53 Volgens Rules 13 en 14 van de Code of Professional Conduct for Defence Counsel ICTY en ICTR mag de advocaat geen bewijs presenteren waarvan hij weet dat de inhoud daarvan feitelijk onjuist is en is de advocaat verantwoordelijk voor de "integrity of evidence".

54 Zie bijvoorbeeld Rule 46 en Rule 77 van de Rules of procedure and evidence ICTY. Op grond van Rule 77 en Rule 77bis kan het tribunaal de advocaat die zich misdraagt of die niet handelt conform de procedureregels wegens 'Contempt of the Tribunal' veroordelen tot gevangenisstraf en/of een geldboete. Het ICTY heeft reeds advocaten wegens 'Contempt of the Tribunal' veroordeeld: ICTY 31-01-2000, Milan Vujin, in de zaak van Tadic, IT-94-I-A-R77.

55 International Code of Ethics van de International Bar Association (IBA) waarvan de eerste editie is aanvaard in 1956 en de laatste editie dateert van 1988. In de Editie Schuurman & Jordens 39, Advocatenwet, 6e druk uit 1993 is een editie uit 1986 opgenomen. Deze editie is identiek aan die van 1988, met dien verstande dat in 1988 regel 21 is toegevoegd waarin staat: "It is not unethical for lawyers to limit or exclude professional liability subject to the rules of their local Bar Association and to there being no statutory or constitutional prohibitions". De General Principles for Ethics of Lawyers van de IBA dateren van 1995 en zijn te raadplegen via de internetsite van de IBA, <<http://www.ibanet.org/>>.

3.5 De uitgangspunten van Gedragsregels voor advocaten 1992

Uit de Inleiding op de Gedragsregels 1992⁵⁶ kan worden afgeleid dat aan de gedragsregels vier uitgangspunten ten grondslag liggen die van belang zijn voor de uitoefening van de taak van de advocaat:

1. Gelet op zijn primaire functie, het verlenen van advies en bijstand aan cliënten is zijn *principiële partijdigheid* het eerste uitgangspunt. Dit houdt mede in dat de advocaat zich moet onthouden van het behartigen van tegenstrijdige belangen en dat de advocaat zich onafhankelijk moet opstellen en zich niet moet laten beïnvloeden door andere belangen of enig eigen belang⁵⁷.
2. Het tweede uitgangspunt heeft betrekking op de verhouding tot de cliënt. Hierbij staat de *vertrouwensrelatie* centraal. De handhaving van de geheimhoudingsplicht en de gebruikmaking van het verschoningsrecht staan in het teken van deze vertrouwensrelatie⁵⁸.
3. Het derde uitgangspunt is een *goede kwalitatieve dienstverlening* aan de cliënt, hetgeen de verplichting met zich meebrengt de voor de rechtsbijstand benodigde kennis te vergaren en te onderhouden en zonodig de cliënt door te verwijzen als deze kennis niet voorhanden is⁵⁹.
4. Het laatste uitgangspunt wordt gevormd door de rol die de advocaat vervult in de rechtsbedeling. Hij dient zich zodanig te gedragen dat een *goede rechtsbedeling* wordt bevorderd. Dit laatste uitgangspunt vormt een tegenwicht voor het eerste uitgangspunt, de principiële partijdigheid, want bij een goede rechtsbedeling zijn niet alleen de belangen van cliënten betrokken maar ook het openbaar belang bij een goede beroepsuitoefening en de belangen van derden. In het kader van zijn rol in de rechtsbedeling heeft de advocaat een

⁵⁶ Vademecum Advocatuur, Wet- & regelgeving 2000, p. 224 e.v.

⁵⁷ Regel 2.7 van de Gedragscode voor de advocaten van de Europese Gemeenschap bepaalt: "Subject to due observance of all rules of law and professional conduct, a lawyer must always act in the best interests of his client and must put those interests before his own interests or those of fellow members of the legal profession".

⁵⁸ In de Gedragscode voor de advocaten van de Europese Gemeenschap is hieromtrent in regel 2.3.1 bepaald: "It is of the essence of a lawyer's function that he should be told by his client things which the client would not tell to others, and that he should be the recipient of other information on the basis of confidence. Without the certainty of confidentiality there cannot be trust. Confidentiality is therefore a primary and fundamental right and duty of the lawyer. The lawyer's obligation of confidentiality serves the interest of the administration of justice as well as the interest of the client. It is therefore entitled to special protection by the State". Regel 14 van de International Code of Ethics van de IBA bepaalt: "Lawyers should never disclose, unless lawfully ordered to do so by the Court or as required by Statute, what has been communicated to them in their capacity as lawyers even after they have ceased to be the client's counsel. This duty extends to their partners, to junior lawyers assisting them and to their employees".

⁵⁹ Zie ook regel 3.1.2-3.1.4 van de Gedragscode voor de advocaten van de Europese Gemeenschap.

aantal privileges die hem de nodige vrijheid geven zijn taak goed te kunnen vervullen. Deze privileges mogen niet worden misbruikt omdat daardoor het vertrouwen in de advocatuur wordt geschaad, hetgeen niet in het openbaar belang is. Verder brengt een goede beroepsuitoefening met zich dat belangen van derden niet onnodig mogen worden geschaad⁶⁰.

In de Inleiding bij de Gedragsregels 1992 wordt erkend dat het vierde uitgangspunt wel eens tot een conflict van plichten kan leiden en dat soms het openbaar belang bij een behoorlijke beroepsuitoefening zal moeten wijken voor het belang van de cliënt⁶¹. Het vierde uitgangspunt bindt de partijdige belangenbehartiging aan beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit en houdt tevens in dat de belangenbehartiging alleen met rechtmatige middelen mag worden nagestreefd. Een oplossing voor wat een advocaat bij een conflict van plichten te doen staat, geven de gedragsregels niet, behalve dat de advocaat een in een dergelijk geval een zorgvuldige belangenafweging moet maken, waarbij hij advies kan inwinnen van de deken.

3.5.1 *De afzonderlijke gedragsregels*

De afzonderlijke gedragsregels zijn thematisch onderverdeeld in "Algemene regels"; "Verhouding tot de cliënt"; "Optreden in rechte"; "Betrekkingen tussen advocaten"; "Financiële regels" en "Enige praktijkregels".

De gedragsregels maken geen onderscheid voor het optreden van advocaten in verschillende rechtsgebieden, maar zijn algemeen geformuleerd. Sommige regels zijn echter meer geschreven voor de civiele praktijk dan voor de strafpraktijk, zoals bijvoorbeeld de regels die betrekking hebben op het "optreden in rechte", waarbij de regels 12 tot en met 15 (overlegging van stukken, correspondentie van schikkingsonderhandelingen etc.) het oog hebben op de civiele procesvoering. Ook veel regels die te maken hebben met de "betrekkingen tussen advocaten" zijn geschreven voor de civiele praktijk, zoals bijvoorbeeld regel 18, waarin het

60 Het overgrote deel van de International Code of Ethics van de IBA heeft met name betrekking op de positie van de advocaat in de rechtspleging, waarin vooral het handhaven van de 'honour and dignity of the profession', de onderlinge relaties tussen advocaten en het respect voor de gerechtelijke autoriteiten benadrukt worden. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de formulering van de verplichting tot partijdige belangenbehartiging in art. 10: "The loyal defense of a client's case may never cause advocates to be other than perfectly candid, subject to any right or privilege to the contrary which clients choose them to exercise, or knowingly to go against the law". Dezelfde nadruk wordt in regel 2 van de General Principles for Ethics of Lawyers van de IBA gelegd op de verplichtingen ten aanzien van het algemeen belang: "Lawyers shall treat the interests of their clients as paramount, subject always to their duties to the Court and the interests of justice, to observe the law and to maintain ethical standards".

61 Zie in dit verband ook de preambule van de Gedragscode voor de advocaten van de Europese Gemeenschap, waarin staat: "A lawyer must serve the interests of justice as well as those whose rights and liberties he is trusted to assert and defend and it is his duty not only to plead his client's cause but to be his advisor. A lawyer's function therefore lays on him a variety of legal and moral obligations (sometimes appearing to be in conflict with each other)".

de advocaat verboden wordt zich rechtstreeks met de tegenpartij in verbinding te stellen waarvan hij weet dat deze wordt bijgestaan door een advocaat. Hierna zullen alleen die regels worden weergegeven die relevant zijn voor het optreden van advocaten in strafzaken. Het is de bedoeling op deze plaats alleen een overzicht te geven van deze regels. De betekenis van deze regels zal, waar nodig, bij de bespreking van de tuchtrechtelijke jurisprudentie nader worden uitgediept.

3.5.1.1 *Algemene regels*

Wat de algemene regels betreft zijn de regels 1, 2 en 4 voor de strafpraktijk van belang waarin respectievelijk staat dat de advocaat zich zodanig dient te gedragen dat het vertrouwen in de advocatuur of in zijn eigen beroepsuitoefening niet wordt geschaad, dat hij dient te vermijden dat zijn vrijheid en onafhankelijkheid in de uitoefening van zijn beroep in gevaar zal komen en dat hij de hem opgedragen werkzaamheden zorgvuldig zal behandelen. Hieraan liggen de uitgangspunten van een goede rechtsbedeling, onafhankelijkheid en een goede kwalitatieve dienstverlening ten grondslag⁶². In de Gedragsregels 1980 stond nog vermeld, dat "ook wanneer hij niet beroepshalve optreedt", de advocaat zich zodanig dient te gedragen dat het vertrouwen in de advocatuur en zijn eigen beroepsuitoefening niet wordt geschaad. In de Gedragsregels 1992 is deze passage geschrapt om de indruk te vermijden dat de gedragsregels zich richten op de persoonlijke levenssfeer van de advocaat. Desalniettemin blijven privé-gedragingen van een advocaat tuchtrechtelijk van belang, wanneer deze privé-gedragingen aanknopingspunten hebben met de beroepspraktijk, of in het licht van de beroepsuitoefening absoluut ongeoorloofd worden geacht⁶³.

3.5.1.2 *Verhouding tot de cliënt*

Partijdige belangenbehartiging

Wat de verhouding tot de cliënt aangaat is in regel 5 de partijdige belangenbehartiging verwoord: "het belang van de cliënt, niet enig eigen belang van de advocaat, is bepalend voor de wijze waarop de advocaat zijn zaken dient te behartigen".

⁶² Opvallend is dat het voorschrift om zich zodanig te gedragen dat het vertrouwen in de advocatuur of in zijn eigen beroepsuitoefening niet wordt geschaad, niet met zoveel woorden is opgenomen in de Gedragscode voor de advocaten van de Europese Gemeenschap. Wel wordt in de inleiding, onder de verschillende wettelijke of morele verplichtingen van de advocaat genoemd, dat de advocaat ook verplichtingen heeft tegenover het publiek, voor wie een vrij en onafhankelijke advocatuur, gebonden door het eerbiedigen van de regels, die de beroepsgroep zichzelf heeft opgelegd, een wezenlijk middel is voor het waarborgen van de rechten van de mens tegen de staat en andere gezagsdragers. Wat de onafhankelijkheid betreft voegt de Europese gedragscode aan de voorwaarde van onafhankelijkheid in regel 2.1.1 toe: "Such independence is as necessary to trust in the process of justice as the impartiality of the judge. A lawyer must therefore avoid any impairment of his independence and be careful not to compromise his professional standards in order to please his client, the court or third parties".

⁶³ Zie toelichting op regel 1 Gedragsregels 1992 en Boekman 1998, p. 11-13.

Geheimhouding

Direct daarna volgt in regel 6 de verplichting tot geheimhouding. De advocaat moet zwijgen over de bijzonderheden van de door hem behandelde zaken, de persoon van zijn cliënt en de aard en omvang van diens belangen. Alleen als een juiste uitvoering van de aan hem opgedragen taak naar zijn oordeel een gebruik maken van zijn verkregen kennis naar buiten eist, staat dat de advocaat vrij, voorzover de cliënt daartegen geen bezwaar heeft en voorzover dit in overeenstemming is met een goede beroepsuitoefening. In de toelichting op deze regel wordt gesteld, dat beoogd is een ruimere geheimhoudingsverplichting te scheppen dan de bij de wet geregelde zwijgplicht en het wettelijke verschoningsrecht dat zich alleen uitstrekt tot "datgene wat de cliënt de advocaat heeft toevertrouwd". Deze interpretatie van de omvang van de zwijgplicht en het wettelijke verschoningsrecht is mijns inziens onjuist. Uit de bespreking van de jurisprudentie met betrekking tot de omvang van de wettelijke geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht in § 2.10.4-§ 2.10.4.2 blijkt dat er méér onder de geheimhoudingsplicht respectievelijk het verschoningsrecht valt, dan alleen datgene dat door de cliënt aan de advocaat wordt toevertrouwd. In beginsel valt hier alle kennis ontrent de cliënt, hoe ook verkregen, onder. Het is dus de vraag of de gedragsrechtelijke geheimhoudingsplicht wel afwijkt van de wettelijke⁶⁴.

Uit de gedragsregel blijkt verder dat de advocaat een eigen verantwoordelijkheid heeft bij de gebruikmaking van gegevens die onder zijn geheimhoudingsplicht vallen als de cliënt de advocaat uit zijn geheimhoudingsplicht ontslaat, maar dat zijn cliënt wel moet instemmen met het naar buiten brengen van vertrouwelijke gegevens. Deze regel wijkt enigszins af van de in § 2.10.3 besproken jurisprudentie van de Hoge Raad, waaruit kan worden afgeleid dat de verschoningsgerechtigde zelf uitmaakt of hij, ondanks zijn geheimhoudingsplicht en zijn verschoningsrecht spreekt. Uit de omstandigheid dat regel 6 lid 2 voorschrijft dat de advocaat alleen met instemming van de cliënt vertrouwelijke gegevens naar buiten mag brengen, kan worden afgeleid dat de cliënt de advocaat kan dwingen tot geheimhouding van gegevens, ook als dat tegen diens juridische belangen ingaat. Op zichzelf is dit in overeenstemming met het uitgangspunt dat de cliënt in beginsel zelf zijn eigen belangen bepaalt. De consequentie van de voorwaarde van instemming van de cliënt is, dat de advocaat die als getuige geen beroep doet op zijn verschoningsrecht, tuchtrechtelijk verwijtbaar kan handelen⁶⁵.

Van belang in het kader van de vertrouwensrelatie is verder, dat in de toelichting op regel 6 wordt vermeld dat er geen aanleiding is de advocaat te verplichten mededelingen van derden te verzwijgen tegenover zijn cliënt. Dit is, volgens de toelichting, alleen anders indien de vertrouwelijkheid rechtstreeks voortvloeit uit de aard van de relatie van de advocaat met de derde, bijvoorbeeld als dat een andere

64 Zie § 2.10.4. Mijns inziens kan, ook als de werkzaamheden van de advocaat zich begeven buiten zijn 'normale beroepsuitoefening', worden staande gehouden dat de advocaat ingevolge art. 272 Sr wel een geheimhoudingsplicht heeft. Een verschoningsrecht komt hem dan echter niet toe, zie § 2.10.4.1. Anders: Van Heloma Lugt 1998, p. 37-36, die ervan uitgaat dat de art. 218 Sv en 272 Sr slechts zien op informatie die de advocaat rechtstreeks van de cliënt heeft verkregen.

65 Zie ook Van Heloma Lugt 1998, p. 36.

cliënt is, of als de advocaat vertrouwelijkheid heeft toegezegd. Maar, zo vervolgt de toelichting, de advocaat doet er niet verstandig aan dergelijke toezeggingen te doen.

Tegenstrijdige belangen

Regel 7 verbiedt de advocaat zich met de behartiging van de belangen van twee of meer partijen te belasten indien de belangen van deze partijen tegenstrijdig zijn of een daarop uitlopende ontwikkeling aannemelijk is⁶⁶. Het tweede lid bepaalt dat de advocaat die de belangen van twee of meer partijen behartigt, in het algemeen verplicht is zich geheel uit de zaak terug te trekken zodra een niet aanstonds overbrugbaar belangenconflict ontstaat. Uit de toelichting op deze regel blijkt dat het onder omstandigheden niet wordt uitgesloten dat de advocaat wel voor twee partijen met tegenstrijdige belangen kan optreden, als het belangenconflict overbrugd kan worden en dat de advocaat zich ook niet in alle omstandigheden uit de zaak hoeft terug te trekken. Dit betekent dat hij de belangen van een van de twee cliënten zou kunnen blijven behartigen, mits dit van meet af aan met cliënten is afgesproken en mits de advocaat zich realiseert dat hij vertrouwelijke informatie van de ene cliënt niet tegen de ander mag gebruiken. Van belang is verder dat het verbod van behartigen van tegenstrijdige belangen zich uitstrekt tot alle advocaten die deel uitmaken van hetzelfde samenwerkingsverband.

Informatieplicht

Regel 8 verplicht de advocaat zijn cliënt op de hoogte te brengen van belangrijke informatie, feiten en afspraken en waar nodig ter voorkoming van misverstanden, onzekerheid of geschil, belangrijke informatie of afspraken schriftelijk vast te leggen. De bedoeling is dat de cliënt ook inzicht in zijn zaak behoort te worden geboden.

Dominus litis

In regel 9 is bepaald dat de advocaat volledige verantwoordelijkheid draagt voor de behandeling van de zaak en zich niet aan deze verantwoordelijkheid kan onttrekken met een beroep op de van zijn cliënt gekregen opdracht. Hij mag echter geen handelingen verrichten tegen de kennelijke wil van zijn cliënt. Als er een onoplosbaar verschil van mening ontstaat over de behandeling van de zaak, dan moet de advocaat zich terugtrekken⁶⁷. Hierbij moet hij er wel voor zorgen dat zijn

66 Zie ook regels 3.2.1-3.2.4 van de Gedragscode voor de advocaten van de Europese Gemeenschap, regel 13 International Code of Ethics van de IBA en regel 4 General Principles for Ethics of Lawyers van de IBA waarin staat: "Lawyers shall not place themselves in a position in which their clients' interests conflict with those of themselves, their partners or another client".

67 In het geval een rechtzoekende geen enkele advocaat bereid vindt zijn belangen te behartigen en vertegenwoordiging door een advocaat is voorgeschreven of rechtsbijstand uitsluitend door een advocaat of procureur kan geschieden, kan hij zich op grond van artikel 13 Advocatenwet wenden tot de plaatselijk deken met het verzoek een advocaat aan te wijzen. De deken kan een aanwijzing alleen wegens gegronde redenen afwijzen en ingevolge het vierde lid van art. 13 Advocatenwet is de aangewezen advocaat verplicht zijn diensten te verlenen. Het mo-

cliënt daarvan zo weinig mogelijk nadeel ondervindt. In deze gedragsregel is de onafhankelijkheid van de advocaat ten opzichte van zijn cliënt tot uitdrukking gebracht en tevens het dominus litis beginsel uitgewerkt. De advocaat heeft een eigen verantwoordelijkheid voor de manier waarop hij de zaak behandelt. Dit betekent dat hij niet klakkeloos opdrachten van de cliënt hoeft uit te voeren. Als de cliënt zich niet kan verenigen met het standpunt van zijn advocaat, hoeft de advocaat zich niet te schikken naar zijn cliënt, maar zal hij zijn werkzaamheden moeten beëindigen⁶⁸. In de Gedragsregels 1980 stond nog dat de advocaat tegenover zijn cliënt 'de leiding van de zaak heeft'. Volgens de toelichting klinkt dit archaisch en is deze term in strafzaken minder goed bruikbaar. Waarom dit zo is, wordt in de toelichting niet nader uitgelegd.

Media

Regel 10 heeft betrekking op de omgang met de media. Daarin wordt bepaald dat bij het verlenen van publiciteit omtrent een zaak de advocaat het belang van de cliënt en de ten opzichte van hem in acht te nemen zorgvuldigheid voorop moet stellen en dat hij geen medewerking verleent tegen de kennelijke wil van de cliënt⁶⁹.

Tekortschieten advocaat

Tot slot is in regel 11 bepaald dat de advocaat die merkt dat hij tekort is geschoten in de behartiging van de belangen van zijn cliënt, zijn cliënt daarvan op de hoogte moet stellen en hem zonodig adviseren onafhankelijk advies te vragen.

3.5.1.3 Optreden in rechte

Van de gedragsregels die betrekking hebben op het optreden in rechte is slechts één regel voor het optreden in strafzaken van belang, namelijk regel 16, waarin in het tweede lid is bepaald dat de advocaat zich in strafzaken ervan dient te ont-

ge duidelijk zijn dat in een dergelijk geval verschillen van mening kunnen ontstaan over de behandeling van de zaak. Aangenomen wordt dat ook als de advocaat aangewezen is, hij zijn eigen verantwoordelijkheid houdt, alhoewel dat weer niet zo ver mag gaan dat hij zijn visie aan de cliënt oplegt. Zie voor een voorbeeld HvD, 21-09-1987, Advocatenblad 1988, p. 405. Verder is in het vierde lid van art. 13 Advocatenwet bepaald dat de aangewezen advocaat verplicht is zijn diensten te verlenen.

68 In de General Principles for Ethics of Lawyers van de IBA wordt het accent voor wat betreft de onafhankelijkheid van de advocaat ten opzichte van zijn cliënt net iets anders gelegd. Hierin wordt het belang van onafhankelijkheid benadrukt in verband met de kwaliteit van de rechtshulp. Regel 8 luidt: "Lawyers shall maintain sufficient independence to allow them to give their clients unbiased advice" en regel 9 luidt: "Lawyers shall give their clients unbiased opinion as to the likelihood of success of their case and shall not generate unnecessary work".

69 Wat de publiciteit betreft bevat de Gedragscode voor de advocaten van de Europese Gemeenschap een aanzienlijk terughoudendere regeling, waarschijnlijk omdat binnen de EG geen overeenstemming bestaat over de mate waarin advocaten bevoegd zijn om reclame te maken of mee te werken aan publiciteit. In de Europese gedragsregels (art. 2.6.1-2.6.2) wordt als uitgangspunt geformuleerd dat de advocaat geen persoonlijke publiciteit mag zoeken of reclame mag maken tenzij dat is toegestaan.

houden getuigen die door het openbaar ministerie zijn gedagvaard of opgeroepen vooraf te horen. In het derde lid wordt een uitzondering op deze regel gemaakt indien het de eigen cliënt betreft of personen die in dienst zijn van, of in een bijzondere relatie staan tot de eigen cliënt⁷⁰.

3.5.1.4 *Betrekkingen tussen advocaten*

Van de regels die betrekking hebben op de onderlinge verhouding tussen advocaten is met name regel 22 ook voor het optreden in strafzaken van belang. Hierin is bepaald dat indien iemand een advocaat verzoekt de behandeling van zijn zaak over te nemen, die al bij een andere advocaat in behandeling is, de advocaten onderling overleg moeten voeren opdat de opvolgende advocaat behoorlijk wordt ingelicht over de stand van de zaak⁷¹. Is de declaratie van de andere advocaat nog niet voldaan en beroept deze zich op zijn retentierecht, dan is hij niettemin verplicht het dossier op verzoek van de cliënt aan de opvolgende advocaat af te geven waarbij de deken voorwaarden kan stellen, zoals bijvoorbeeld dat het gedeclareerde bedrag bij de deken wordt gedeponneerd totdat het declaratiegeschil is beslecht. De Gedragsregels 1980 bevatten nog de bepaling dat een advocaat de behandeling van een zaak waarbij de declaratie aan de andere advocaat nog niet was voldaan, niet zonder diens toestemming mocht overnemen. Deze bepaling is gelet op de gewijzigde opvattingen en regelgeving over mededinging geschrapt, omdat er geen plaats meer is voor een gedragsrechtelijk bescherming van het financiële belang van de eerste advocaat naast diens recht tot retentie. Van belang is verder dat deze regel niet van toepassing is bij het geven van een second opinion. Dit is ook toegestaan zonder overleg met de andere advocaat, indien de cliënt dit overleg niet wenst.

3.5.1.5 *Financiële regels*

Uiteraard zijn de financiële regels van de gedragsregels ook van toepassing voor het optreden van advocaten in strafzaken. Van belang is met name regel 24 die de advocaat verplicht om telkens wanneer daartoe aanleiding is met de cliënt te overleggen of wanneer er termen zijn om te trachten door de overheid gefinancierde rechtshulp te krijgen. De advocaat mag in een zaak waarin hij is toegevoegd geen vergoeding, in welke vorm dan ook, bedingen of in ontvangst nemen,

⁷⁰ De Gedragscode voor de advocaten van de Europese Gemeenschap bepaalt ten aanzien van het optreden in rechte dat het optreden van de advocaat tegenover de rechter respectvol moet zijn, maar benadrukt dat dit niet mag resulteren in onderdanigheid en dat het optreden ook niet beïnvloed mag worden uit vrees voor de consequenties voor de advocaat of derden: "A lawyer shall while maintaining due respect and courtesy towards the court defend the interests of his client honourable and fearlessly without regard to his own interests or to any consequences to himself or any other persons."

⁷¹ De Gedragsregels 1992 bevatten geen expliciete bepaling dat de advocaat het recht op vrije advocatenkeuze van zijn cliënt moet respecteren. Een dergelijke regel is wel opgenomen in regel 6 van de General Principles for Ethics of Lawyers die luidt: "Lawyers shall respect the freedom of clients to be represented by the lawyer of their choice".

afgezien van de eigen bijdrage of verschotten waarvoor afzonderlijke regels gelden. Als de cliënt ervoor kiest, ondanks de mogelijkheid om in aanmerking te komen voor gefinancierde rechtshulp, zijn advocaat zelf te betalen, dan moet de advocaat dit schriftelijk vastleggen. De overige regels met betrekking tot de financiën (regels 23 en 25-28) hebben betrekking op de wijze van declareren, het maken van afspraken hierover met de cliënt, de mogelijkheden van bezwaar tegen een declaratie en de geoorloofdheid van het vragen van voorschotten en het verrekenen ervan met andere gelden die de advocaat voor de cliënt in depot heeft⁷².

3.5.1.6 Enige praktijkregels

Onder de verzamelterm "enige praktijkregels" is een aantal algemene regels ondergebracht waarvan de volgende ook voor de advocaat in strafzaken relevant zijn:

- Regel 29, waarin staat dat de advocaat in zijn contacten met derden misverstanden dient te vermijden over de hoedanigheid waarin hij in de gegeven situatie optreedt. Deze bepaling is in strafzaken met name van belang bij het vrij verkeer, waarin het bijvoorbeeld nogal eens is voorgekomen dat een advocaat zich aandient als raadsman van een verdachte die voorlopig gehecht is, terwijl hij eigenlijk de raadsman van de medeverdachte is⁷³.
- Regel 30, waarin wordt bepaald dat de advocaat zich dient te onthouden van het verstrekken van feitelijke gegevens waarvan hij weet, althans behoort te weten, dat die onjuist zijn⁷⁴. In de Gedragsregels 1980 werd gesproken van 'mededelingen' waardoor de rechter of de wederpartij zou worden misleid. Deze tekst gaf aanleiding tot misverstanden omdat het geven van voorlichting op het juridische vlak vaak een kwestie van interpretatie is. De huidige tekst richt zich specifiek op het verstrekken van *feitelijke* informatie waarvan de advocaat weet of behoort te weten dat deze onjuist is. Het is interessant hoe deze regel in de strafpraktijk wordt uitgelegd waar de verdachte gelet op het nemo tenetur beginsel niet verplicht kan worden aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Hier speelt ook de aloude vraag of deze regel implicaties heeft voor het morele dilemma waarmee (sommige) advocaten worden geconfronteerd in het geval de cliënt tegenover zijn advocaat heeft bekend, maar in rechte ontkent.

72 Zie ook regel 3.4. e.v. van de Gedragscode voor de advocaten van de Europese Gemeenschap.

73 Zie § 3.9.2.

74 In regel 4.4 van de Gedragscode voor de advocaten van de Europese Gemeenschap staat: "A lawyer shall never knowingly give false or misleading information to the court"; in dezelfde zin: regel 6 International Code of Ethics IBA.

- In regel 31 staat dat de advocaat zich in woord en geschrift niet onnodig grievend dient uit te laten en heeft betrekking op de vrijheid van de verdediging en is ook van toepassing bij contacten met de media.
- Voor de strafpraktijk is van belang dat in regel 32 is opgenomen dat de advocaat die gebruik maakt van de diensten van derden, bijvoorbeeld deskundigen of getuigen, in moet staan voor de aan hen toekomende vergoedingen en honoraria. Dit geldt ook indien de advocaat is toegevoegd.
- Regel 35 bepaalt dat de advocaat een opdracht van een tussenpersoon, niet zijnde een advocaat, alleen mag aanvaarden als hij ervan overtuigd is dat de opdracht met instemming van de cliënt is gegeven waarbij hij zich het recht moet voorbehouden zich ten allen tijde rechtstreeks met de cliënt te verstaan. Deze bepaling is met name van belang als de advocaat in een strafzaak door derden wordt benaderd om als raadsman voor een verdachte op te treden.
- Een advocaat mag niet zonder mededeling vooraf aan degene met wie hij spreekt iemand aan de telefoon laten meeluisteren of de inhoud van het gesprek opnemen. Dit staat in regel 36.
- Tot slot is regel 37 van belang waarin staat dat de advocaat bij een tuchtrechtelijk onderzoek of een verzoek om informatie van de deken dat met een dergelijk onderzoek verband houdt of met een aan de deken opgedragen controle, verplicht is alle gevraagde inlichtingen meteen te verstrekken zonder dat hij zich op zijn geheimhoudingsplicht kan beroepen, behoudens in bijzondere gevallen.

3.6 Tuchtrechtspraak met betrekking tot het optreden van advocaten in strafzaken

Hiervoor is al aangegeven dat het tuchtrecht rechttersrecht is. Om een inzicht te krijgen in de betekenis van de gedragsregels voor het optreden van advocaten in strafzaken, is ervoor gekozen om dit te doen aan de hand van de tuchtrechtspraak die betrekking heeft op het optreden van advocaten in strafzaken. De systematische publicaties van tuchtrechtspraak die tot nu toe zijn verschenen zijn niet geordend naar het optreden per rechtsgebied, maar zijn gerubriceerd naar gedragsregel⁷⁵ of ingedeeld naar algemene onderwerpen⁷⁶. De uitspraken waarvan sinds 1956 in het Advocatenblad regelmatig samenvattingen worden gepubliceerd⁷⁷, worden door de Commissie Disciplinaire Rechtspraak van de Nederlandse Orde van Advocaten geselecteerd op relevantie voor de praktijk en nieuwe ontwikkelingen en

⁷⁵ Schenk 1975 en Moïs en Malherbe 1990.

⁷⁶ Boekman 1998 gebruikt een onderverdeling aan de hand van de volgende thema's: de zorg voor de cliënt; inbreuken op verordeningen; wat een behoorlijk advocaat betaamt in het algemeen, tegenover de wederpartij en tegenover derden en mede-advocaten.

⁷⁷ Voorheen gebeurde dit incidenteel.

vormen slechts een kleine selectie van het totaal aantal uitspraken. Van de gepubliceerde uitspraken in het Advocatenblad wordt geen centrale registratie bijgehouden in die zin, dat deze uitspraken op trefwoord of gedragsregel zijn na te zoeken. Wel zijn de in het Advocatenblad gepubliceerde uitspraken vanaf 1986 in een via Balienet⁷⁸ te raadplegen databank ondergebracht, waarin het mogelijk is op trefwoord te zoeken.

Ten behoeve van dit onderzoek zijn de in het Advocatenblad of elders⁷⁹ in de periode 1956 tot en met augustus 2000 gepubliceerde tuchtrechtelijke uitspraken geselecteerd, die betrekking hebben op het optreden van advocaten in strafzaken. Aangezien de gepubliceerde uitspraken slechts een selectie van het totale aantal tuchtzaken zijn, zijn tevens de niet gepubliceerde uitspraken met betrekking tot het optreden van advocaten in strafzaken, die door de Raden van Discipline en het Hof van Discipline zijn gedaan in de periode 1987 tot en met januari 1999 onderzocht, om een beter inzicht te krijgen in de tuchtrechtspraak met betrekking tot het optreden in strafzaken⁸⁰. Voor wat betreft de niet gepubliceerde uitspraken is gebruik gemaakt van de archieven van de Nederlandse Orde van Advocaten. Door het onderzoek naar de niet gepubliceerde uitspraken ontstond er een overlap met de gepubliceerde uitspraken, maar bleek ook dat in de gepubliceerde uitspraken soms relevante informatie ontbrak. Zo blijkt bijvoorbeeld soms uit de publicatie in het Advocatenblad niet dat het om het optreden in een strafzaak gaat of ontbreken in de publicatie voor het onderhavige onderzoek interessante nuances of details. Bij de bespreking van de uitspraken die vanaf 1987 tot en met januari 1999 zijn gedaan, is, waar dat relevant is voor het onderhavige onderzoek, gebruik gemaakt van de gegevens in de integrale uitspraken, waarvan slechts een samenvatting in het Advocatenblad is gepubliceerd. Dit betekent dat in sommige gevallen meer informatie wordt vermeld dan in de publicatie in het Advocatenblad is terug te vinden.

Bij de selectie van de jurisprudentie zijn de evident ongegronde klachten die betrekking hebben op nalatigheden van de advocaat, waarvan door de tuchtrechter is vastgesteld dat de onderliggende feiten niet juist zijn, weggelaten, omdat deze voor het doel van het onderzoek, namelijk het inzicht krijgen in de normerende werking van de tuchtrechtspraak geen relevante gezichtspunten opleveren.

De geselecteerde jurisprudentie is thematisch geordend aan de hand van de volgende onderwerpen:

1. procedurele aspecten van de tuchtrechtspraak die met name bij advocaten die in strafzaken optreden relevant kunnen zijn, zoals de positie van de officier

78 <<http://www.advocatenorde.nl>>. Dit gedeelte van de website is alleen toegankelijk voor advocaten die over een door de Nederlandse Orde van Advocaten uitgegeven certificaat beschikken.

79 Hierbij is gebruik gemaakt van Schenk 1975; Mols en Malherbe 1990; Boekman 1998 en de Rubriek Advocatuur van Delikt en Delinkwent.

80 In totaal zijn er 120 niet gepubliceerde uitspraken gevonden over de periode van 1987-januari 1999. In deze periode zijn in het Advocatenblad 69 uitspraken gepubliceerd die betrekking hebben op het optreden van advocaten in strafzaken. In totaal zijn er 273 uitspraken in dit onderzoek verwerkt.

- van justitie als klager, de geheimhoudingsplicht in de tuchtprocedure en de mogelijkheid om in de tuchtprocedure tegen de advocaat gebruik te maken van onrechtmatig verkregen bewijs uit het strafrechtelijk onderzoek;
2. de relatie tussen de advocaat en zijn (verdachte) cliënt;
3. gedragingen van de advocaat die de waarheidsvinding in het strafproces beïnvloeden;
4. de vrijheid van de advocaat de verdediging te voeren op een wijze die hemzelf goed dunkt;
5. het contact met de media;
6. de positie van de advocaat, die zelf betrokken raakt bij strafbare feiten of daarvan verdacht wordt.

Omdat het vaker voorkomt dat in één tuchtzaak verschillende onderwerpen aan de orde zijn, worden sommige zaken onder meerdere thema's besproken.

3.7 Procedurele aspecten

Op grond van de wetsgeschiedenis met betrekking tot de wijziging van artikel 46 Advocatenwet in 1984 vallen ook gedragingen van de advocaat ten opzichte van derden onder de tuchtrechtspraak, voorzover deze gedragingen het openbaar belang bij een goede beroepsuitoefening raken⁸¹. De Advocatenwet geeft voor de ontvankelijkheid van klachten – afgezien van de mogelijkheid van de deken om op grond van artikel 46f Advocatenwet ambtshalve bezwaren ter kennis van de Raad van Discipline te brengen⁸² – geen criteria, bijvoorbeeld met betrekking tot de vraag wie een klacht kan indienen. Het HvD hanteert in beginsel het uitgangspunt dat niet iedereen over het handelen of nalaten van een advocaat kan klagen, maar alleen degene die door het handelen of nalaten van de advocaat rechtstreeks in zijn belang getroffen is, of kan worden. Voorzover een tuchtrechtelijke procedure in het algemeen belang is vereist, wordt het klachtrecht uitgeoefend door de deken⁸³. Deze uitgangspunten zullen hierna nader worden onderzocht aan de hand van klachten die met name door officieren van justitie tegen gedragingen van advocaten in strafzaken zijn ingediend.

Verder is het voorgekomen dat er door het OM klachten tegen advocaten zijn ingediend, die gebaseerd waren op onrechtmatig verkregen bewijs in het opsporingsonderzoek, bijvoorbeeld doordat gesprekken tussen de verdachte en zijn ad-

81 Nota naar aanleiding van het eindverslag TK 1982-1983, 16 094, nr. 10, p. 1-2, zie hiervoor § 3.3.

82 Zie voor de ontvankelijkheid van de door de deken ten aanzien van bezwaren die hij op grond van art. 46f Advocatenwet ter kennis van de Raad van Discipline kan brengen, Boekman 1998, p. 20-22: de deken kan ook bezwaren indienen, als er over hetzelfde voorval een klacht is ingediend; de deken kan geen bezwaren indienen tegen een advocaat in een ander arrondissement en de deken kan het indienen van bezwaren niet delegeren aan een lid van de Raad van Toezicht.

83 Zie de aangehaalde jurisprudentie in Boekman 1998, p. 17-18, met name HvD 22-05-1989, nr. 1127, niet gepubl.; HvD 26-08-1996, nr. 2191, niet gepubl.

vocaat onrechtmatig zijn afgeluisterd. Nagegaan wordt hoe de tuchtrechter met dergelijk bewijs omgaat.

Tot slot kan de verplichting van de advocaat om medewerking te verlenen aan het tuchtrechtelijke onderzoek op grond van regel 37 van de Gedragsregels 1992 in strijd komen met zijn geheimhoudingsplicht, met name indien de klager niet een cliënt is, maar een derde zoals de officier van justitie. Wat staat de advocaat te doen indien zijn cliënt hem uitdrukkelijk houdt aan zijn geheimhoudingsplicht?

3.7.1 *Ontvankelijkheid officier van justitie of rechter*

Ten aanzien van klachten van de officier van justitie over gedragingen van een advocaat heeft het HvD uitgemaakt dat een vertegenwoordiger van het OM kan klagen over de gedragingen van een advocaat in een strafzaak waarmee zijn parket directe bemoeienis heeft en dat buiten deze gevallen aan een officier van justitie geen bevoegdheid tot klagen toekomt. Naast de direct betrokken officier van justitie kan in dat geval ook de hoofdofficier van justitie een klacht indienen. Wanneer echter een advocaat tegenover een journalist buiten het kader van de behandeling van een strafproces een uitslating over het persoonlijk optreden van een officier van justitie heeft gedaan, die mogelijk als onbehoorlijk is aan te merken, dan komt er alleen een klachtrecht toe aan de officier van justitie die door de uitslating rechtstreeks in zijn persoon is getroffen en niet aan het hoofd van het parket⁸⁴. Een officier van justitie die zich beriep op de omstandigheid dat hem op grond van artikel 4 Wet RO, dat de handhaving van wetten opdraagt aan het OM, ook buiten de gevallen van directe bemoeienis met een advocaat een klachtrecht toekomt, is door het HvD niet als juist aanvaard. Dit recht komt alleen de plaatselijk deken toe, die belast is met de handhaving van het tuchtrecht⁸⁵. In een enkel geval is de officier van justitie ontvankelijk verklaard terwijl hij geen directe bemoeienis had gehad met desbetreffende advocaat. Dit gebeurde in een zaak waarin een advocaat aan een journalist had medegedeeld dat door de rijkspolitie valse processen-verbaal waren opgemaakt. De officier van justitie werd in dit geval ontvankelijk verklaard omdat hij het hoofd van de opsporingsdienst in zijn arrondissement was⁸⁶.

Van 'directe bemoeienis' is meestal sprake als de officier van justitie in een bepaalde strafzaak rechtstreeks te maken heeft met een advocaat. De officier van justitie kan ook klagen over de omstandigheid dat naar zijn mening de advocaat ter zitting ernstig tekort schiet in de behartiging van de belangen van zijn cliënt, bijvoorbeeld door delen van de zitting niet bij te wonen, of in het geheel niet te komen opdagen bij zittingen van een cliënt en deze aan zijn lot overlaat. Aangenomen wordt dat het mede tot de taak van de officier van justitie behoort, een behoorlijke rechtspleging en een eerlijk proces te bevorderen en dat in zoverre aan de officier van justitie een controlerende bevoegdheid toekomt met betrekking tot

84 HvD 24-10-1994, Advocatenblad 1995, p. 961.

85 Zie o.a. HvD 19-03-1990, Advocatenblad 1990, p. 521.

86 RvD Den Bosch, 12-12-1988, Advocatenblad 1989, p. 375.

de wijze waarop de advocaat ter zitting zijn taak vervult⁸⁷. Hierop wordt een uitzondering gemaakt als de officier van justitie erover klaagt dat de advocaat door zijn adviezen aan de verdachte, diens procespositie heeft benadeeld. In een zaak waarbij de advocaat zijn cliënt had geadviseerd van zijn zwijgrecht gebruik te maken, en de officier van justitie meende dat dit niet in het belang van de verdachte was, oordeelde de RvD Den Bosch dat het niet de taak is van het openbaar ministerie om zelfstandig te waken over de bescherming van de belangen van de verdachte ten opzichte van de advocaat die de verdachte op enig moment bijstaat⁸⁸. Het verschil tussen deze uitspraak en de voorgaande is subtiel, maar wel van belang. Kennelijk kan de officier van justitie wel klagen over de advocaat die verzuimt rechtsbijstand te verlenen, maar niet over de inhoud van die bijstand. Dit blijkt ook uit een uitspraak waarin het HvD het OM en de rechter-commissaris niet ontvankelijk heeft verklaard in een klacht wegens het optreden van een advocaat voor verdachten met tegenstrijdige belangen. Het HvD oordeelt dat daarover alleen cliënten zich kunnen beklagen, niet derden⁸⁹. Een dergelijke bemoeienis van de officier van justitie (of de rechter) met de verdedigingsstrategie zou in strijd komen met de vrijheid van de verdediging. Dit blijkt ook uit een zaak, waarin de advocaat in het kader van de piketdienst voor twee medeverdachten, A en B optreedt, aan wie beiden alle beperkingen zijn opgelegd. B krijgt tijdens de inverzekeringstelling een andere advocaat en wordt uit zijn detentie ontslagen. Nadat B op vrije voeten is gesteld neemt de advocaat telefonisch contact met hem op en zegt B de advocaat dat hij inmiddels een andere advocaat heeft en dat ook zo wil laten. Vervolgens dient de hoofdofficier van justitie een klacht tegen de advocaat in en stelt dat deze op een bedreigende en opdringerige manier contact met B heeft gezocht, die inmiddels een andere advocaat had, hem onder druk heeft gezet om een andere proceshouding in te nemen – de advocaat had B gewezen op zijn zwijgrecht – en daarmee heeft geprobeerd de waarheidsvinding te schenden. De RvD vindt het echter voor de hand liggen dat de advocaat na de invrijheidstelling van B in contact met B is getreden en vindt dat dit de advocaat ook vrij stond. Verder is volgens de RvD niet komen vast te staan dat de advocaat B onder druk heeft gezet. De advocaat handelde evenmin klachtwaardig door B op zijn zwijgrecht te wijzen. Voorzover de officier van justitie bedoelt te stellen dat B door de advocaat op onheuse wijze is benaderd, is de raad van oordeel dat de officier van justitie hierbij geen eigen belang heeft, omdat het op de weg van B had gelegen hierover een klacht in te dienen⁹⁰. Duidelijk is, dat de officier van

87 HvD 02-12-1991, Advocatenblad 1992, p. 126; RvD Arnhem, 01-06-1992, Advocatenblad 1993, p. 202; HvD 06-12-1993, Advocatenblad 1997, p. 407

88 RvD Den Bosch 12-05-1997, Advocatenblad 1998, p. 376. De klacht werd in dit geval ongegrond verklaard. De annotator merkt op dat het OM beter niet ontvankelijk had kunnen worden verklaard en wijst erop dat de motivering van de Raad afwijkt van de opvatting van het HvD 02-12-1991, Advocatenblad 1992, p. 126, waarin het HvD het mede tot de taak van het OM rekent een behoorlijke rechtspleging en een eerlijk proces ter terechtzitting te bevorderen.

89 HvD 17-12-1990, Advocatenblad 1991, p. 541.

90 RvD Den Bosch, 09-05-1994, Advocatenblad 1995, p. 122.

justitie in deze zaak niet zozeer het belang van de verdachte op het oog heeft, maar vooral het belang van de waarheidsvinding.

Soms probeert de officier van justitie een advocaat die verdacht wordt van strafbare feiten via de tuchtrechter te vervolgen. Dit heeft zich voorgedaan in een geval waarin een advocaat werd verdacht van vier strafbare feiten waarvan één feit door de officier van justitie bij de strafrechter was aangebracht en de overige drie feiten niet⁹¹. Het OM stelt in de klachtzaak wel duidelijke aanwijzingen te hebben dat het om strafbare feiten gaat, maar dat het de mogelijkheid aanwezig acht, dat de rechter tot de conclusie zou komen dat er onvoldoende bewijs is met betrekking tot de wetenschap en opzet van de advocaat. De klacht van het OM tegen de advocaat luidt dat deze zich bewust zeer onzorgvuldig heeft gedragen en daarmee heeft gehandeld op een wijze die een behoorlijk advocaat niet betaamt. Ook in deze zaak beroept de officier van justitie zich op zijn taak ex artikel 4 RO de wetten te handhaven. De RvD overweegt naar aanleiding van deze klacht dat de wetgever bij de wijziging van de Advocatenwet per 1 februari 1986 de tuchtspraak heeft opgedragen aan rechterlijke instanties die uitsluitend de hen voorgelegde klachten beoordelen indien deze afkomstig zijn van klagers die in hun belang zijn getroffen. In dit geval beroept het OM zich op het algemeen belang dat het ingevolge de hem toevertrouwde taak heeft bij handhaving van de wet. In zijn algemeenheid overweegt de raad dat het zeer wel mogelijk is dat het OM, indien de verweten gedragingen buiten het strafrechtelijk terrein liggen, een voldoende specifiek belang heeft bij een klacht. Daarbij denkt de raad bijvoorbeeld aan het optreden van een advocaat tijdens een strafzitting, aan het verkeer tussen een verdachte en zijn advocaat en in het algemeen aan gevallen, waarin de goede procesorde door een advocaat wordt verstoord. Dit zijn volgens de raad echter allemaal situaties, waarin de advocaat kan worden geacht als tegenspeler van het OM in de ruimste zin des woords op te treden en van een dergelijke situatie is volgens de raad in het onderhavige geval geen sprake. Hier gaat het om zaken ten aanzien waarvan het OM het niet heeft aangedurfd om deze strafrechtelijk te vervolgen, omdat het bewijs daarvoor te zwak oordeelde. De raad vervolgt dat het strafproces het OM bij uitstek de middelen verschaft voor het opsporen en vervolgen van strafbare feiten en dat zich hier geen situatie voordoet waarin het OM voldoende specifiek belang heeft bij een beoordeling van de verweten gedraging door de raad. De officier van justitie wordt niet ontvankelijk verklaard en gaat in beroep. Het HvD schaart zich achter de raad en stelt voorop dat het in deze zaak niet gaat om een beweerdelijk onjuist optreden van een advocaat als wederpartij van het OM in een strafzaak, maar om gedragingen van een advocaat in zaken waarin de officier van justitie niet betrokken was en die naar de mening van de officier van justitie onvoldoende aanleiding tot strafvervolgning gaven maar mogelijkerwijs wel een tuchtrechtelijke maatregel zouden rechtvaardigen. Als in het algemeen belang een disciplinair onderzoek moet worden ingesteld naar een advocaat, dan dient dit volgens artikel 46f Advocatenwet te geschieden door de deken.

91 HvD 08-01-1990, Advocatenblad 1990, p. 244.

De hiervoor weergegeven criteria voor ontvankelijkheid gelden ook voor een rechter die klaagt over het gedrag van een advocaat⁹². Een voorbeeld van een ontvankelijkheidskwestie is te vinden in een uitspraak, die overigens betrekking heeft op een civiele zaak, een echtscheidingsprocedure, waarin de advocaat een man bijstond wiens verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling een aantal malen werd aangehouden en de man vervolgens niet ontvankelijk werd verklaard. Waarschijnlijk was dit een gevolg van een omissie van de advocaat, want deze werd persoonlijk in de kosten veroordeeld. Kennelijk was de cliënt kwaad geworden op de advocaat, want de advocaat schreef vervolgens aan de behandelend rechter een brief, inhoudende dat indien deze zijn zienswijze met betrekking tot de ontvankelijkheid zou handhaven, hij zou overwegen het adres van de rechter aan zijn cliënt door te geven, zodat deze aan dat adres uitvoering kon geven aan zijn dreigementen. Daaraan voegde de advocaat toe dat de gewelddadigheid van de cliënt uit de stukken voldoende bekend was. Zowel de rechtbank als de aangeschreven rechter dienden een klacht in tegen de advocaat. De rechtbank werd niet ontvankelijk verklaard wegens onvoldoende belang, de bedreigde rechter was wel ontvankelijk⁹³.

Het uitgangspunt bij de tuchtrechtelijke jurisprudentie met betrekking tot de ontvankelijkheid van derden bij een klacht over het optreden van een advocaat is, dat deze derden daarbij een eigen belang dienen te hebben. Dit criterium wordt ook gehanteerd als officieren van justitie of rechters een klacht indienen tegen een advocaat. Dit betekent dat in beginsel alleen de rechter of officier van justitie die rechtstreeks met de advocaat in het kader van de behandeling van een strafzaak te maken heeft gehad, of de vertegenwoordiger van het OM wiens parket direct te maken heeft gehad met de advocaat in kwestie, ontvankelijk is in een klacht over het optreden van de advocaat. Daarbij moet het gaan om handelingen van een advocaat als procesdeelnemer of als tegenspeler van het OM. Indien de advocaat wordt beticht van strafbare feiten, dan kan de officier van justitie op grond daarvan geen klacht tegen de advocaat indienen. In beginsel kan over de inhoud van de rechtsbijstand van de advocaat door het OM of de rechter niet

92 Zie met name de jurisprudentie met betrekking tot klachten over misbruik van vrij verkeer en beïnvloeding van de waarheidsvinding § 3.9.1 en § 3.9.2 en RvT te A, 22-01-1959, Advocatenblad 1963, p. 340, waarin een kinderrechter klaagt over het feit dat de advocaat volstrekt onvoldoende bijstand had verleend door voor de zitting de stukken niet te hebben ingezien en vervolgens een vervanger naar de zitting te sturen die zich uitsluitend heeft gerefereerd aan het oordeel van de rechter. Op de uitnodiging voor de zitting waarop de tuchtzaak wordt behandeld deelt de kinderrechter mee geen klacht te hebben ingediend, maar uitsluitend een mededeling te hebben gedaan en derhalve niet ter zitting te zullen verschijnen. Daarmee neemt de raad van toezicht geen genoegen. De raad is van mening dat er wel degelijk een klacht is ingediend en acht zich ook verplicht deze te behandelen nu ook de advocaat waartegen de klacht is ingediend hierop staat. Overigens wordt de klacht ongegrond bevonden omdat uit getuigenverklaringen blijkt dat de advocaat de stukken wel heeft ingezien en omdat het refereren aan het oordeel van de rechter in sommige zaken beter is dan een nietszeggend pleidooi.

93 HvD 08-07-1996, Advocatenblad 1997, p. 809. De advocaat werd de maatregel van schorsing opgelegd voor de duur van 6 weken.

worden geklaagd. Ten aanzien van de vraag of de advocaat tekort is geschoten in zijn belangenbehartiging is alleen de cliënt belanghebbende. Dit is slechts anders indien de advocaat evident de belangen van zijn cliënt verwaarloost, bijvoorbeeld door helemaal niet meer op zittingen te verschijnen terwijl het duidelijk is dat de cliënt behoefte heeft aan steun en bijstand. Alleen de deken kan in het algemeen belang van een goede rechtshulpverlening en ter handhaving van het tuchtrecht op grond van artikel 46f Advocatenwet ambtshalve bezwaren indienen tegen de advocaat. Klachten over het optreden van advocaten die betrekking hebben op de kwaliteit van de dienstverlening of op hun optreden als zodanig worden door de officier van justitie of de rechter dan ook vaak ter kennis gebracht van de deken, die vervolgens de bezwaren ter kennis van de Raad van Discipline kan brengen.

3.7.2 *Onrechtmatig verkregen bewijs uit strafzaak*

Soms is de aanleiding voor het indienen van een klacht tegen een advocaat gebaseerd op informatie die in het opsporingsonderzoek op onrechtmatige wijze is verkregen. Uit de navolgende uitspraken blijkt dat de diverse Raden van Discipline met dergelijk bewijsmateriaal wisselend omgaan.

Een zaak betreft een klacht van de officier van justitie over het feit dat de advocaat zijn cliënt, die in bewaring was gesteld en jegens wie alle mogelijke beperkingen waren opgelegd, een brief van zijn vader had laten lezen zonder voorafgaande toestemming van de rechter-commissaris. De informatie dat dit gebeurd was, was verkregen uit een proces-verbaal van een telefoontap, waarvan de rechtbank in de strafzaak had bepaald dat de desbetreffende passage, nu het een gesprek met een geheimhouder betrof, ingevolge artikel 125h lid 2 Sv (oud) door de RC vernietigd had moeten worden. Naar aanleiding van deze klacht overweegt de RvD Den Haag op 22-04-1991⁹⁴ dat het bepaalde in artikel 6 EVRM ook in de tuchtrechtelijke procedure als de onderhavige geldt en een veroordeling van de advocaat dus niet kan volgen indien de klacht steunt op onrechtmatig verkregen bewijs⁹⁵. De raad overweegt verder dat vaststaat dat zonder de informatie uit het afgeluisterde telefoongesprek de officier van justitie niet op de hoogte was geweest van het feit dat de advocaat het bewuste briefje aan zijn cliënt had laten lezen en dientengevolge nimmer een klacht terzake had kunnen indienen. De raad is van mening dat hij in beginsel zichzelf een oordeel dient te vormen over de vraag of er sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs. In onderhavige zaak was van het vonnis van de strafrechter hoger beroep ingesteld. In verband daar-

94 RvD Den Haag, 22-04-1991, Advocatenblad 1992, p. 44

95 Dit is overigens een interpretatie van art. 6 EVRM die niet zonder meer uit de Straatsburgse jurisprudentie kan worden afgeleid. Het is vaste jurisprudentie van het EHRM dat een toetsing aan artikel 6 EVRM geen waardering van (de rechtmatige verkrijging van) het bewijs impliceert, maar een toetsing of bij de vervolging en berechting ten aanzien van dit bewijs de beginselen van een eerlijk proces in acht zijn genomen. Zie Van Dijk en Van Hoof 1998, § 6.4.4. Het zou meer voor de hand hebben gelegen als de RvD hier zou hebben gerefereerd aan een schending van artikel 8 EVRM, zie § 2.11.13.

mee houdt de raad de zaak aan in afwachting van een onherroepelijk gewijsde van de strafrechter, maar overweegt verder:

"Indien echter onherroepelijk komt vast te staan dat (de desbetreffende passage uit) het telefoongesprek tussen Mr X en de betreffende derde als onrechtmatig verkregen bewijs vernietigd had moeten worden, komt daarmee de grondslag onder de klacht te vervallen en zal klager niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard"⁹⁶.

In een vergelijkbare zaak was een telefoongesprek van een advocaat met een derde afgeluisterd omdat de telefoon van deze derde in het kader van een opsporingsonderzoek werd getapt. De advocaat had deze derde informatie doorgegeven over een strafzaak, waarin de advocaat een in verzekering gestelde als raadsman had bezocht. De officier van justitie klaagde dat hierdoor het opsporingsonderzoek had kunnen worden belemmerd. In dit geval werd de officier van justitie, ondanks het verweer van de advocaat dat het bewijs onrechtmatig verkregen was, wel ontvankelijk verklaard, omdat de advocaat volgens de RvD in relatie tot de derde die geen cliënt van hem was, niet in zijn hoedanigheid als geheimhouder was opgetreden en dat van enige verplichting tot onverwijld vernietiging van het proces-verbaal ex artikel 125h lid 2 Sv (oud) geen sprake was⁹⁷.

Soms gaat de tuchtrechter er geheel aan voorbij dat er van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal sprake is in de tuchtzaak. Dit speelt in een tuchtprocedure waarbij de advocaat verweten wordt dat hij zijn cliënt, die in alle beperkingen zat, toen deze hem vanuit het Huis van Bewaring op zijn kantoor belde, met zijn schoonvader heeft laten spreken, die daar toevallig aanwezig was. De advocaat erkent zijn fout en de klacht wordt gegrond geacht. In de noot bij de uitspraak wordt opgemerkt dat het merkwaardig is dat deze uitspraak slechts tot stand heeft kunnen komen omdat het HvD van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal gebruik heeft gemaakt, nu de feiten aan het licht zijn gekomen omdat het telefoongesprek van de verdachte met zijn advocaat op een geluidsband is opgenomen in strijd met de geldende voorschriften. Ook al heeft de advocaat zijn fout erkend, dan nog zou volgens de annotator een overweging ten overvloede van het HvD met het oog op de onrechtmatige verkrijging van het bewijs op zijn plaats zijn geweest⁹⁸.

In tegenstelling tot de eerstgenoemde uitspraak van de RvD Den Haag van 22 april 1991 oordeelt de RvD Den Bosch op 20-12-1993⁹⁹ dat de sanctie van bewijsuitsluiting wegens vermeend onrechtmatig handelen van justitie niet past in de tuchtprocedure. Het betreft een ambtshalve klacht van de deken tegen een advocaat die strafrechtelijk is vervolgd en onherroepelijk is veroordeeld wegens oplichting en deelname aan een criminele organisatie. De advocaat heeft bij zijn verweer aangevoerd dat het bewijs in de strafzaak en daarmee het bewijs in de

96 Het is niet bekend of en hoe uiteindelijk op deze klacht is beslist.

97 RvD Arnhem, 08-04-1993, Advocatenblad 1994, p. 85.

98 HvD 23-08-1993, Advocatenblad 1994, p. 246.

99 RvD Den Bosch 20-12-1993, nrs. H 27-1990 en H 91-1991, niet gepubl.

tuchtprocedure onrechtmatig verkregen is, namelijk via een ongeoorloofde telefoontap bij de advocaat als geheimhouder en verschoningsgerechtigde. De RvD stelt in de eerste plaats vast dat het verweer in de strafzaak is verworpen nu de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de telefoonaansluiting van de advocaat, die wordt aangemerkt als verdachte wel mag worden afgeluisterd¹⁰⁰ en dat van een onrechtmatige bewijsgaring in strafrechtelijke zin geen sprake is geweest. Ten overvloede merkt de raad op:

“dat de gestelde onrechtmatigheid nog niet meebrengt dat de daardoor bekend geworden feiten en alle vruchten van het naar aanleiding daarvan gehouden strafrechtelijk onderzoek in de disciplinaire beslissing buiten beschouwing zouden moeten blijven. De kwestie waar het om gaat is de bescherming van de advocaat als geheimhouder-verschoningsgerechtigde tegenover de overheid, welke bijzondere juridische positie mede daarin haar rechtvaardiging pleegt te vinden dat de advocaat aan disciplinair toezicht is onderworpen.

Er is nog een tweede reden waarom dit verweer niet opgaat. Het tuchtrecht, zoals geregeld in de Advocatenwet, heeft niet alleen een punitief doel. Het waarborgt ook dat de aan dat tuchtrecht onderworpen advocaten aan zodanige eisen voldoen dat – mede in het belang van de rechtzoekenden – het vertrouwen in de advocatuur niet wordt geschaad. In dit geval is deze purgatoire functie van het tuchtrecht van overwegende betekenis en daarbij past de door verweerder gewenste sanctie van bewijsuitsluiting wegens vermeend onrechtmatig handelen van de justitiële autoriteiten niet”.

Tot slot kan nog gewezen worden op een tuchtzaak, die gevolgd is op de gerucht makende strafzaak, die onder de naam IGLO-zaak bekend is geworden. In deze strafzaak heeft het Haagse Hof op 17 februari 1999 het OM niet ontvankelijk verklaard in zijn vervolging van een advocaat S wegens deelname aan een criminele organisatie van zijn cliënt, omdat er in de opsporingsfase grove inbreuken door de politie en het OM waren gemaakt op de positie van de advocaat als geprivilegieerde geheimhouder en op het recht van vrij verkeer¹⁰¹. Er waren onder andere telefoons en faxen getapt van de advocaat, zonder dat deze als verdachte was aangemerkt en de tapverslagen waren niet vernietigd, maar verder in het opsporingsonderzoek gebruikt en in processen-verbaal verwerkt. Het hof concludeert dat de officier van justitie desbewust de positie van de advocaat heeft misbruikt om ander bewijs te vergaren tegen de verdachte en zijn medeverdachten. Het OM heeft geen cassatieberoep ingesteld en het arrest van het Hof is in kracht van gewijsde gegaan. Maar daarmee is de kous voor S niet af.

De Haagse deken is in verband met eventuele tuchtrechtelijke maatregelen geïnteresseerd in het strafdossier en vraagt hiervan, voordat de strafzaak bij het hof in appel wordt behandeld, met een beroep op de Wet openbaarheid bestuur afschriften bij het Rotterdamse parket, omdat S met een beroep op zijn geheimhoudingsplicht heeft geweigerd het strafdossier ter beschikking van de deken te stellen. S verzet zich tegen deze afgifte en in een bestuursrechtelijk kort geding heeft de

100 HR 29-06-1993, NJ 1993, 692. De hierop betrekking hebbende klacht is door de ECRM niet ontvankelijk verklaard: ECRM 06-04-1995, Mulders, nr. 23231/94 Hudoc; zie ook § 2.10.7.1 en 2.11.14.7.

101 Hof 's-Gravenhage 17-02-1999, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, 47; zie ook Spronken 1999 III.

President van de Rechtbank Rotterdam de hoofdofficier verboden de deken inzage te geven in een aantal medische stukken en de onrechtmatig verkregen tapverslagen¹⁰². De overige stukken mogen, mits geanonimiseerd voorzover het derden betreft, wel worden verstrekt. Dit laatste is ook gebeurd. Vervolgens doet de Rechtbank Den Haag in de bodemprocedure van de Wobzaak op 23 september 1999 uitspraak¹⁰³. Anders dan de president voorlopig oordeelde, is de rechtbank van oordeel dat er in het geheel geen stukken hadden mogen worden verstrekt. Interessant is dat de bestuursrechter uitgebreid ingaat op het belang van de verkrijging van de stukken voor de deken in verband met zijn taak tot handhaving van het tuchtrecht en het belang van de vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt. De rechtbank oordeelt in zijn algemeenheid dat ingeval van openbaarmaking van informatie uit een strafdossier – in beginsel – het algemene publieke belang niet zal opwegen tegen het belang van bescherming van de privé-sfeer en het belang van het voorkomen van onevenredige benadeling en dat in beginsel afschriften van dergelijke stukken dus moeten worden geweigerd. In het onderhavige geval kan de rechtbank er echter niet aan voorbij zien, dat aan de zijde van de deken tevens een zwaarwegend specifiek belang speelt, namelijk dat van een goed en behoorlijk functionerende balie, welk belang de deken zich ingevolge artikel 46f Advocatenwet moet aantrekken. Van de andere kant kan de rechtbank er evenmin aan voorbij zien dat de inhoud van de te verschaffen informatie betrekking heeft op de verhouding tussen de advocaat en zijn cliënten en dat aan de zijde van S het fundamentele belang van vertrouwelijkheid van al hetgeen door een advocaat als zodanig wordt gezegd en gedaan een rol speelt. In deze belangenafweging is de rechtbank van oordeel dat het publieke belang van een goed en behoorlijk functionerende balie zwaarder dient te wegen dan het belang van vertrouwelijkheid van al hetgeen door een advocaat als zodanig wordt gezegd en gedaan, *mits* de informatie betrekking hebbend op die vertrouwelijkheid op rechtmatige wijze in het bezit van het desbetreffende overheidsorgaan is gekomen. De rechtbank stelt vast dat in het onderhavige geval zich de bijzondere omstandigheid voordoet, dat de stukken deels betrekking hebben op onrechtmatig verkregen bewijs in strafrechtelijke zin en dat de overige stukken daarmee zijn verweven. Uiteindelijk komt de rechtbank tot het oordeel dat nu de strafrechter aan de onrechtmatigheid niet de conclusie van gedeeltelijke bewijsuitsluiting heeft verbonden maar de niet-ontvankelijkheid van het OM, een redelijke belangenafweging moet leiden tot weigering van de afgifte aan de deken van alle stukken. Tegen deze beslissing wordt beroep ingesteld door de minister van justitie en de Haagse deken. De Raad van State oordeelt op 20 juli 2000 dat de rechtbank tot een correcte beslissing is gekomen, maar op onjuiste gronden. Volgens de Raad van State is de wijze waarop informatie door de overheid is verkregen en de rechtmatigheid van de totstandkoming van de informatie voor de toepassing van de Wob niet relevant. Openbaarmaking ingevolge de Wob dient uitsluitend het publieke belang van een goede en democratische bestuursvoering en ten aanzien van de openbaarheid wordt geen onderscheid gemaakt naar gelang de persoon of

102 Inzage strafdossier in het kader van de WOB, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, p. 140-141.

103 Rb Den Haag, sector bestuursrecht, 23-09-1999, nr. AWB 98/6800 BESLU, niet gepubl.

de oogmerken van verzoeker (i.c. de deken, TS). Ingevolge artikel 10 lid 2 aanhef en onder e en g van de Wob blijft informatieverstrekking op grond van de Wob achterwege indien het belang van verstrekking niet opweegt tegen de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer of indien de betrokken persoon of rechtspersoon of derden daardoor onevenredig worden geschaad. Toetsend aan deze criteria komt de Raad van State tot de conclusie dat andere stukken dan de processen-verbaal van de openbare terechtzitting en het vonnis van de rechtbank op grond van de Wob niet hadden mogen worden verstrekt¹⁰⁴.

De tuchtzaak is intussen echter door de Haagse deken aanhangig gemaakt en de stukken die door het OM zijn verstrekt zijn ter beschikking gesteld van de Raad van Discipline in Den Haag. De deken dient twee klachten in. De eerste klacht van de deken luidt dat S niet heeft gehandeld zoals een goed advocaat betaamt, omdat hij heeft deelgenomen aan een criminele organisatie, althans dat hij daarbij betrokken is. De tweede klacht luidt dat S ten onrechte geweigerd heeft de deken informatie te verstrekken in verband met een tuchtrechtelijk onderzoek. Een van de verweren van S is dat de deken niet ontvankelijk dient te worden verklaard omdat de klachten gebaseerd zijn op onderdelen van het strafrechtelijk dossier waarover de deken niet had mogen beschikken, omdat dit zodanig veel bewijs bevat dat jegens S onrechtmatig is verkregen dat daardoor het hele dossier is besmet, om welke reden het OM in de strafzaak niet ontvankelijk is verklaard. De RvD Den Haag verwerpt dit verweer door te overwegen dat reeds het enkele feit dat de deken door het OM en de rechter-commissaris in kennis is gesteld dat S was aangehouden op verdenking van deelneming aan een criminele organisatie voldoende aanleiding voor de deken is om een tuchtrechtelijk onderzoek in te stellen. Het feit dat bij de opsporing het OM op onrechtmatige wijze bewijs tegen S heeft vergaard heeft weliswaar gevolgen voor de strafvervolgning van S, maar staat er volgens de RvD niet aan in de weg dat de deken op grond van de verantwoordelijkheid die hij als deken heeft, zich in het kader van een tuchtrechtelijk onderzoek voorziet van informatie omtrent de feiten die hebben geleid tot de ingestelde strafvervolgning. Hieraan doet niet af dat het verzet van S tegen de afgifte van het dossier door het OM aan de deken door de rechtbank Den Haag, afdeling bestuursrecht is gehonoreerd. Vervolgens overweegt de RvD:

“Vanwege het publieke belang van een goed en behoorlijk functionerende balie is de organisatie van de advocatuur in Nederland geschoeid op wettelijke basis, te weten de Advocatenwet, waarin waarborgen zijn geschapen ten behoeve van het ethisch en kwalitatief niveau van

104 Raad van State, Afdeling Bestuursrechtspraak, 20-07-2000, nr. 199902987/1, NJB 2000, 33, p. 1677. De Raad van State verwijst in zijn uitspraak naar zijn eerdere uitspraak d.d. 28 mei 1999, NJB 1999, p. 1327, nr. 29 in de procedure aangespannen door de Groningse hoogleraar Damen. Naar aanleiding van deze uitspraak heeft het openbaar ministerie besloten strafrechtelijke gegevens aan derden voor niet-strafrechtelijke doeleinden niet meer op basis van de Wob, maar op basis van de Wet persoonsregistraties (WPR) te gaan verstrekken. De WPR biedt het OM de mogelijkheid om zowel passief als actief informatie te verstrekken en dit kan ook gebeuren ten behoeve van de beoordeling van de vraag of tuchtrechtelijke maatregelen tegen een bepaalde persoon moeten worden getroffen, zie Staatscourant 3 mei 2000, nr. 86, p. 9 e.v. en voor een samenvatting: Gegevensverstrekking door het OM voor niet-strafrechtelijke doeleinden, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, p. 191-194.

de advocatuur. Enerzijds is er een drempel waardoor men slechts tot de advocatuur kan toetreden indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan en nadat de eed of belofte is afgelegd, anderzijds is iedere advocaat die toetreden is onderworpen aan voor de advocatuur geldende regels en aan het tuchtrecht.

Anders dan in het strafrecht, waarin een verdachte niet verplicht is te antwoorden op vragen in het kader van een tegen hem gericht strafrechtelijk onderzoek, geldt bij een tuchtrechtelijk onderzoek of een verzoek om informatie van de deken dat met een mogelijk tuchtrechtelijk onderzoek verband houdt dat de advocaat tegen wie het onderzoek of de controle is gericht, verplicht is alle gevraagde inlichtingen aanstonds te verstrekken.

Anders dan dat voor een verdachte in een strafrechtelijk onderzoek geldt, brengt het zijn van advocaat met zich mee dat de advocaat in een tuchtrechtelijk onderzoek met open vizier opereert.

Deze inlichtingenplicht, neergelegd in regel 37 van de Gedragsregels, is niet in strijd met het "nemo tenetur-beginsel", inhoudende dat niemand verplicht is aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Dit beginsel geldt immers niet in tuchtrechtelijke zaken terwijl wat het strafrechtelijk aspect betreft geldt: dat inlichtingen in deze tuchtrechtprocedure vertrouwelijk kunnen worden verstrekt en in beslotenheid kunnen worden behandeld (...) en dat de overheid van eventuele belastende informatie die niettemin op grond van deze inlichtingenplicht is verkregen geen gebruik mag maken als bewijsmateriaal in een strafrechtelijk onderzoek tegen degene die de inlichtingen heeft verstrekt (vgl. *Saunders vs. Verenigd Koninkrijk*, Europese Hof voor de Rechten van de mens, 17-12-1996, ECHR Reports 1996-VI, p. 2044, NJ 1997/69¹⁰⁵).

Ten tijde van het afsluiten van dit onderzoek¹⁰⁶ zijn beide tuchtzaken nog niet afgewikkeld. Tegen de hiervoor genoemde uitspraak van de RvD van 17 januari 2000 is hoger beroep ingesteld en de klacht met betrekking tot de deelname aan de criminele organisatie is nog in behandeling bij de RvD Den Haag.

Op basis van voorgaande uitspraken kan worden geconcludeerd dat het in de meerderheid van de tuchtzaken niet zo relevant wordt geacht of de informatie waarop de klacht is gebaseerd, afkomstig is uit onrechtmatig verkregen bewijs in de strafzaak. Gelet op het doel van de tuchtrechtspraak wordt de sanctie van bewijsuitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs in de strafzaak niet gepast geacht. Bovendien kan, gelet op de informatieplicht van de advocaat ex regel 37 Gedragsregels 1992 van de advocaat geëist worden dat hij de onrechtmatig verkregen informatie zelf ter beschikking stelt. Doet hij dat niet, dan wordt hij wegens overtreding van deze gedragsregel bestraft. In het geval van S legde de RvD Den Haag de maatregel van schraping van het tableau op, wegens het weigeren van het verstrekken van inlichtingen aan de deken¹⁰⁷.

¹⁰⁵ RvD 17-01-2000, nr. R 1673/99.77, niet gepubl.

¹⁰⁶ September 2000.

¹⁰⁷ Zie voor de bespreking van de aspecten in deze tuchtzak die betrekking hebben op de geheimhouding § 3.7.3.

3.7.3 Beroepsgeheim en de tuchtprocedure

Gedragsregel 37 verplicht de advocaat tot medewerking aan een tuchtrechtelijk onderzoek en bepaalt dat de advocaat zich hierbij in beginsel niet op zijn geheimhoudingsplicht mag beroepen. De grond voor deze inbreuk op de geheimhoudingsplicht is in de eerste plaats dat een onderzoek van de deken en de Raad van Discipline naar aanleiding van een klacht zinloos zou zijn, als de advocaat niet zou meewerken. In de tweede plaats wordt ervan uitgegaan dat de medewerking van de advocaat aan de tuchtprocedure het vertrouwen in de advocatuur bevordert¹⁰⁸. De advocaat tegen wie een klacht wordt ingediend, dient dus zijn medewerking te verlenen aan het onderzoek van de deken en de tuchtrechter¹⁰⁹. In de literatuur bestaat er verschil van mening over de vraag of het beroepsgeheim in de tuchtrechtspraak opzij kan worden gezet. Met name tijdens de discussie naar aanleiding van de preadviezen over het professionele verschoningsrecht tijdens de vergadering van de NJV in 1986¹¹⁰ is naar voren gebracht, dat nu het verschoningsrecht moet worden gezocht in een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel, dit niet zomaar in disciplinaire zaken buiten werking kan worden gezet¹¹¹. Anderen zijn echter van mening dat het tuchtrecht nu juist een van de voorwaarden is om een beroepsgroep in aanmerking te laten komen voor een verschoningsrecht, omdat een onjuist gebruik van het beroepsgeheim in het tuchtrecht kan worden getoetst. Een dergelijke toetsing is niet mogelijk als de advocaat zich ook in de tuchtzaak op zijn geheimhoudingsplicht kan beroepen¹¹². Volgens de jurisprudentie van het HvD schendt een advocaat zijn geheimhoudingsplicht jegens een cliënt die een klacht tegen hem indient niet, indien hij in de tuchtprocedure gebruik maakt van gegevens die de cliënt aan hem heeft toevertrouwd om zich tegen de klacht te verdedigen¹¹³. Waar het echter om draait is of de advocaat in het kader van een tuchtrechtelijke procedure ook mag (of op

108 Zie de toelichting op regel 37 Gedragsregels 1992.

109 Voor tuchtrechtelijke uitspraken waarin de verplichting tot medewerking in de tuchtprocedure is benadrukt kan worden verwezen naar HvD 17-01-1966, Advocatenblad 1967, p. 519. Zie voor eenzelfde uitspraak een beslissing van het HvD onder nr. 170 (ongedateerd) Advocatenblad 1967, p. 590; RvD Den Bosch 15-12-1986, nr. B 26-1986, niet gepubl., waarin de raad, verwijzend naar voormelde uitspraken van het HvD, overweegt dat een advocaat zich niet kan beroepen op een eigen recht om niet mee te hoeven werken aan het verschaffen van bewijs dat tegen hem zou kunnen worden gebruikt en verplicht is op loyale wijze aan een tegen hem gevoerd disciplinair onderzoek mee te werken. Dit wordt nog eens uitdrukkelijk met verwijzing naar de wetsgeschiedenis bevestigd in HvD 18-11-1991, Advocatenblad 1992, p. 266. Zie in dit verband ook Van Heloma Lugt 1998, p. 47-50.

110 Vranken 1986; Lubbers 1986. Zie voor een uitgebreide bespreking van het verschoningsrecht § 2.10 e.v.

111 Zie met name de interventie van Hertoghs Handelingen NJV 1986, p. 41-46.

112 Vranken 1986, p. 74-75 en Van Heloma Lugt 1989, p. 48-49. Zij wijst er overigens op, dat in de tuchtprocedure van een verschoningsrecht sec geen sprake kan zijn omdat de advocaat in de tuchtprocedure niet als getuige maar als partij optreedt. De advocaat kan zich dan dus niet beroepen op een verschoningsrecht, maar hoogstens op zijn verplichting tot geheimhouding ex art. 272 Sr. Als de advocaat in de tuchtprocedure als getuige optreedt dan zijn op grond van art. 49 lid 11 Advocatenwet de bepalingen van de artikelen 217-219 Sv van overeenkomstige toepassing.

113 Zie Boekman 1998, p. 66-67.

verzoek van zijn cliënt, die niet de klager is, moet) zwijgen. Deze kwestie wordt gecompliceerd door de omstandigheid dat regel 37 op de algemene regel, dat de advocaat zich in het kader van het tuchtrechtelijk onderzoek niet op zijn geheimhoudingsplicht mag beroepen, een uitzondering maakt, door te bepalen dat een beroep op de geheimhoudingsplicht niet is toegestaan "behoudens in bijzondere gevallen". Over de vraag wanneer er zich een bijzonder geval voordoet is weinig tuchtrechtelijke jurisprudentie. Een van de zaken waarin dit speelt is de hiervoor in § 3.7.2 besproken tuchtprocedure in de Iglo-zaak¹¹⁴. In deze zaak had de advocaat S ook een beroep gedaan op zijn geheimhoudingsverplichting tegenover zijn cliënten, die hem uitdrukkelijk hadden verzocht zich hieraan te houden. Naar aanleiding hiervan overweegt de RvD Den Haag dat de geheimhoudingsplicht ingevolge regel 37 Gedragsregels 1992 voor de inlichtingenplicht moet wijken, behoudens bijzondere gevallen. De RvD gaat vervolgens na of er zich in casu een bijzonder geval voordoet. De omstandigheid dat anderen (al dan niet) op onrechtmatige wijze de beschikking hebben gekregen over informatie die onder de geheimhoudingsplicht valt, wordt door de RvD niet aangemerkt als een 'bijzonder geval' zoals bedoeld in regel 37. Op het uitdrukkelijk verzoek van de cliënten van S gaat de RvD niet in, maar hij overweegt wel ten overvloede, dat indien S met het oog op zijn geheimhoudingsplicht er bezwaar tegen heeft de inlichtingen te verstrekken waartoe hij op grond van regel 37 gehouden is, vanwege de mogelijkheid dat deze informatie op een openbare zitting van de Raad van Discipline in de openbaarheid zou komen, het op de weg van S had gelegen om dienaangaande in overleg met de deken naar een oplossing te streven voor dit probleem. Daarvoor was in het kader van de behandeling van de zaak door de deken al gesuggereerd dat het verstrekken van deze inlichtingen achter gesloten deuren zou kunnen plaatsvinden, uitsluitend in aanwezigheid van de leden van de Raad, de griffier en de deken, waarvan ieder op zijn/haar beurt weer een geheimhoudingsplicht heeft. Deze mogelijkheid heeft S echter van de hand gewezen. Op grond hiervan komt de RvD tot het oordeel dat S geen beroep op zijn geheimhoudingsplicht toekomt¹¹⁵.

De reden dat S zich op zijn geheimhoudingsplicht tegenover zijn cliënten beriep, was dat hij bij het geven van inlichtingen op een openbare zitting zijn cliënten zou kunnen belasten. In het geval van S was de klacht door de deken ingediend en zou een behandeling achter gesloten deuren een oplossing kunnen bieden voor het probleem dat bij een doorbreking van de geheimhoudingsplicht het belang van de cliënt zou kunnen worden geschaad. In het geval dat een derde klager is, bijvoorbeeld de officier van justitie, biedt een behandeling achter gesloten deuren echter geen oplossing. Dit speelde in een zaak waarin een klacht was ingediend door de officier van justitie tegen een advocaat omdat deze voor een cliënt een stof in bewaring had genomen, welke later cocaïne bleek te zijn. Verder had de advocaat het paspoort van de cliënt in bewaring genomen en zou hij zijn cliënt hebben geadviseerd over een schijnhuwelijk. Tijdens de behandeling van de

114 RvD 17-01-2000, nr. R 1673/99.77, niet gepubl.

115 Tegen deze beslissing van de RvD Den Haag is hoger beroep ingesteld dat ten tijde van de afronding van dit onderzoek nog niet is behandeld.

tuchtzaak beriep de advocaat zich op zijn geheimhoudingsverplichting omdat hij door het geven van inlichtingen in aanwezigheid van de officier van justitie, zijn geheimhoudingsplicht ten opzichte van zijn cliënt zou schenden. Naar aanleiding hiervan heeft de RvT te Amsterdam de advocaat buiten de aanwezigheid van de officier van justitie gehoord¹¹⁶.

Uit bovengemelde uitspraken kan worden afgeleid dat in de tuchtrechtspraak wordt erkend dat de advocaat zich in aanwezigheid van derden op zijn geheimhoudingsplicht moet kunnen beroepen, als het belang van zijn cliënt dat vordert. In de tuchtprocedure kan hieraan een mouw worden gepast, door de zaak met gesloten deuren te behandelen¹¹⁷ of de advocaat buiten aanwezigheid van derden te horen¹¹⁸.

Onder welke omstandigheden er sprake is van 'een bijzonder geval' zoals bedoeld in regel 37, waarbij de advocaat ook tegenover de tuchtrechter een beroep kan doen op zijn geheimhoudingsplicht, is nog niet uitgekristalliseerd. Tegenover de hierboven aangehaalde uitspraken, waarin geen bijzondere omstandigheden worden aangenomen op grond waarvan de tuchtrechter een beroep van de advocaat op zijn verplichting tot geheimhouding zou moeten respecteren, staan twee uitspraken waarin – in min of meer vergelijkbare situaties – een beroep op de geheimhoudingsverplichting wél wordt gehonoreerd. Op 5 juni 1989 oordeelde de RvD Den Haag dat uit parlementaire stukken met betrekking tot wetsontwerp 16 094 – dat heeft geleid tot de wijziging van het advocatentuchtrecht¹¹⁹ – blijkt dat het beroepsgeheim van de advocaat ook geacht wordt te gelden tegenover de tuchtrechter, tenzij de voormalige cliënt de advocaat van zijn geheimhoudingsplicht ontslaat¹²⁰. In deze zaak speelde de vraag of de advocaat had meegewerkt aan de verdwijning van bewijsmateriaal. Hieromtrent waren tegenover de politie tegenstrijdige verklaringen afgelegd. De advocaat ontkende de beschuldiging, maar kon deze ontkenning niet onderbouwen omdat zijn cliënt hem niet wilde ontslaan uit zijn geheimhoudingsverplichting. De advocaat nam in de tuchtprocedure het standpunt in dat hij gelet op zijn geheimhoudingsplicht geen verdere mededelingen kon doen ook al zou dit betekenen dat hem een tuchtrechtelijk maatregel zou worden opgelegd. Een complicerende factor was, dat in dit geval de oplossing van het horen van de advocaat buiten de aanwezigheid van de officier van justitie geen soelaas bood, omdat uit de uitkomst van de tuchtrechtelijke procedure door de officier van justitie al conclusies zouden kunnen worden ge-

116 RvT Amsterdam, 15-10-1981, Advocatenblad 1982, p. 547, zie met name de noot bij deze uitspraak.

117 Art. 49 lid 11 Advocatenwet biedt de mogelijkheid de behandeling van een klacht wegens gewichtige redenen met gesloten deuren te behandelen.

118 Zie ook Van Heloma Lugt 1998, p. 50. Zij verwijst naar een vergelijkbare procedurele gang van zaken in het notariële tuchtrecht.

119 Per 1 februari 1986: Wet van 12 september 1984, Stb. 1984, 417.

120 Dit wordt door de minister van justitie met zoveel woorden gesteld, tijdens de behandeling in de Eerste Kamer, naar aanleiding van een vraag in het Voorlopig verslag, of de geheimhoudingsplicht van de advocaat ook voor de tuchtrechter geldt. Zie EK 1984-1985, 16 094, nr. 142a, Voorlopig verslag p. 3 en EK 1984-1985, 16 094, nr. 142b, MvA, p. 5. Zie ook TK 1983-1984, 16 094, nr. 10, p. 3 en p. 7; Handelingen TK 1983-1984, p. 3654.

trokken met betrekking tot het waarheidsgehalte van de verschillende verklaringen die in de strafzaak waren afgelegd. De cliënt van de advocaat had namelijk ontkend dat zich enig bewijsmateriaal in zijn woning zou hebben bevonden, terwijl zijn vriendin, die in de zaak tevens als medeverdachte werd beschouwd, had verklaard dat zij op verzoek van de advocaat het bewijsmateriaal had weggehaald. Als de klacht gegrond zou worden verklaard dan zou dit ook een indicatie kunnen vormen voor het waarheidsgehalte van de verklaring van de vriendin van de verdachte, hetgeen in het nadeel van de verdachte zou kunnen uitwerken. In dit geval kon de omstandigheid dat de advocaat zijn ontkenning in de tuchtzaak niet onderbouwde, naar de mening van de RvD niet ten nadele van hemzelf worden uitgelegd¹²¹. Nog recentelijk legde het HvD, eveneens in een zaak, waarin de cliënt de advocaat uitdrukkelijk had verboden zijn geheimhoudingsplicht in het kader van de tuchtrechtelijke procedure te schenden, dezelfde criteria aan als in de strafrechtelijke procedure. Het HvD overwoog dat nu de geheimhoudingsplicht ingevolge de artikelen 218 Sv en 191 Rv is beperkt tot hetgeen de advocaat in zijn hoedanigheid van advocaat door een cliënt is toevertrouwd, dit de advocaat in elk geval niet vrijstelt van de verplichting aan het onderzoek van de deken mee te werken, voorzover de beantwoording van de door de deken in dat kader gestelde vragen niet meebrengt dat geopenbaard wordt wat vanwege de geheimhoudingsplicht van de advocaat verborgen dient te blijven¹²². A contrario kan hieruit worden afgeleid dat de beantwoording van door de deken gestelde vragen kan worden geweigerd met betrekking tot gegevens die onder het verschoningsrecht vallen.

Concluderend kan worden gesteld dat de jurisprudentie over de vraag, in welke omstandigheden de advocaat in het kader van een tuchtrechtelijke procedure een beroep op zijn geheimhoudingsverplichting toekomt, verdeeld is. Uit de wetsgeschiedenis van de herziening van de tuchtrechtspraak kan worden afgeleid dat de advocaat zich ook tegenover de tuchtrechter op zijn geheimhoudingsplicht kan beroepen¹²³. Problemen doen zich met name voor als het neveneffect van een tuchtrechtelijk onderzoek is, dat belangen van cliënten geschaad kunnen worden als de advocaat zijn medewerking verleent zonder een beroep te doen op zijn geheimhoudingsplicht, doordat derden van deze informatie kunnen profiteren. Zoals uit de bovenvermelde jurisprudentie blijkt kan een dergelijk neveneffect niet altijd worden vermeden door een behandeling met gesloten deuren of het horen van de advocaat buiten aanwezigheid van de klager¹²⁴.

¹²¹ RvD Den Haag 05-06-1989, nr. R 276/88.91, niet gepubl.

¹²² HvD 17-05-1999, Advocatenblad 2000, p. 136.

¹²³ EK 1984-1985, 16 094, nr. 142b, MvA, p. 5.

¹²⁴ Overigens bevat de tuchtregeling voor advocaten, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de Medische Tuchtwet, voor de deken, de leden van de Raden van Discipline en het Hof van Discipline geen geheimhoudingsverplichting ten aanzien van de tuchtzaak zelf, zie M. Leijten 1991, p. 311-313.

3.8 De relatie tussen de advocaat en de cliënt

In § 3.5 is aangegeven dat de partijdige belangbehartiging, de vertrouwensrelatie met de cliënt en een kwalitatief goede dienstverlening belangrijke uitgangspunten zijn voor de uitoefening van de taak van de advocaat. Deze uitgangspunten zijn van belang voor de relatie tussen de advocaat en de cliënt. De tuchtrechtspraak die op deze relatie betrekking heeft bestrijkt een scala aan onderwerpen zoals de vrije advocatenkeuze; de betaling en toevoeging van de advocaat; de vraag wie in strafzaken dominus litis is en wanneer er sprake is van (kwalitatief) onvoldoende bijstand; de handhaving van de geheimhoudingsplicht en de naleving van het verbod van behartiging van tegenstrijdige belangen. Bij deze onderwerpen speelt steeds het spanningsveld tussen de eigen belangen van de advocaat en het belang van de cliënt, dat hij in beginsel voorop hoort te stellen. Het gros van de hierna te bespreken klachten zijn afkomstig van cliënten. Dat is slechts anders met betrekking tot de klachten die betrekking hebben op (vermeende) behartiging van tegenstrijdige belangen. Deze klachten zijn vrijwel alle aangekaart bij de deken door een officier van justitie en/of rechter-commissaris. Ten aanzien van deze laatste klachten speelt steeds de vraag of de bezwaren tegen het optreden van advocaten voor meerdere cliënten in één strafzaak wel primair hun oorsprong vinden in het belang van de betrokken cliënten of in het belang van de waarheidsvinding die door het optreden van de advocaat voor twee medeverdachten mogelijk belemmerd zou kunnen worden.

3.8.1 *Advocatenkeuze*

De klachten die betrekking hebben op het recht van advocatenkeuze vallen onder te verdelen in twee categorieën, namelijk zaken die het gevolg zijn van gesteggel tussen advocaten die – soms achter elkaars rug om – proberen zaken van de ander over te nemen en zaken waarin de vraag centraal staat hoe dient te worden gehandeld in situaties dat derden op grond van artikel 38 lid 3 Sv¹²⁵ een advocaat kiezen, terwijl er al een (piket)advocaat in het spel is of de verdachte zelf al een advocaat gekozen heeft.

In de tuchtrechtspraak wordt het uitgangspunt gehanteerd dat het recht op vrije advocatenkeuze van fundamentele aard is en door de advocaat moet worden gerespecteerd¹²⁶. Ook voor de toegevoegde advocaat geldt dat zijn optreden voor een cliënt alleen gelegitimeerd is wanneer en zolang de advocaat het vertrouwen van zijn cliënt geniet. De cliënt is ten overstaan van de advocaat vrij om de relatie te beëindigen wanneer hij dat vertrouwen niet meer heeft en hoeft daarvoor niet bepaalde gronden aan te voeren of dit aannemelijk te maken. De advocaat is gehouden die vrijheid te respecteren en hieraan doet niet af dat de cliënt voor een

125 Zie § 2.3.3; § 2.3.5.9 en § 2.9.1.2.

126 Zie voor algemene jurisprudentie ook Mols en Malherbe 1990, p. 138-140.

wijziging van de toevoeging de goedkeuring nodig heeft van de toevoegende instantie¹²⁷.

In regel 22 Gedragsregels 1992 is bepaald dat indien iemand een advocaat verzoekt de behandeling van zijn de zaak over te nemen, de advocaten onderling overleg voeren zodat de opvolgende advocaat behoorlijk wordt ingelicht over de stand van de zaak¹²⁸. Deze regel beoogt het belang van de cliënt te beschermen omdat overleg tussen de advocaten de behandeling van de zaak ten goede komt. Uit de tuchtrechtspraak blijkt echter dat regel 22 ook wordt geïnterpreteerd als een zorgvuldigheidsnorm voor advocaten onderling. Het overnemen van zaken zonder overleg met de behandelend advocaat wordt als onzorgvuldig jegens de behandelend advocaat aangemerkt¹²⁹. Verder moet de overnemende advocaat, voordat de zaak wordt overgedragen of eventueel achteraf, zijn voorganger in de gelegenheid stellen bij de cliënt te verifiëren of het daadwerkelijk de wens van de cliënt is van advocaat te wisselen¹³⁰. Voorheen was in de Gedragsregels 1980 bepaald¹³¹, dat de overnemende advocaat zijn hulp niet verleent, dan na overleg met de andere advocaat. Dit overleg had ten doel na te gaan of de cliënt de declaratie van de advocaat, die zijn belangen tot dan toe had behartigd, had voldaan. Was deze declaratie niet voldaan, dan mocht de opvolgende advocaat zijn hulp niet verlenen dan na toestemming van de andere advocaat¹³². Deze regel, die meer oog had op de bescherming van de financiële belangen van de advocaat, dan op het belang van de cliënt is in de huidige gedragsregels vervallen. De advocaat kan ten aanzien van het dossier wel een retentierecht uitoefenen als de declaratie niet is voldaan, maar is volgens het tweede lid van regel 22 niettemin verplicht het dossier aan de opvolgende advocaat af te geven, als de cliënt dat verzoekt, in welk geval de deken voorwaarden kan stellen. Hierbij kan de deken bepalen dat het nog niet betaalde bedrag bij hem in depot wordt gestort, totdat het declaratiegeschil is opgelost.

De voorwaarde dat de overnemende advocaat overleg moet plegen met de behandelende advocaat is al in oude tuchtrechtspraak te vinden¹³³. Verder mag een ad-

127 HvD 20-03-1989, Advocatenblad 1989, p. 548. Hangende een wijziging van de toevoeging dient de advocaat volgens het hof wel te waken voor de belangen van de cliënt zolang hij nog toegevoegd is, met name om ervoor te zorgen dat er geen rechten verspeeld worden.

128 Zie voor een voorbeeld waarin het vooral bij de communicatie tussen de piketadvocaat en de door de broer van de verdachte gekozen advocaten mis ging HvD 20-12-1999, Advocatenblad 2000, p. 845.

129 RvD Amsterdam 13-12-1999, Advocatenblad 2000, p. 790.

130 RvD Amsterdam 20-03-2000, Advocatenblad 2000, p. 970.

131 Regel 33 Gedragsregels 1980.

132 Zie bijvoorbeeld voor een overname in een strafzaak RvD Amsterdam 10-04-1995, nr. 94/135 U, Advocatenblad 1996, p. 92, waarin de RvD van oordeel is dat een advocaat die de behandeling in een strafzaak van een andere advocaat overneemt, zijn werkzaamheden moet staken als hij verneemt dat de cliënt nog een bedrag schuldig is aan de voormalige advocaat, totdat het verschuldigde bedrag is voldaan. Het gaat hier om een feitencomplex dat dateert van november 1992. Opmerkelijk is dat de annotator deze beslissing in overeenstemming acht met de Gedragsregels 1992.

133 RvT Den Bosch, 30-01-1957, Advocatenblad 1961, p. 89, ook in deze zaak speelde een declaratiegeschil.

vocaat zich niet aan een cliënt opdringen, als de advocaat weet dat de betrokken cliënt reeds een andere advocaat heeft of een andere advocaat wil kiezen¹³⁴. Een klacht van een hoofdofficier van justitie dat de advocaat zich aan een verdachte had opgedrongen en deze niet had mogen bezoeken voordat hij zich ter griffie als gekozen raadsman had gesteld werd ongegrond verklaard. De hoofdofficier stelde eveneens dat de advocaat bij zijn bezoek de wachtcommandant op het politiebureau had misleid door op diens vraag of over zijn bezoek contact was geweest met de behandelend rechercheurs had geantwoord 'dat zit wel goed'. In casu had de piketadvocaat de advocaat namens de verdachte gevraagd langs te komen. Volgens de RvD Den Bosch kan een gekozen raadsman ook zonder stelbrief optreden en is hij voor de toegang tot zijn cliënt niet afhankelijk van de toestemming van de behandelend rechercheurs¹³⁵.

Interessant is dat in de tuchtrechtspraak al in 1959 is beslist over de vraag of het laakbaar is dat een advocaat zich als raadsman stelt, als hij door derden, die geen verwanten zijn in de zin van artikel 38 lid 3 Sv, aangezocht is. Op grond van de wet zijn derden, buiten de in artikel 38 lid 3 Sv genoemde, niet tot een dergelijke keuze bevoegd¹³⁶. In een civiele procedure is in 1995 door het Hof Den Haag beslist dat indien een advocaat, die door derden is aangezocht en welke derden niet op grond van artikel 38 lid 2 of 3 Sv bevoegd zijn een raadsman te kiezen, zich *bij de politie meldt om de verdachte te bezoeken*, de advocaat tot deze verdachte moet worden toegelaten zodat de verdachte in de gelegenheid wordt gesteld om hem als raadsman te kiezen¹³⁷. In een zaak die in 1959 speelde, diende een officier van justitie een klacht in tegen een advocaat die zich op verzoek van een

134 RvD Den Bosch 12-05-1997, nr. R 138 b-1996, niet gepubl. In deze zaak ondernam een advocate, ondanks het feit dat zij schriftelijk op de hoogte was gesteld van het optreden van de advocaat, pogingen contact te krijgen met de verdachte om hem over te halen haar als raadsvrouw te kiezen. De RvD legde een waarschuwing op. Gelijksortige beslissingen zijn ook al in oudere uitspraken te vinden: Deken Amsterdam, Advocatenblad 1946, p. 228, waarin een advocaat zich niet had neergelegd bij een de keuze van zijn cliënt voor een andere advocaat en nog contact met hem probeerde te zoeken om hem om te praten; RvT Amsterdam, Advocatenblad 1953, p. 124, waarin een advocaat zich probeerde op te dringen door nog vóór de gekozen advocaat een gedetineerde verdachte te bezoeken; HvD 21-09-1987, nr. 1015, niet gepubl., waarin de advocaat zich op verzoek van een derde had gewend tot de echtgenote van de verdachte om haar te bewegen hem als raadsman te kiezen en geen contact had opgenomen met de toegevoegde advocaat. Volgens het HvD had de advocaat geen contact mogen opnemen met de echtgenote, maar de derde naar de echtgenote moeten verwijzen en een opdracht had moeten afwachten. Het omzeilen van de reeds optredende advocaat was tuchtrechtelijk laakbaar en versterkte de gedachte dat er sprake was van ongevraagd aanbieden van diensten. Zie voor onderlinge 'kif' tussen advocaten, waarbij het belang van de cliënt geen enkele rol meer lijkt te spelen: RvD Den Bosch, 06-07-1992, Advocatenblad 1993, p. 272, waarin de toegevoegde advocaat er bezwaar tegen maakte dat de advocaat, die in andere strafzaken de belangen van de verdachte behartigde, deze bezocht en hem bijstand verleende in het kader van een behandeling van de verlenging van de voorlopige hechtenis in raadkamer in de strafzaak waarin de advocaat was toegevoegd, maar waar hij zelf niet was verschenen. De klachten van de toegevoegde raadsman werden door de RvD niet ontvankelijk (bezoek) respectievelijk ongegrond (bijstand in raadkamer) bevonden.

135 RvD Den Bosch, 11-04-1988, Advocatenblad 1989, p. 650.

136 Zie § 2.3.3.

137 Hof Den Haag, 18-05-1995, NJ 1996, 226. Zie verder § 2.9.1.2.

kennis van de verdachte had gesteld als gekozen advocaat. De Raad van Toezicht achtte de klacht gegrond. Het HvD dacht daar echter anders over. Het hof leidt uit artikel 38 lid 3 Sv af dat de wetgever in beginsel de mogelijkheid aanvaardt dat derden tot het doen van de keuze van een raadsman overgaan, als de verdachte verhinderd is zijn wil te dien aanzien te doen blijken, maar zich tevens heeft onthouden van een regeling omtrent de bevoegdheid tot het doen van zodanig keuze ten behoeve van de verdachte, die *niet* verhinderd is van zijn wil te doen blijken. Het Hof overweegt vervolgens dat van een verdachte die zich in voorlopige hechtenis bevindt niet gezegd kan worden dat deze verhinderd is van zijn wil ten opzichte van de keuze van een raadsman te doen blijken, maar dat rekening moet worden gehouden met de bijzondere omstandigheden waarin deze verdachte zich bevindt. Door de detentie is de verdachte verstoken van de mogelijkheid persoonlijk de raadsman van zijn keuze te benaderen terwijl ook een schriftelijke benadering geen afdoende waarborgen biedt, als hij op korte termijn bijstand nodig heeft. Omdat de wet hierover geen 'stellige richtlijnen' geeft is er volgens het HvD:

"geen plaats voor verwijt jegens den advocaat, die op het verzoek van een derde, van wien hij redelijkerwijs mag aannemen, dat deze zich uitsluitend door zorg voor de belangen van den gedetineerden verdachte doet leiden en niet handelt in strijd met de wensen van laatstgenoemde, zich bij voorraad stelt als gekozen raadsman, en den gedetineerde bezoekt teneinde te vernemen of deze verlangt de door den derde voorlopig gedane keuze te bekrachtigen, waarbij uiteraard de eis moet gelden, dat de advocaat onverwijdeld zijn bemoeiingen stake, zodra de verdachte zich niet bereid betoont hem als raadsman te aanvaarden"¹³⁸.

In 1989 heeft het HvD een beslissing met dezelfde strekking gegeven en overwogen dat:

"het recht van een verdachte om vrijelijk een advocaat te kiezen van fundamentele aard is en dat aan dat recht, zeker door het voor advocaten geldende tuchtrecht, niets in de weg mag worden gelegd. Indien tegen een gedetineerde verdachte door de rechter-commissaris een bevel houdende alle beperkingen krachtens het Wetboek van Strafvordering is afgegeven, moet een verzoek aan een advocaat om voor de verdachte als gekozen raadsman op te treden ook door derden, zoals familieleden en vrienden (curs. TS), gedaan kunnen worden. De aldus aangezochte raadsman mag niet door het voor advocaten geldende tuchtrecht verhinderd of belemmerd worden in de mogelijkheid zich ervan te vergewissen of de verdachte zich inderdaad door hem wil laten bijstaan"¹³⁹.

Waar het op neer komt is, dat de regel van overleg bij overname van zaken geen belemmering mag zijn voor de vrije advocatenkeuze. Een situatie die zich in de

¹³⁸ HvD 08-06-1959, Advocatenblad 1960, p. 148, zie ook de uitvoerige noot van O.A.C. Verpaalen bij deze uitspraak, volgens wie de parlementaire geschiedenis van artikel 38 Sv tot een andere conclusie leidt, dan die het HvD trekt, maar vindt dat met deze historisch-juridische bedenkingen moet laten voor wat ze zijn en zich over de uitspraak alleen maar moet verheugen, omdat deze rekening houdt met de moeilijke omstandigheden waarin de gedetineerde verdachte verkeert.

¹³⁹ HvD 09-10-1989, Advocatenblad 1990, p. 224.

praktijk vaak voordoet is dat familieleden of vrienden op het moment dat zij horen dat een naaste in verzekering is gesteld, een advocaat benaderen met het verzoek om deze bij te staan. Vaak is de verdachte dan al bezocht door een piketadvocaat en heeft de verdachte met deze advocaat, niet wetende dat derden reeds een raadsman voor hem hebben gekozen, afspraken gemaakt over de verdere verdediging. De vraag is dan hoe de advocaten dat onderling moeten oplossen. Leidraad is daarbij dat de keuze van de cliënt doorslaggevend is. Maar deze keuze is uiteraard te beïnvloeden en voorkomen moet worden dat een cliënt belaagd wordt door verschillende advocaten die hem willen overhalen hun bijstand te kiezen. In de tuchtrechtspraak is uitgemaakt dat als de piketadvocaat van de gekozen raadsman de mededeling krijgt, dat deze op grond van artikel 38 lid 3 Sv is aangezocht, de piketadvocaat zich niet onmiddellijk hoeft terug te trekken, maar de cliënt mag bezoeken om hem de vraag voor te leggen wiens bijstand hij wil¹⁴⁰. Als de verdachte dan kiest voor de toegevoegde advocaat, dat staat het de gekozen advocaat niet vrij de cliënt te bezoeken om dit te verifiëren. Hij mag de cliënt daaromtrent wel een brief schrijven, mits hij een afschrift hiervan aan de toegevoegde advocaat stuurt¹⁴¹.

3.8.2 *Betaling en toevoeging*

Wat de betaling van de werkzaamheden van de advocaat aangaat, hebben de tuchtzaken die betrekking hebben op het optreden in strafzaken vrijwel alle betrekking op het bedingen van een vergoeding naast de toevoeging, het niet goed voorlichten van de cliënt over de mogelijkheid voor een toevoeging in aanmerking te komen en het verrekenen van declaraties met in depot ontvangen gelden. In zijn algemeenheid geldt dat indien de cliënt de kosten van de advocaat zelf betaalt, dat de advocaat moet zorgen dat hieromtrent duidelijke afspraken worden gemaakt. De cliënt moet inzicht worden gegeven in de wijze waarop en de frequentie waarmee gedeclareerd wordt¹⁴². De tuchtrechter beslist niet over declaratiegeschillen, tenzij er sprake is van excessief declareren¹⁴³. Dat was het geval bij een advocaat die een cliënt bij stond in een milieustrafzaak. Het dossier in de strafzaak telde 136 ordners, er waren 79 getuigen gehoord en er waren veel zittingen geweest. Vervolgens gaat de cliënt failliet en beklaagt hij zich over de declaraties die in de loop van 7 maanden tot f 850.000,- zijn opgelopen. De RvD acht het gehanteerde uurtarief van f 560,- gelet op het specialisme van de advocaat op het gebied van het milieurecht en zijn ervaring in vergelijkbare grote strafzaken en de complexiteit van de strafzaak niet excessief. Het HvD neemt echter de urenspecificatie onder de loep en stelt vast dat de advocaat voor zichzelf ongeveer 190 uren studie van literatuur en jurisprudentie heeft opgevoerd en daarnaast nog 280 uren voor medewerkers die door hem ter assistentie waren in-

140 RVT Arnhem, 20-04-1983, *Advocatenblad* 1984, p. 26.

141 HvD 09-10-1989, *Advocatenblad* 1990, p. 224.

142 Regel 26 Gedragsregels 1992.

143 Zie Boekman 1989, p. 81-82. Bij geschillen over de hoogte van de declaratie kan de begrotingsprocedure worden gevolgd ex art. 31-40 Wet tarieven in burgerlijke zaken.

geschakeld¹⁴⁴. Als een dergelijk groot aantal uren aan studie van literatuur en jurisprudentie in rekening wordt gebracht teneinde verantwoord te kunnen optreden, dan ontbreekt volgens het hof de rechtvaardiging voor het vol toepassen van het specialisatietarief van 2 x het basisuurloon van f 280,-. In ieder geval is dit uurloon voor de in rekening gebrachte studie-uren onaanvaardbaar en derhalve excessief¹⁴⁵.

Het verrekenen van declaraties met in depot gestorte gelden is zonder schriftelijk vastgelegde toestemming van de cliënt niet toelaatbaar. In een geval waarin inbeslaggenomen gelden ten bedrage van fl. 60.000,- aan de cliënt werden teruggegeven ten behoeve van andere betalingsverplichtingen dan de declaratie van de advocaat en daartoe in depot bij de advocaat werden gestort, verrekenende de advocaat zonder toestemming van de cliënt zijn declaratie met deze gelden. Dit leverde hem een berisping op¹⁴⁶. Evenmin geoorloofd is dat de advocaat na overname van de strafzaak door een andere advocaat, zonder toestemming van de cliënt, het restant voorschot op verzoek van de overnemende advocaat op diens rekening stort. De advocaat heeft over deze gelden geen zeggenschap¹⁴⁷.

Het ontvangen van vergoedingen ingeval de advocaat is toegevoegd, is afgezien van de eigen bijdrage op grond van de Wet op de rechtsbijstand en verschotten die in rekening mogen worden gebracht, absoluut niet toegestaan¹⁴⁸.

Verreweg de meeste klachten hebben betrekking op de voorlichting aan de cliënt om in aanmerking te komen voor gefinancierde rechtsbijstand. Dit is een glibberig gebied, omdat het op zichzelf wel is toegestaan op betalende basis op te treden, ook als de cliënt voor een toevoeging in aanmerking komt, mits dit uitdrukkelijk met de cliënt is afgesproken. Het HvD heeft meermalen overwogen dat er strenge eisen moeten worden gesteld aan een advocaat die met een voor kosteloze rechtsbijstand in aanmerking komende (straf)cliënt afsprekt dat hij zijn bijstand betalend zal verrichten. Een dergelijke afspraak moet volgens regel 24 lid 3 Gedragsregels 1992 schriftelijk worden vastgelegd, maar dat is nog niet genoeg. Uit de schriftelijke verklaring van de cliënt moet met zoveel woorden blijken dat de cliënt daadwerkelijk ervoor heeft gekozen van kosteloze rechtsbijstand af te

144 Derhalve in totaal 470 uren à f. 570,-, dus f 272.600,- exclusief BTW.

145 HvD 07-09-1998, Advocatenblad 1999, p. 458.

146 RvD Amsterdam 10-02-1997, nr. 96/025 U, niet gepubl. Zie voor vergelijkbaar geval HvD 02-08-1966, Advocatenblad 1967, p. 203.

147 RvD Den Haag 05-12-1988, nr. R 219/88.34, niet gepubl.

148 HvD 28-04-1955, Advocatenblad 1956, p. 110: toegevoegd raadsman declareert fl. 75,- bij cliënt en dient daarna een verzoek in om een vergoeding in uit de rijkskas als toegevoegd raadsman. Raadsman stelt die fl. 75,- te hebben ontvangen als voorschot voor een civiele zaak: schorsing 2 maanden; RvT Leeuwarden, 29-06-1961, Advocatenblad 1965, p. 230: Aan gedetineerde cliënt toegevoegde advocaat aanvaardt de ongevraagde toezegging van de schoonzoon van zijn cliënt hem een vergoeding te betalen voor het indienen van een verzoek tot invrijheidsstelling en tracht op grond van die toezegging zijn honorarium te incasseren: berisping; HvD 20-03-1989, nr. 1160, niet gepubl.: de advocaat had betaling ontvangen naast toevoeging: een week schorsing; RvD Leeuwarden 07-05-1996, nr. 45/96, niet gepubl.: de toegevoegde advocaat liet de vriendin van de cliënt f. 2.000,- betalen en betaalde dit bedrag pas terug na dreiging met civiele procedure: waarschuwing. Voorgaande uitspraken hebben betrekking op het optreden in strafzaken, zie voor andere uitspraken Boekman 1998, p. 93-94.

zien¹⁴⁹. De advocaat moet daarbij zijn cliënt voldoende duidelijk maken dat zijn aanmerking kan komen voor kosteloze rechtsbijstand en moet daartoe de cliënt uit eigener beweging naar diens inkomens- en vermogenspositie vragen, teneinde de cliënt behoorlijk te kunnen adviseren over de mogelijkheden van gefinancierde rechtsbijstand¹⁵⁰. In een kinderstrafzaak, waarin de advocaat door de kinderrechter was toegevoegd, sprak de advocaat met de ouders af, naar aanleiding van hun vraag of de kosten gedekt waren, dat hij betalend zou optreden. Het HvD was in deze zaak van mening dat alleen al vanwege het feit dat de advocaat al was toegevoegd, hij zich ervan had moeten onthouden om eventueel door de ouders te betalen rechtsbijstand met hen te bespreken. Het hof vindt dat in het algemeen al te ver gaan. Bovendien had de advocaat in deze zaak de draagkracht van de ouders niet onderzocht¹⁵¹. Ook de cliënt, die vanwege het feit dat hij in voorlopige hechtenis zit en die ongeacht zijn inkomens- of vermogenspositie¹⁵² in aanmerking komt voor een ambtshalve toevoeging, moet door de advocaat hierop worden gewezen¹⁵³.

Het is de advocaat wel toegestaan om hangende een toevoegingsaanvraag een betaling in depot te vragen, maar als de toevoeging wordt afgegeven, moet hij het in depot gestorte bedrag onmiddellijk terugbetalen¹⁵⁴.

Bij de toevoegingsaanvraag moet de advocaat zich realiseren, dat indien hij wel als advocaat aan de cliënt opgegeven inkomens- en vermogensgegevens niet juist zijn, hij de cliënt daarop moet attenderen. Als de cliënt de gegevens niet wil corrigeren dan mag de advocaat niet meewerken aan het aanvragen van een toevoeging en moet hij zich desnoods terugtrekken. De advocaat tekent bij de toevoegingsaanvraag ook voor de juistheid van de gegevens waar de toevoegingsaanvraag op is gebaseerd¹⁵⁵.

Sommige Raden van Discipline hebben zich soepel opgesteld als niet geheel was voldaan aan de inlichtingenplicht van de advocaat, of als een schriftelijke bevestiging van het afzien van gefinancierde rechtsbijstand ontbreekt. In deze gevallen was het vrij evident dat de cliënt bewust van gefinancierde rechtsbijstand had afgezien. Een cliënt die erkend had dat de advocaat hem had gezegd dat hij uitsluitend bereid was hem op betalende basis te bij te staan, kon er volgens de RvD

149 HvD 05-12-1994, Advocatenblad 1995, p. 963; van dezelfde strekking is RvD Den Haag 16-12-1996, nr. R 1101/96.62, niet gepubl., waarin de raad overweegt dat de schriftelijke bevestiging zodanig moet zijn dat de cliënt zich de consequenties van zijn keuze realiseert.

150 RvD Amsterdam 29-06-1992, Advocatenblad 1993, p. 272.

151 HvD 03-10-1988, Advocatenblad 1989, p. 200.

152 Art. 41 Sv. Zie § 2.3.5.1.

153 HvD 05-03-1990, nr. 1291, niet gepubl. en RvD Den Haag 13-01-1992, Advocatenblad 1992, p. 468, waarin de advocaat stelde als gekozen raadsman te zijn opgetreden bij huiszoeking voor invezekeringstelling. Hij was ambtshalve toegevoegd en had verzocht de toevoeging in te trekken. De advocaat had rekeningen gestuurd voor een bedrag van f. 20.000,-. Het hof oordeelt dat de cliënt onvoldoende is voorgelicht over mogelijkheden van kosteloze rechtsbijstand. De advocaat had ook als voorkeurspiketadvocaat kunnen optreden. Bovendien staat niet vast dat afspraak was gemaakt om als gekozen raadsman op te treden. Daarom had de advocaat ten onrechte verzocht de toevoeging in te trekken en aan cliënt een declaratie gestuurd.

154 RvD Den Bosch 14-09-1987, Advocatenblad 1988, p. 571.

155 RvD Arnhem, 26-03-1991, Advocatenblad 1992, p. 103.

Den Haag achteraf niet over klagen dat hij niet goed was voorgelicht, al had de advocaat er volgens de raad beter aan gedaan bij de toezending van de voor-schotdeclaratie in een begeleidende brief aan te geven, dat de mogelijkheid van toevoeging was besproken en dat betaling was afgesproken¹⁵⁶. Een cliënt die eerder door een toegevoegd advocaat was bijgestaan en vervolgens afspraken had gemaakt met een andere advocaat om hem op betalende basis bij te staan, kon zich volgens de RvD Amsterdam er achteraf niet op beroepen dat deze advocaat hem niet gewezen had op de mogelijkheid van gefinancierde rechtsbijstand. In dit geval nam de raad aan dat de cliënt wist dat hij voor een toevoeging in aanmerking kon komen¹⁵⁷. Deze beslissing werd echter door het HvD vernietigd¹⁵⁸. Het hof laat in het midden of de cliënt kon weten dat hij voor een toevoeging in aanmerking kon komen en overweegt dat van de advocaten een grote mate van zorgvuldigheid wordt vereist bij het onderzoek van, of het wijzen op, de mogelijkheid van een toevoeging voor de cliënt die zich tot hem wendt. De advocaat dient een cliënt, die in aanmerking komt voor gefinancierde rechtsbijstand, schriftelijk te bevestigen dat deze daarvan geen gebruik wenst te maken. Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat het verzuimen van een schriftelijke bevestiging op zichzelf al een tuchtrechtelijk vergrijp oplevert.

3.8.3 *Vergoeding van schade ex artikel 591a Sv aan gewezen verdachte*

De achtergrond van de problemen over toevoegingskwesties is, dat de vergoedingen voor het optreden op basis van een toevoeging, met name als het gaat om een wat ingewikkeldere strafzaak, in geen verhouding staan tot de kostprijs van de verleende rechtsbijstand¹⁵⁹. In verband daarmee maken sommige advocaten met hun cliënt de afspraak dat indien de zaak eindigt zonder oplegging van een straf of maatregel, de advocaat geen gebruik maakt van de toevoeging en de cliënt een declaratie stuurt, die vervolgens via de procedure van artikel 591a Sv op de staat kan worden verhaald. Over de geoorloofdheid van een dergelijke handelwijze bestaat bij de verschillende rechterlijke instanties die de verzoeken ex artikel 591a Sv beoordelen, verschil van mening. Overigens is hierover door de tuchtrechter (nog) geen oordeel uitgesproken. Sommige rechterlijke instanties vinden het ongebruikt laten van een toevoeging en het verhalen van de kosten van rechtsbijstand op de staat ongeoorloofd, terwijl andere rechters van mening zijn dat de re-

156 RvD Den Haag 06-01-1997, nr. R 1044/96.05, niet gepubl.

157 RvD Amsterdam 18-11-1996, nr. 96/054 U, niet gepubl.

158 HvD 25-08-1997, Advocatenblad 1998, p. 1160.

159 Volgens het Besluit van 21 december 1999 tot vaststelling van het Besluit vergoedingen rechtsbijstand 2000, Stb. 1999, 580 worden de vergoedingen in strafzaken vastgesteld volgens een puntensysteem, waarbij voor bepaalde verrichtingen vaste vergoedingen worden verstrekt, ongeacht de werkelijke tijd die door de advocaat hieraan wordt besteed. Ook voor de inwerkingtreding van dit vergoedingensysteem gold een zogenaamd moduulsysteem met vaste vergoedingen. Onderzoek van de Orde van Advocaten heeft uitgewezen dat de gemiddelde omzet van de advocaat die uitsluitend op basis van toevoegingen werkt tussen de f. 40,- en f. 120,- per uur is, waarop gemiddeld 55% kantoorkosten in mindering dienen te worden gebracht, zodat het bruto inkomen varieert van f. 20,- tot f. 60,- per uur, waarover nog premies sociale verzekering en belasting moeten worden betaald.

geling inzake kosteloze rechtsbijstand subsidiair is en dat het ongebruikt laten van een verleende toevoeging niet betekent dat er geen aanspraak meer zou bestaan op een vergoeding krachtens artikel 591a Sv¹⁶⁰. De achtergrond van de eerstgenoemde uitspraken lijkt te zijn, dat de toekenning van de vergoeding niet zozeer in het belang van de gewezen verdachte is, voor hem maakt het immers niet uit of de advocaat een toevoegingsvergoeding krijgt of dat de staat het volle pond dient te betalen, maar dat de toekenning van de vergoeding vooral in het belang van de advocaat is en tegen het betalen van gepeperde advocatenrekeningen bestaat kennelijk bij sommige leden van de rechterlijke macht een zekere weerstand. Intussen is wel de merkwaardige situatie ontstaan dat door de tegenstrijdige rechterlijke uitspraken in de verschillende hofressorten rechtsongelijkheid is ontstaan. Afhankelijk van het arrondissement of ressort waarin de zaak dient, kan de advocaat soms wel en soms niet via de weg van artikel 591a Sv een adequate vergoeding krijgen voor zijn werkzaamheden. Deze kwestie heeft begin 2000 de aandacht van de Tweede Kamer getrokken en er zijn kamervragen gesteld, waarop de minister heeft geantwoord dat hij voornemens is bij een wijziging van de Wet op de rechtsbijstand een oplossing voor de gerezen problemen aan te dragen¹⁶¹. Hoe deze wijziging er uit gaat zien is echter op dit moment¹⁶² niet bekend¹⁶³.

3.8.4 *Dominus litis*

In het vorige hoofdstuk is geconcludeerd dat gelet op het systeem van toekenning van bevoegdheden aan de verdachte en zijn raadsman, de omstandigheid dat de verdachte in beginsel niet verplicht is zich door een raadsman te laten bijstaan en ook overigens in beginsel vrij is in de keuze van zijn raadsman, de verdachte in het strafproces als *dominus litis* wordt beschouwd¹⁶⁴. Uit gedragsrechtelijk perspectief heeft de raadsman echter een eigen verantwoordelijkheid die mede tot

160 Zie voor een overzicht van de jurisprudentie: De grillige jurisprudentie over art. 591a Sv, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, p. 236-240. Daaraan kan nog worden toegevoegd Rb Utrecht 20-01-2000, NJ 2000, 325 (verzoek tot vergoeding is afgewezen); Rb Amsterdam 31-03-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 148 (verzoek tot vergoeding is toegewezen); Hof Den Bosch 22-06-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 194 (verzoek tot vergoeding afgewezen); Rb Zwolle 23-02-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 197 en Hof Arnhem 11-10-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 229 (verzoek tot vergoeding afgewezen; overeenkomst tussen raadsvrouw en verzoeker geen gebruik te maken van de voorwaardelijke toevoeging na afspraak is nietig op grond van art. 3:40 BW, omdat deze afspraak geen andere strekking heeft dan het onzeilen van het in de wet neergelegde vergoedingstelsel ten koste van 's Rijks schatkist en ten faveure van de raadsvrouw); Hof Amsterdam 07-11-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 249 (vergoeding afgewezen); Hof Den Bosch 01-11-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 250 (vergoeding afgewezen). Zie ook Boksem en Van der Goot 2000.

161 Kamervragen over toepassing 591a Sv, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, p. 55-57.

162 September 2000.

163 Wel heeft de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak op 5 juli 2000 een aanbeveling vastgesteld inzake de vergoeding van de door de raadsman gemaakte kosten voor het opstellen en de behandeling van een verzoekschrift ex art. 591a Sv, zie Nieuwsbrief Strafrecht 2000, p. 243-244 en Trema 2000, p. 333-334.

164 Zie § 2.5.4.

uitdrukking komt in regel 9 van de Gedragsregels 1992, waarin staat dat de advocaat de volledige verantwoordelijkheid draagt voor de behandeling van de zaak en zich hieraan niet kan onttrekken door zich te beroepen op een opdracht van de cliënt. Dat het standpunt van de cliënt uiteindelijk doorslaggevend is, komt tot uitdrukking in de laatste zinsnede van het eerste lid van regel 9, waarin staat dat de advocaat geen handelingen mag verrichten tegen de kennelijke wil van de cliënt. De onafhankelijkheid van de advocaat blijft echter gehandhaafd, doordat in het tweede lid van regel 9 is bepaald dat bij een blijvend verschil van mening de advocaat zich dient terug te trekken. Dit betekent dat de advocaat zijn visie niet kan opleggen aan de cliënt, maar dat omgekeerd de cliënt dat evenmin kan doen bij de advocaat.

Met name uit de tuchtrechtspraak die betrekking heeft op het optreden van de advocaat in civiele zaken wordt vaak tot uitdrukking gebracht dat de advocaat de leiding van de zaak heeft en de inhoud van de processtukken bepaalt. De grens wordt conform regel 9 gelegd bij handelen tegen de kennelijke wil van de cliënt¹⁶⁵. De algemene regel in de tuchtrechtspraak is dat een advocaat voor het – in overleg met de cliënt – te voeren beleid een ruime vrijheid toekomt en dat een tuchtrechtelijke maatregel pas geïndiceerd is als de advocaat bij de behandeling van de zaak kennelijk onjuist optreedt en adviseert en de belangen van de cliënt daardoor worden geschaad¹⁶⁶. Voorwaarde daarbij is wel dat de cliënt goed wordt geïnformeerd, zodat hij ook de kans krijgt zijn bezwaren in te brengen tegen de behandelingswijze van de advocaat. Heeft de advocaat dat gedaan en heeft de cliënt niet uitdrukkelijk vastgehouden aan zijn bezwaren, dan worden de advocaat geen tuchtrechtelijke verwijten gemaakt, als de cliënt achteraf klaagt dat de advocaat niet gehandeld heeft in overeenstemming met zijn wensen. In zijn algemeenheid wordt aangenomen dat de advocaat geen procedures hoeft aan te spannen of verweren hoeft te voeren die hij zinloos acht¹⁶⁷. Met name over dit laatste aspect wordt regelmatig geklaagd.

Met betrekking tot het optreden in strafzaken wordt door het HvD in één uitspraak het standpunt in genomen dat de advocaat, ook al ziet hij daarvan de zin niet in, aan de wensen van de cliënt tegemoet dient te komen als dat binnen de grenzen van de wet geoorloofd is. In deze zaak wilde de cliënt, die van beroep rij-instructeur was, alles op alles zetten om te voorkomen dat hij een strafblad zou

¹⁶⁵ Voorbeelden van uitspraken met betrekking tot het dominus litis-begrip in civiele zaken zijn: RvD Arnhem, 07-12-1987, Advocatenblad 1988, p. 437; RvD Arnhem, 26-04-1993, Advocatenblad 1994, p. 85. De voorwaarde dat een cliënt tevoren schriftelijk dient te verklaren dat hij zich aan de aanwijzingen van de advocaat zal houden, gaat volgens het HvD echter te ver, ook in een geval dat erop grond van artikel 13 Advocatenwet een advocaat is aangewezen (en het waarschijnlijk gaat om een lastige cliënt die zelf geen advocaat bereid heeft gevonden hem bij te staan): HvD, 21-09-1987, Advocatenblad 1988, p. 405.

¹⁶⁶ RvD Den Haag 02-06-1997, nr. R 1192/96.153, niet gepubl. In deze uitspraak overweegt de raad in zijn algemeenheid dat vooropgesteld dient te worden dat niet elk negatief oordeel omtrent de door de advocaat verrichte werkzaamheden aanleiding is voor een tuchtrechtelijke maatregel. Een tuchtrechtelijke maatregel zal in het algemeen eerst dan geïndiceerd zijn, wanneer de advocaat bij de behandeling van de zaak kennelijk onjuist optreedt en adviseert en de belangen van zijn cliënt daardoor worden geschaad of kunnen worden geschaad.

¹⁶⁷ Zie Boekman 1998, p. 54-65.

krijgen. Daartoe wilde de cliënt op de politierechterzitting nogmaals een getuige doen horen, die al door de politie en de rechter-commissaris gehoord was en processen-verbaal vergelijken met de ondertekende concepten, omdat hij ervan overtuigd was dat deze niet overeenstemden met de concepten en dus vals waren. De advocaat vond dit niet zinvol en heeft aan de wensen van zijn cliënt niet voldaan. Volgens het HvD behoorde het in een geval als het onderhavige tot de taak van de raadsman ervoor te zorgen dat er geen vonnis zou worden gewezen, zonder dat het onderzoek in de ogen van de cliënt volledig was geweest:

“Daarbij geldt niet de maatstaf dat (nader) onderzoek op juridische gronden niet nodig was of mogelijk door de rechter niet werd toegestaan. Indien Mr X zijn cliënt er niet van kon overtuigen dat om een van die redenen beter daarvan kon worden afgezien, had hij aan de wensen van zijn cliënt moeten tegemoet komen, voor zover dat in redelijkheid en binnen de grenzen van de wet mogelijk zou zijn”.

De raadsman had de getuige niet opgeroepen, en hoewel de getuige op de zitting aanwezig was, niet op de getuigenlijst laten plaatsen, omdat hij meende dat de politierechter een verhoor niet nodig zou achten en het verzoek zou afwijzen. Hij vreesde bovendien dat hij de politierechter met dit voorstel nodeloos zou irriteren. Ditzelfde gold voor de concepten van de processen-verbaal. Deze waren door een politiegetuige die ter zitting werd gehoord meegenomen en door de rechter gecontroleerd. De rechter had geconstateerd dat de concepten overeen kwamen met de processen-verbaal in het strafdossier. Desalniettemin is het HvD van oordeel dat de advocaat formeel om het verhoor van de getuige had moeten vragen en de politierechter had moeten vragen de concepten persoonlijk aan zijn cliënt ter inzage te geven. Hieraan doet niet af dat het HvD redenen heeft om aan te nemen dat de inschatting van de raadsman met betrekking tot het nut hiervan op zichzelf juist was¹⁶⁸.

De hiervoor genoemde uitspraak van het HvD is echter een uitzondering. In de meeste gevallen neemt de tuchtrechter aan dat een bepaalde verdedigingsstrategie niet tegen de kennelijke wil van de verdachte is gevoerd, omdat de verdachte zich daarbij heeft neergelegd of omdat niet blijkt dat de verdachte zich daartegen heeft verzet. Omdat deze uitspraken elders niet gepubliceerd zijn, worden zij hier kort weergegeven:

- In een zaak waarin de cliënt de advocaat verwijt dat hij diens brieven niet ter zitting heeft overgelegd overweegt het HvD dat de advocaat zelfstandig – zij het in overleg met de cliënt – dient te bepalen welk beleid hij zal voeren in de strafzaak. Dit beleid mag niet indruisen tegen de wensen van de cliënt. Indien

168 HvD 18-03-1991, Advocatenblad 1992, p. 552. In deze uitspraak is een kentering zichtbaar ten opzichte van een oudere uitspraak waarin de RvT Groningen naar aanleiding van een klacht van een cliënt dat de advocaat het verweer in de strafzaak niet overeenkomstig zijn wensen had gevoerd ongegrond achtte omdat volgens de RvT de advocaat geen verweer hoeft te voeren waarvan hij weet dat het door de rechter niet geloofd wordt: RvT Groningen, 11-01-1963, Advocatenblad 1966, p. 441.

de advocaat de cliënt niet kan overtuigen van de juistheid van het door hem te voeren beleid kan een situatie ontstaan waarbij de advocaat er beter aan doet de behandeling over te dragen aan een andere advocaat. In deze uitspraak, die in dezelfde periode is gedaan als de uitspraak van het HvD d.d. 13 maart 1990 die hiervoor is geciteerd¹⁶⁹, overweegt het HvD niet dat de advocaat in een dergelijk geval tegemoet moet komen aan de wensen van de cliënt, ook al is hij van de zin hiervan niet overtuigd, zolang dat in redelijkheid en binnen de grenzen van de wet mogelijk is¹⁷⁰.

- De cliënt laat verstek gaan en vraagt de advocaat een brief aan de politierechter over te leggen. De advocaat raadt dit af en geeft de brief ook niet aan de politierechter. De RvD overweegt dat de advocaat de leiding van de zaak heeft, zodat het hem vrij stond te beslissen over het al of niet overleggen van de brief. Het HvD gaat hierin mee. De beslissing of bepaalde stukken in het geding moeten worden gebracht ligt volgens het hof bij de advocaat die de zaak behandelt en in casu was het hof het eens met het oordeel van de advocaat dat het overleggen van de brief niet in het belang van de zaak was¹⁷¹.

- In een strafzaak waarin de cliënt politieke aspecten in de verdediging wil betrekken, stelt de advocaat zich op het standpunt dat deze juridisch niet relevant zijn en dat hij op juridische gronden geen vrijspraak kan bepleiten. De RvD deelt het standpunt van de advocaat dat hij de verantwoordelijkheid draagt voor de verdediging, zij het dat hij zich dient te onthouden van handelingen die tegen de kennelijke wil van de cliënt ingaan. In casu was de cliënt in eerste instantie akkoord gegaan met de verdedigingsstrategie. Dat hij daar achteraf op is teruggekomen houdt geenszins in dat de advocaat onjuist en verwijtbaar gehandeld heeft¹⁷².

- Een cliënt klaagt over de omstandigheid dat zijn raadsman in de strafzaak onder andere heeft geweigerd zijn echtgenote als getuige te laten horen. Zij zou een verklaring kunnen afleggen over het (on)rechtmatig binnentreden van de woning van de cliënt door opsporingsambtenaren. Naar aanleiding hiervan overweegt de RvD dat de advocaat tevoren aan zijn cliënt heeft aangegeven geen verweer te willen voeren met betrekking tot het, door cliënt beweerde, onrechtmatige binnentreden en daarom ook de echtgenote niet als getuige wilde laten oproepen, waarbij de cliënt zich kennelijk heeft neergelegd. In dit verband merkt de raad op dat de advocaat in het belang van de cliënt de ruimte moet hebben zelf in te schatten met welk verweer het beste resultaat bereikt wordt. Het opwerpen van allerlei formele weren kan ongunstig uitvallen indien daardoor de aandacht van de materiële weren wordt afgeleid¹⁷³.

169 HvD 18-03-1991, Advocatenblad 1992, p. 552.

170 HvD 22-01-1990, nr. 1408, niet gepubl.

171 HvD 10-09-1990, nr. 1392, niet gepubl.

172 RvD Den Bosch 13-04-1992, nr. M 74-1991, niet gepubl.

173 RvD Den Bosch 22-03-1993, nr. X 43-1992, niet gepubl.

- Een cliënt die in de Mesdagkliniek verblijft verzoekt zijn advocaat de rapportages over hem op te vragen, die de Mesdagkliniek weigert aan de cliënt persoonlijk te verstrekken. De advocaat is bekend met dit beleid en vindt het onterecht. Hij adviseert zijn cliënt om toch de rapportages zelf op te vragen en belooft dit voor hem te doen als de cliënt de rapportages vervolgens niet krijgt. Naar aanleiding van een klacht van de cliënt hierover overweegt de RvD Leeuwarden dat de advocaat een grote mate van vrijheid toekomt met betrekking tot de wijze waarop hij rechtsbijstand verleent. In casu lag aan de weigering van de advocaat in eerste instantie de rapportages op te vragen ten grondslag, dat de advocaat probeerde een wijziging in het beleid van de Mesdagkliniek te bewerkstelligen. Omdat de advocaat niet geweigerd had de rapportage op te vragen, maar de cliënt had gezegd dat deze het eerst zelf moest proberen, was zijn optreden tuchtrechtelijk niet laakbaar¹⁷⁴.
- In een incestzaak wilde de verdachte getuigen oproepen. Zijn advocaat achtte dit niet opportuun. De RvD overweegt dat niet aannemelijk is geworden dat de advocaat in redelijkheid niet tot dit oordeel heeft kunnen komen, noch dat de cliënt in weerwil van het advies van de advocaat is blijven aandringen op het horen van deze getuigen¹⁷⁵.
- In een zaak waarin door de cliënt onder andere werd geklaagd over de weigering van de advocaat een arts als getuige op te roepen omdat de advocaat dit zinloos achtte, overweegt het HvD dat niet gebleken is dat de cliënt daarmee niet had ingestemd. Ook de omstandigheid dat de advocaat ter zitting was afgeweken van de met de verdachte besproken verdedigingsstrategie achtte het hof niet klachtwaardig, omdat hierdoor de belangen van de cliënt volgens het hof niet waren geschaad¹⁷⁶.
- Naar aanleiding van een klacht dat de advocaat geweigerd had voor een cliënt een artikel 12 Sv-procedure te starten omdat hij dit zinloos achtte overweegt het HvD dat de advocaat het recht heeft een opdracht te beëindigen en een nieuwe opdracht niet te aanvaarden. Hij dient er wel voor te zorgen dat de juridische positie van de cliënt daardoor niet wordt geschaad¹⁷⁷.
- Een advocaat ziet, na bestudering van het dossier en bezichtiging van de plaats waar een schietpartij heeft plaatsgevonden, tegen de wil van de cliënt, af van een verzoek tot een reconstructie van de schietpartij waarbij zijn cliënt zou zijn betrokken. Het HvD overweegt dat de advocaat, die de leiding van de verdediging heeft, die beslissing mag nemen. Uit niets is gebleken dat de

174 RvD Leeuwarden 02-12-1994, nr. 9/94, niet gepubl.

175 RvD Den Haag 20-05-1996, nr. R 1038/95.127, niet gepubl.

176 HvD 28-08-1995, nr. 2021, niet gepubl.

177 HvD 01-04-1996, nr. 2141, niet gepubl.

cliënt zich tegen deze beslissing (tijdig) heeft verzet of dat de cliënt daardoor in zijn verdediging is geschaad¹⁷⁸.

Het beeld dat uit deze uitspraken naar voren komt is, dat een cliënt wel erg assertief moet zijn als hij het niet eens is met de verdedigingstrategie van zijn advocaat. Er zullen zeker situaties zijn waarin de klacht is ingegeven door het voor de cliënt teleurstellende resultaat van de strafzaak, waarbij achteraf bij de cliënt de gedachte zal spelen dat de zaak wellicht gunstiger zou zijn afgelopen als de advocaat aan zijn wensen zou hebben voldaan. Mogelijk is ook een gebrek aan duidelijke communicatie debet aan dit soort klachten. Met name de passages in de tuchtrechtspraak dat 'uit niets gebleken is' dat de cliënt zich niet bij het standpunt van de advocaat heeft neergelegd, suggereren dat de cliënt die zwijgt, toestemt. Hierbij kunnen wel wat vraagtekens worden gesteld. Een cliënt is immers zeker wat de juridische aspecten van de zaak betreft afhankelijk van zijn advocaat en zal niet zo snel de 'portefeuille'-kwestie stellen als hij het niet eens is met de strategie van zijn advocaat. Het is dan ook de vraag of de eis, dat de cliënt zich uitdrukkelijk moet hebben verzet tegen het advies van zijn advocaat en dit in een tuchtprocedure ook moet aantonen, niet te zwaar is en of de bewijslast dat de cliënt zich bij een bepaald beleid heeft neergelegd niet beter bij de advocaat zou kunnen worden gelegd. In dat geval wordt bewerkstelligd dat de advocaat bij verschil van mening over de verdedigingsstrategie zorgvuldig moet vastleggen op welke wijze het geschil is opgelost. In een dergelijke situatie zal de advocaat ook tegenover de cliënt beter motiveren waarop zijn oordeel gebaseerd is en de cliënt een duidelijker keuze kunnen bieden. De indruk die uit voormelde tuchtrechtspraak achterblijft is, dat al snel aanvaard wordt dat de advocaat weet wat goed voor de cliënt is en dat de advocaat, als hij daarbij objectief gezien geen fouten heeft gemaakt, tuchtrechtelijk niets te verwijten valt. Dit is een wat andere benadering dan het uitgangspunt dat de cliënt zelf over zijn verdediging beslist en dat de advocaat hem daarbij moet adviseren en ondersteunen, een benaderingswijze die wel in de eerstgenoemde uitspraak van het HvD van 18 maart 1991 is terug te vinden¹⁷⁹.

Duidelijk is de rechtspraak van het HvD wel in gevallen dat de advocaat zijn cliënt afvalt. Dat mag nooit. In een geval waarin de advocaat de voorzitter van de strafkamer verzoekt een andere advocaat toe te voegen en schrijft dat hij na bestudering van het dossier omtrent de rol van de cliënt – voorzichtig gezegd – een andere opvatting heeft gekregen dan de rol die de cliënt zich toegedacht heeft, handelt klachtwaardig omdat de advocaat onnodig aan de rechter iets van zijn mening over de zaak heeft kenbaar gemaakt. Hij had zich ook neutraal kunnen uitdrukken. Nu is hij zijn cliënt naar buiten toe afgevalen. Dat is onjuist en kan de positie van de cliënt in strafzaak schaden¹⁸⁰. In dezelfde zin oordeelde de RvD

178 HvD 13-01-1997, nr. 2258, niet gepubl.

179 HvD 18-03-1991, Advocatenblad 1992, p. 552.

180 HvD 13-01-1992, Advocatenblad 1992, p. 635, zie ook Rubriek Advocatuur DD 1993, p. 285.

Leeuwarden in een geval waarin de advocaat een verschil van inzicht over de verdediging, zonder dat zijn cliënt daarmee instemde, schriftelijk aan de rechtbank kenbaar had gemaakt. De raad overweegt dat wil er van een behoorlijke rechtsbijstand sprake kunnen zijn, de advocaat en cliënt – in ieder geval naar buiten toe – als een eenheid dienen op te treden.

Interessant is tot slot hoe de tuchtrechter zal omgaan met de figuur van verplichte vertegenwoordiging in cassatie in strafzaken. Per 1 oktober 2000 is een verplichte cassatieschriftuur en verplichte procesvertegenwoordiging ingevoerd¹⁸¹. In § 2.4.10.2 is hierover opgemerkt dat de verplichte procesvertegenwoordiging in cassatie een inbreuk vormt op het uitgangspunt dat de verdachte in het strafproces dominus litis is. In de parlementaire behandeling is ervan uitgegaan dat de advocaat die geen gronden voor cassatie aanwezig acht, zijn cliënt zal adviseren het beroep in te trekken, maar is er geen aandacht besteed aan de vraag hoe de advocaat moet handelen in een geval waarin een cliënt zich niet wil neerleggen bij een negatief advies. Gelet op de recente invoering van de figuur van verplichte procesvertegenwoordiging in cassatie is er nog geen tuchtrechtspraak voorhanden die specifiek betrekking heeft op strafzaken. Wel is er in een civiele zaak door het Hof van Discipline geoordeeld over een situatie waarin een cliënt geen advocaat kon vinden die voor hem cassatieberoep wilde instellen. De cliënt had zich vervolgens tot de deken gewend met het verzoek om op grond van artikel 13 Advocatenwet een advocaat aan te wijzen, die ook bij een negatief cassatieadvies beroep in cassatie zou instellen. Dit verzoek werd door de deken afgewezen omdat een advocaat een grote mate van vrijheid heeft ten aanzien van de behandeling van de zaak en niet laakbaar handelt indien hij niet bereid is cassatieberoep in te stellen omdat daar naar zijn oordeel onvoldoende gronden voor zijn. Het HvD steunt de deken in deze opvatting en overweegt dat een advocaat niet precies datgene hoeft te doen wat een rechtzoekende van hem verlangt en volledig verantwoordelijk is voor de wijze waarop hij de belangen van de cliënt behartigt. Hij is ook bij procesvertegenwoordiging niet verplicht een standpunt te verwoorden en te verdedigen waar hij niet achter staat. Naar de mening van het HvD wordt hierdoor het recht van de cliënt op toegang tot de rechter, zoals gewaarborgd in de grondwet en internationale verdragen niet geschonden¹⁸².

3.8.5 *Nalatigheid van de advocaat*

Een belangrijk deel van de klachten over het optreden van advocaten in strafzaken heeft betrekking op nalatigheden, schromelijke verwaarlozing van de belangen van de cliënt of andere onzorgvuldigheden.

181 Wet van 28 oktober 1999, Stb. 467.

182 HvD 20-12-1999, Advocatenblad 2000, p. 846. Of dit standpunt van het HvD zonder meer juist is, is echter de vraag. Zie voor de Straatsburgse jurisprudentie met betrekking tot dit punt § 2.11.10.

Klachten over nalatigheden hebben meestal betrekking op te weinig bezoek, het niet reageren op brieven en de verdediging niet voorbereiden met de cliënt¹⁸³. Opmerkelijk is dat hoewel de meeste klachten over te weinig bezoek en onvoldoende voorbereiding van de zaak gegrond worden bevonden, het opleggen van een maatregel vaak achterwege blijft omdat de cliënt hiervan geen feitelijk nadeel heeft ondervonden in de strafzaak. Dit is een vreemde maatstaf, omdat de bijstand van een advocaat niet alleen ten doel heeft voor de cliënt een zo goed mogelijk resultaat te bereiken, maar ook ten doel heeft de cliënt bij te staan in zijn moeilijke positie en hem voor te lichten en te adviseren¹⁸⁴. Op zichzelf wordt deze laatste functie in de tuchtrechtspraak erkend, zoals hierna zal blijken, maar wordt er pas een wezenlijke maatregel opgelegd als de verdachte in de strafprocedure zelf nadeel heeft geleden (bijvoorbeeld omdat er is vergeten appel in te stellen) of als er sprake is van ernstige verwaarlozing van de belangen van de verdachte. Door de maatstaf te hanteren dat voor een tuchtrechtelijke maatregel pas dan plaats is, als de verdachte bij de behandeling van de zaak kennelijk onjuist is opgetreden of onjuist heeft geadviseerd en de belangen van de cliënt daardoor zijn geschaad, lijkt de schade die veroorzaakt wordt door de omstandigheid dat de cliënt aan zijn lot is overgelaten, ook al heeft dit niet direct gevolgen voor het resultaat in de strafzaak, niet zo zwaar te wegen. Verder valt op dat in vrijwel alle gevallen, waarin door de tuchtrechter wordt vastgesteld dat de advocaat nalatig is geweest in de belangenbehartiging, bij het opleggen van een straf wordt overwogen dat de advocaat niet alleen de belangen van de cliënt die hem zijn toevertrouwd heeft verwaarloosd, maar dat de advocaat ook het publieke belang bij een goede beroepsuitoefening heeft geschaad, doordat door zijn handelen het vertrouwen in de advocatuur is geschaad.

183 RvT Amsterdam, 06-06-1956, Advocatenblad 1959, p. 114: toegevoegde cliënt niet bezocht en niet op brieven gereageerd; RvT Haarlem, 01-07-1960, Advocatenblad 1964, p. 401: nagekomen de cliënt te bezoeken voor behandeling raadkamer omdat de advocaat dat op grond van de stukken zinloos vond; RvT Zwolle, 10-11-1960, Advocatenblad 1964, p. 505: toegevoegde advocaat bezoekt cliënt niet omdat de betaling te gering is en schrijft dit ook aan zijn cliënt; RvT Den Bosch, 13-02-1978, Advocatenblad 1979, p. 136: te weinig bezoek; HvD 25-01-1982, Advocatenblad 1984, p. 252: één keer bezoek gehad, geen bijstand in raadkamer, geen bezoek voor en na de zitting; RvD Den Bosch 30-05-1988, nr. R 32-1988, niet gepubl.: cliënt is nauwelijks bezocht, pleidooi niet voorbereid, advocaat werd steeds door kantoorgenoeten vervangen; RvD Den Haag 21-03-1988, nr. R 177/87.89, niet gepubl.: cliënt zit in alle beperkingen en advocaat laat na ondanks belofte contact op te nemen met de broer van cliënt in verband met verzorging van de hond; RvD Den Haag 21-06-1993, nr. R 704/93.19, niet gepubl.: cliënt niet goed voorgelicht over procedure en geen overleg gepleegd over de verder te ondernemen stappen; RvD Arnhem 20-04-1998, nr. 97-72, niet gepubl.: piketadvocaat bezocht cliënt pas na 30 uur. Dat is te laat. Advocaat had voor vervanging moeten zorgen; RvD Den Haag 07-11-1994, nr. R 767/93.82, niet gepubl.: advocaat is tekort geschoten in de persoonlijke morele begeleiding en ondersteuning die hij als raadsman aan klager die door het gebeurde emotioneel zeer was aangedaan had dienen te geven. Tussen zittingen had de advocaat geen enkel contact gehad met klager en hij had klager niet op de hoogte gehouden van de verwikkelingen in de zaak.

184 Zie ook de jurisprudentie van het EHRM op dit gebied, zie § 2.11.1.

De meeste gevallen van verwaarlozing hebben betrekking op het helemaal niet verschijnen op de zitting, of slechts gedeeltelijk, of totaal onvoorbereid¹⁸⁵. Dit was ook het geval in een zaak waarin de advocaat stelde dat hij in overleg met zijn cliënt was weggebleven bij diverse raadkamerzittingen, omdat deze gebaat was bij een verdere gevangenhouding en zijn aanwezigheid bij de behandeling in raadkamer slechts ertoe zou hebben geleid dat zijn cliënt in vrijheid zou worden gesteld. Tijdens de eerste zitting van de meervoudige strafkamer, waar de advocaat ook niet was verschenen, hadden zowel de behandelend officier van justitie als de voorzitter van de strafkamer contact opgenomen met de advocaat omdat de verdachte een verwarde indruk maakte. Omdat de raadsman ook toen niet verscheen is een andere advocaat toegevoegd. Naar aanleiding van deze gang van zaken overweegt het HvD:

"Tot de taak van een raadsman in strafzaken behoort mede het begeleiden van de door hem bijgestane verdachte ter zitting ten einde hem te informeren over de gang van zaken en het verloop van de zitting, hem waar nodig van advies te dienen en zijn belang te bepleiten. Die noodzaak bestond eens te meer nu, zoals ook uit de mededelingen van mr X blijkt, diens cliënt in ernstige psychische problemen verkeerde en bovendien zowel de officier van justitie als de voorzitter van de strafkamer mr X hadden medegedeeld dat er van uitgegaan werd dat hij ter zitting aanwezig zou zijn. Niet valt in te zien waarom de bijstand van mr X in raadkamer en ter zitting tot gevolg gehad zou moeten hebben dat zijn cliënt in vrijheid zou worden gesteld".

De advocaat wordt een voorwaardelijke schorsing opgelegd voor de duur van een maand met een proeftijd van twee jaar¹⁸⁶. Eenzelfde soort situatie deed zich voor in een zaak die diende voor het Hof te Arnhem waarin de verdachte in eerste aanleg wegens drie verkrachtingen en een afpersing was veroordeeld tot een gevangenisstraf van 3 jaren en TBS. Ongeveer een half uur voor de zitting ontving de voorzitter een brief van de advocaat waarin werd medegedeeld dat de advocaat ter zitting niet aanwezig zou zijn omdat hij verhinderd was. De advocaat vroeg niet om aanhouding omdat de zaak dan te lang zou duren. Hij stelde in de brief de zaak grondig met zijn cliënt te hebben voorbereid en dat de cliënt op de zitting zelf de reden van het ingestelde hoger beroep zou kunnen aangeven. Ter zitting bleek dat de cliënt niet in staat was zijn bezwaren tegen het vonnis in eerste aanleg en het multidisciplinaire advies met betrekking tot zijn persoonlijkheidsstructuur onder woorden te brengen en het hof hield de zaak aan. De advocaat werd verweten dat hij ernstig tekort was geschoten in de verdediging van een cliënt die berecht werd wegens verdenking van zware misdrijven en dat hieraan niet afdeed dat de verdachte bereid was zelf zijn verdediging te voeren. Verder werd de advocaat verweten dat hij in zijn brief het Hof Arnhem had misleid omdat hij niet verhinderd was ter zitting te verschijnen, maar met zijn cliënt had afgesproken

185 RvT Rotterdam, 05-07-1960, Advocatenblad 1964, p. 221: nagelaten het dossier in te zien en zich ontijdig aan de verdediging onttrokken terwijl het een zware strafzaak betrof: schrapping van het tableau; RvD Arnhem, 01-06-1992, Advocatenblad 1993, p. 202: delen van de zitting niet bijgewoond omdat de advocaat gelijktijdig een kort geding had: waarschuwing.

186 HvD 06-12-1993, Advocatenblad 1997, p. 407.

dat deze zichzelf zou verdedigen. De RvD Arnhem oordeelt dat de advocaat zijn cliënt niet alleen naar de zitting had mogen laten gaan en er niet van uit had mogen gaan dat zijn cliënt zelf in staat zou zijn zonder de hulp van een advocaat zijn belangen in hoger beroep te behartigen. Volgens de raad is een goede uitoefening van het beroep van de advocaat een openbaar belang en dit brengt met zich mee dat van een advocaat verlangd mag worden dat hij van de hem toegekende bevoegdheden op een juiste wijze gebruik maakt, ook als zijn cliënt een onjuist optreden aanvaardt. De advocaat krijgt een maatregel van een enkele waarschuwing opgelegd¹⁸⁷.

Tragisch is het optreden van een advocaat die dronken op de politierechterzitting verschijnt om twee cliënten bij te staan. Bij het getuigenverhoor en tijdens het pleidooi in de eerste zaak gedraagt de advocaat zich verward. Zo stelt hij dat zijn cliënt bekend heeft terwijl deze ter zitting heftig ontkent. Als de politierechter de zitting schorst en de advocaat in raadkamer ontbiedt, maakte deze daar een zeer gedeprimeerde indruk en houdt hij een uitvoerig maar verward relaas over zijn privé-problemen. De RvD oordeelt dat de advocaat door dit optreden de advocatuur ernstig in opspraak heeft gebracht en het vertrouwen in de advocatuur heeft geschaad en legt hem, omdat het de tweede keer is dat bij de raad over de advocaat geklaagd wordt in verband met diens optreden als advocaat een voorwaardelijk schorsing op voor de duur van een maand met een proeftijd van een jaar¹⁸⁸. Verder hebben veel klachten betrekking op het nalaten van het instellen van hoger beroep of cassatie, ondanks het feit dat de advocaat dat had beloofd, of het maken van fouten bij het instellen van rechtsmiddelen¹⁸⁹.

187 RvD Arnhem 22-11-1993, nr. 93-52, niet gepubl.

188 RvD Den Bosch 22-06-1987, nr. H 56-1987.

189 Schenk 1975, nr. 122, 1963/50: In het algemeen is het niet te zeggen of het noemen van een verkeerde termijn voor het instellen van een rechtsmiddel laakbaar is. In casu is het noemen van een verkeerde cassatietermijn een disciplinair verzuim omdat het een strafzaak betrof; RvD Arnhem 24-08-1987, nr. 87-27, niet gepubl: ondanks toezegging geen appel ingesteld; RvD Den Bosch 21-12-1992, nr. H 54-1992, niet gepubl.: in deze zaak stelde de advocaat in strijd met de waarheid tegenover de cliënt dat hij wel hoger beroep had ingesteld. Dat leverde hem een berisping op; RvD Arnhem 26-04-1993, nr. 92-89, niet gepubl.: de advocaat had via een andere advocaat die zich in de advocatenkamer bevond beroep laten instellen. Daarmee was iets fout gegaan. Hiervoor is de advocaat verantwoordelijk; RvD Amsterdam 08-03-1993, Advocatenblad 1993, p. 696: Advocaat liet zijn secretaresse telefonisch via een medeverdachte in het Huis van Bewaring zijn Turkse cliënt die de Nederlandse taal niet goed beheerste mededelen dat deze cassatie diende in te stellen. De boodschap was niet goed doorgekomen. Advocaat heeft onzorgvuldig gehandeld; RvD Den Haag 11-01-1993, nr. R 639/92.52, niet gepubl.: advocaat stelt van cliënt geen opdracht te hebben gekregen om een gratieverzoek in te dienen. Hij had voor de zaak echter wel een toevoeging aangevraagd. Hieruit leidt de RvD af dat hij wel degelijk een opdracht had gekregen; RvD Arnhem 22-08-1994, nr. 94-24, niet gepubl.: ondanks toezegging geen beroep ingesteld; RvD Amsterdam 20-11-1995, nr. 95/55 A, niet gepubl.: uitsluitend cassatieberoep ingesteld om executie op te schorten. Cliënt niet geïnformeerd over de gevolgen en de verdere termijnen niet meer bewaakt; RvD Den Haag 16-12-1996, nr. R 1033/95.122, niet gepubl.: advocaat adviseert cliënt verstek te laten gaan zonder te controleren of dagvaarding in persoon is betekend; vergeet zitting in agenda te noteren; laat kantoorgenoot appel instellen pas nadat hij van cliënt hoort van veroordeling. Het appel is niet ontvankelijk. Advocaat dient alert te zijn op appeltermijnen; mag niet afgaan op verklaringen van ondeskundige cliënt maar moet de feiten zelf controleren; RvD Den Haag

Andere gevallen van onzorgvuldig handelen zijn:

- De advocaat die in een strafzaak aanhouding verzoekt van de behandeling ter zitting en zich er niet van vergewist of zijn verzoek wordt ingewilligd. Daarmee riskeert hij dat zijn cliënt bij verstek wordt veroordeeld en faalt hij in ernstige mate en handelt hij in strijd met wat een behoorlijk advocaat betaamt¹⁹⁰.
- Naar de uitspraak mag ook telefonisch worden geïnformeerd. Als de uitspraak aanzienlijk afwijkt van wat verwacht werd, moet de telefonische mededeling worden geverifieerd¹⁹¹.
- Te lang wachten met het berichten van een cliënt of de advocaat de zaak in behandeling neemt is onzorgvuldig¹⁹².
- In een uitleveringszaak kon tegen een Belgisch vonnis nog verzet worden aangetekend. De cliënt had aan advocaat gezegd niets meer met België te maken willen hebben, waarop de advocaat niets meer had ondernomen. Het was duidelijk dat aantekenen van verzet van belang was en de advocaat had dit aan de cliënt moeten uitleggen¹⁹³.
- De advocaat heeft zijn cliënt er niet op gewezen wat de consequenties zouden kunnen zijn van het niet meewerken aan een onderzoek van het Pieter Baan Centrum en de indruk gewekt dat hij geen TBS zou krijgen. Verder heeft de advocaat afstand gedaan van hoger beroep zonder daartoe gemachtigd te zijn¹⁹⁴.
- De advocaat werd onder andere verweten dat hij had nagelaten ter zitting akte te vragen. De advocaat stelde dat het bijhouden van het proces-verbaal ter terechtzitting de verantwoordelijkheid van de griffier is. Het HvD overweegt dat dat niet juist is en dat de raadsman hier wel een verantwoordelijkheid heeft. Hij hoeft echter slechts dan uitdrukkelijk aantekening te vragen indien het belang van de cliënt dit vordert en dat was in casu niet het geval¹⁹⁵.

04-11-1996, Advocatenblad 1998, p. 30: advocaat is vergeten appel in te stellen en belooft de opgelegde boete te betalen. Hij betaalt te laat en wil vervolgens verhoging niet betalen. HvD: advocaat is verantwoordelijk voor tijdige betaling en had dus ook de verhoging moeten betalen; RvD Den Bosch 20-04-1998, nr. H 139-1997, niet gepubl.: advocaat had verzuimd ondanks toezegging cassatie in te stellen en beweerde later nota bene tegenover cliënt dat er bij justitie fout was gemaakt. Met name dit laatste wordt zeer laakbaar geacht en er wordt een voorwaardelijke schorsing van 1 maand opgelegd.

190 HvD 16-03-1992, Advocatenblad 1992, p. 664.

191 RvD Amsterdam, 16-11-1998, Advocatenblad 1999, p. 1010.

192 RvD Arnhem 10-09-1988, nr. 87-48, niet gepubl.

193 RvD Den Bosch 08-11-1993, nr. M 17-1993, niet gepubl.

194 RvD Leeuwarden 13-06-1997, nr. 80/96, niet gepubl.

195 HvD 28-08-1995, nr. 2021, niet gepubl.

- Naar aanleiding van een klacht van een cliënt dat de advocaat ter zitting niet is verschenen stelt de RvD vast dat dit berust op een fout in de notering van de zitting in de agenda van de advocaat. Desalniettemin oordeelt de raad dat de advocaat niet zorgvuldig is geweest omdat de advocaat de zaak onvolgende had voorbereid, maar één keer met de cliënt had gesproken en het procesdossier niet met de cliënt had doorgenomen, er was geen enkel contact (gepland) voor de zitting. Als de advocaat de zaak beter had voorbereid dan had hij geweten wanneer de zitting was. Verder had de advocaat ook nagelaten appel in te stellen en de brief waarin de beroepstermijn aan de cliënt werd medegedeeld te laat verzonden¹⁹⁶.
- In een moordzaak waarbij de verdachte, die de Nederlandse taal niet goed beheerste, niet wilde meewerken aan het maken van video-opnamen van zijn verhoor, bleek dit achteraf nadelig voor de verdediging omdat daardoor niet kon worden aangetoond dat op de (ontkennende) verdachte druk was uitgeoefend. Achteraf diende de cliënt hierover een klacht in tegen zijn advocaat, die hem zou hebben geadviseerd de politie geen toestemming te geven de verhooren op video vast te leggen. De advocaat ontkent een dergelijk advies te hebben gegeven en stelt dat zijn cliënt pertinent niet wilde meewerken aan video-opnamen. De RvD overweegt dat ook indien dit zo zou zijn, de advocaat, getet op het verdedigingsbelang van video-opnamen, een serieuze poging had moeten doen zijn cliënt op andere gedachten te brengen. De advocaat had omtrent dit wezenlijke punt zijn cliënt geadviseerd zonder aanwezigheid van een tolk en daarmee het risico genomen dat bij de cliënt een verkeerde voorstelling van zaken zou ontstaan c.q. blijven bestaan. De RvD concludeert dat de advocaat onvoldoende zorgvuldig is geweest bij zijn advisering¹⁹⁷.

3.8.6 *Beroepsgeheim*

Het beroepsgeheim is vastgelegd in regel 6 van de Gedragsregels 1992 waarvan de inhoud hiervoor in § 3.5.1.2 is weergegeven. In het vorige hoofdstuk is de relatie tussen de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht onderzocht, waarbij vooral de nadruk is gelegd op de straf(proces)rechtelijke benadering. De geheimhoudingsplicht wordt zowel strafrechtelijk¹⁹⁸ als tuchtrechtelijk gesanctioneerd. De geheimhoudingsplicht die is vastgelegd in regel 6 wordt gezien als een uitvloeisel van artikel 46 Advocatenwet, met name van de verplichting van de advocaat tot zorgvuldige behartiging van de belangen van de cliënt. Vanuit straf(proces)rechtelijk perspectief bestaat er verschil van mening over in hoeverre het verschoningsrecht ook een verschoningslicht impliceert en in hoeverre het standpunt van de cliënt daarop van invloed mag zijn¹⁹⁹. Duidelijk is in ieder geval

196 RvD Den Haag 25-01-1999, nr. R 1345/97.204, niet gepubl.

197 RvD Amsterdam 03-03-2000, nr. 99-127H, niet gepubl.

198 Art. 272 Sr.

199 Zie § 2.10.2 en § 2.10.3.

dat de advocaat, doordat de strafrechter hem een grote vrijheid laat zelf te bepalen wat onder zijn geheimhoudingsplicht valt en doordat de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht niet absoluut zijn, een grote mate van eigen verantwoordelijkheid heeft voor de handhaving van zijn geheimhoudingsplicht. Deze verantwoordelijkheid komt ook tot uitdrukking in de richtlijnen die vanuit de Orde van Advocaten zijn uitgevaardigd in het geval er op een advocatenkantoor een doorzoeking of inbeslagneming plaatsvindt²⁰⁰. Uit deze richtlijnen blijkt dat uit gedragsrechtelijk perspectief de advocaat verplicht wordt geacht zich op zijn verschoningsrecht te beroepen. Het verschoningsrecht wordt in het gedragsrecht niet als een bevoegdheid gezien, maar als een plicht, omdat het in het belang van het vertrouwen in de beroepsgroep is dat cliënten onvoorwaardelijk op geheimhouding kunnen vertrouwen²⁰¹. Dit betekent dat de (betrokkelijke)²⁰² vrijheid die de advocaat in rechte heeft om van zijn verschoningsrecht al dan niet gebruik te maken, wordt begrensd door het tuchtrecht. Ook de tuchtrechter gaat bij de beoordeling van klachten die betrekking hebben op de schending van de geheimhouding ervan uit dat de handhaving van de geheimhoudingsplicht van fundamenteel belang is voor de beroepsgroep. Hierna zal de jurisprudentie worden besproken die betrekking heeft op de handhaving van de geheimhoudingsplicht bij het optreden in strafzaken²⁰³. Voor wat betreft de geheimhoudingsplicht in de tuchtrechtelijke procedure wordt verwezen naar § 3.7.3.

3.8.6.1 *Principieel belang geheimhoudingsplicht*

Het principiële belang van de handhaving van de geheimhoudingsplicht wordt in een aantal uitspraken benadrukt. In de eerste plaats kan worden gewezen naar een zaak waarin de advocaat een 'deal' had gesloten met het OM inhoudende dat het door het OM ingestelde hoger beroep in een strafzaak tegen zijn cliënt zou worden ingetrokken met als tegenprestatie dat zijn cliënt ervoor zou zorgen dat twee gestolen schilderijen van Van Gogh zouden worden teruggegeven. De deken achtte de handelwijze van de advocaat klachtwaardig en diende een klacht in. De RvD Amsterdam achtte het in beginsel onbetamelijk dat een advocaat enig voordeel voor zijn cliënt bedingt in verband met de teruggave van een gestolen goed, onder andere omdat op deze wijze oneigenlijk gebruik zou worden gemaakt van de geheimhoudingsplicht²⁰⁴. Het HvD deelde deze opvatting niet en overwoog dat het een zaak van maatschappelijk belang is dat een advocaat tot geheimhouding is verplicht van al hetgeen hem met betrekking tot de behandeling van een zaak

200 Zie § 2.10.6.6.

201 Zie ook Van Heloma Lugt 1998, p. 40.

202 Deze vrijheid is afhankelijk van de visie die men heeft over de vraag in hoeverre het recht tot verschoning ook een plicht tot verschoning inhoudt, zie § 2.10.2 en § 2.10.3.

203 Zie voor overige jurisprudentie met betrekking tot de geheimhoudingsplicht Boekman 1998, p. 65-66 en Mols en Malherbe 1990, p. 76-83.

204 In gelijke zin oordeelde RvD Amsterdam, 30-05-1994, Advocatenblad 1995, p. 911 in een gelijksoortige zaak tegen dezelfde advocaat. In die zaak ging het om de bemiddeling bij de teruggave van gestolen spaarbrieven tegen betaling aan de rechthebbende, echter zonder voorafgaand overleg met de officier van justitie. In deze zaak werd geen appel ingesteld.

bekend wordt. Volgens het hof strekt de geheimhoudingsplicht zich ook uit tot informatie over de herkomst van gestolen zaken die wordt aangewend zoals in casu is geschied. Het daaraan verbonden bezwaar voor de waarheidsvinding moet wijken voor dit maatschappelijk belang²⁰⁵.

Een andere zaak heeft betrekking op een advocaat die een teamleider van een maatschappelijk centrum, waar tevens taakstraffen worden vervuld, in een privé-aangelegenheid heeft bijgestaan en vervolgens voor het maatschappelijk centrum optreedt in een arbeidsgeschil tegen een andere werknemer, die verklaart dat de teamleider gestolen fietsen koopt. De advocaat licht vervolgens de procureur-generaal in over de omstandigheid dat volgens hem in het maatschappelijk centrum 'wordt gerommeld met gestolen fietsen' en dat hij aan de betrouwbaarheid van de door dit centrum uitgebrachte rapporten in het kader van taakstraffen twijfelt. Zijn cliënt (de teamleider) wordt vervolgens door de politie aangehouden en tegen hem wordt een strafrechtelijk onderzoek ingesteld waarbij de handel in gestolen fietsen wordt onderzocht. De teamleider en de directeur van het maatschappelijk centrum dienen vervolgens een klacht tegen de advocaat in. Het verweer van de advocaat tegen de tegen hem ingediende klacht is dat hij de melding aan de procureur-generaal had gedaan omdat hij in gewetensnood was gekomen. Het HvD oordeelt in deze zaak dat de advocaat door de procureur-generaal in te lichten zijn verplichting tot geheimhouding op ernstige wijze heeft geschonden:

"Met de Raad van Toezicht is immers het hof van oordeel, dat de verplichting tot geheimhouding geldt als een fundamenteel beginsel, dat de advocaat in de uitoefening van zijn beroep in acht dient te nemen en waarop cliënten met het oog op de juiste behartiging van hun belangen onvoorwaardelijk moeten kunnen vertrouwen.

Het verweer van appellant, dat hij door toedoen van klagers buiten zijn schuld in een uiterst moeilijk parket was gemanoeuvreerd en in grote gewetensnood was geraakt, moet worden verworpen. Het Hof is dienaangaande van oordeel, dat de verplichting tot geheimhouding vanwege haar principiële aard voor een advocaat – behoudens uiterst zeldzame uitzonderingsgevallen – algemene gelding heeft".

Het hof wijst het beroep van de advocaat op psychische noodtoestand wegens gewetensnood af, omdat dit onvoldoende geadstrueerd is en de advocaat eventuele gewetensnood had kunnen voorkomen of beëindigen door de opdracht neer te leggen en zijn relatie met de teamleider en het maatschappelijk centrum te verbreken. De advocaat had eveneens aangevoerd dat de procureur-generaal zijn vertrouwen had geschonden omdat hij de mededelingen vertrouwelijk aan deze had gedaan. Daarop overweegt het hof dat het evenzeer laakbaar is dat een advocaat wat hem is toevertrouwd onder beding van vertrouwelijkheid aan derden openbaart en dat hij moet beseffen dat een advocaat een vertegenwoordiger van het openbaar ministerie geen vertrouwelijke mededelingen over strafbare feiten

205 HvD 22-01-1996, Advocatenblad 1996, p. 1105; Zie voor een uitgebreidere bespreking van deze zaak ook § 3.12.2.4.

kan doen, zonder daarmee te riskeren dat deze mededelingen tot onderzoek zullen leiden. De advocaat wordt een schorsing van 7 dagen opgelegd²⁰⁶. Uit voorgaande uitspraak blijkt dat de tuchtrechter het wel mogelijk acht dat er zeer bijzondere omstandigheden kunnen zijn die een schending van de geheimhoudingsplicht kunnen rechtvaardigen. Ik heb geen uitspraken gevonden waarbij een uitzonderingsgeval is aangenomen²⁰⁷, maar in een zaak die speelde in 1981 kunnen wel aanknopingspunten worden gevonden voor een antwoord op de vraag, wanneer er sprake zou kunnen zijn van een uitzonderingsgeval. In deze zaak ging het om het volgende. Een advocaat verleende al jaren bijstand aan een cliënt die in een psychiatrische inrichting was gedetineerd. Tijdens een bezoek van de advocaat slaagde de cliënt erin, toen de advocaat door een verpleegkundige werd uitgelaten, te ontsnappen. De cliënt nam daarna telefonisch contact op met de advocaat en vroeg hem geld voor een taxi omdat hij naar een andere inrichting wilde gaan om zich daar onder behandeling te stellen van een psychiater waar hij vertrouwen in had. De advocaat heeft zijn cliënt diezelfde avond thuis ontvangen en heeft geprobeerd hem over te halen terug te gaan naar de inrichting van waaruit hij was ontsnapt. Toen de cliënt niet over te halen bleek, heeft de advocaat een taxi gebeld en de chauffeur de opdracht gegeven om zijn cliënt naar de andere inrichting te brengen en de rit betaald. Volgens de advocaat maakte de cliënt geen agressieve of depressieve indruk. Naar de omstandigheden omtrent de ontsnapping is een onderzoek ingesteld door de rijksrecherche met betrekking tot eventuele strafbare betrokkenheid van de advocaat bij de ontsnapping. De strafzaak werd geseponeerd maar de officier van justitie diende wel een klacht in bij de deken omdat hij van mening was dat de advocaat de politie in kennis had moeten stellen van het feit dat zijn cliënt contact met hem had opgenomen en er aan had moeten meewerken dat deze weer kon worden aangehouden. De Raad van Toezicht Zutphen is echter van oordeel dat het beroepsgeheim de advocaat verbood om de inrichting of de politie in kennis te stellen dat zijn cliënt zich bij hem bevond. Dit zou slechts anders zijn, wanneer de advocaat redelijkerwijs had moeten aannemen dat van de zich op vrije voeten bevindende cliënt een onmiddellijk gevaar voor hemzelf of anderen uitging. De RvT is van mening dat de advocaat in het gegeven conflict van plichten terecht heeft gekozen voor zijn beroepspllicht²⁰⁸. De annotator merkt bij deze uitspraak op, dat zijns inziens de advocaat ook geen tuchtrechtelijk verwijt had kunnen worden gemaakt als de cliënt wel gevaar zou hebben opgeleverd voor hemzelf of derden. Volgens de annotator hebben immers ook cliënten die een agressieve of depressieve indruk maken of die gevaar kunnen opleveren, aanspraak op rechtsbijstand en op de geheimhou-

206 HvD 10-06-1987, Advocatenblad 1988, p. 251. Zie voor vergelijkbare gevallen HvD 24-05-1971, Advocatenblad 1972, p. 253, waarin het hof overweegt dat het in strijd is met het beroepsgeheim en de elementaire plichten van de advocaat een strafklacht in te dienen tegen een ex-cliente, omdat hierdoor de officier van justitie kennisneemt van gegevens die de advocaat alleen uit hoofde van zijn werkzaamheden kende. RvD Den Bosch 06-10-1997: Een advocaat mag niet dreigen correspondentie van hem en zijn cliënt aan de FIOD te sturen.

207 Van Heloma Lugt 1998, p. 41 meldt ook dat zij in de jurisprudentie van het Hof van Discipline geen 'uiterst zeldzame uitzonderingsgevallen' heeft aangetroffen.

208 RvT Zutphen, 19-02-1981, Advocatenblad 1981, p. 521.

ding van hetgeen zij hun advocaat toevertrouwen. Dit betekent dat de advocaat uit tuchtrechtelijk oogpunt nooit *verplicht* kan zijn, zijn geheimhouding te schenden. De annotator meent dat dan afbreuk zou worden gedaan aan de essentie van het recht – en de plicht – van geheimhouding. Wanneer een advocaat een plicht tot geheimhouding heeft, behoort hij het niet van de omstandigheden te laten afhangen of hij die plicht al dan niet zal nakomen en daaraan dient ook in de tuchterspraak volgens de annotator niet te worden getornd. Op zichzelf ben ik het ermee eens dat een doorbreking van de geheimhouding niet als plicht zou moeten worden beschouwd. Dat betekent echter niet dat er omstandigheden kunnen zijn dat de advocaat wel een *bevoegdheid* toekomt zijn geheimhoudingsplicht te schenden, bijvoorbeeld in gevallen dat er levens op het spel staan.

Uit voornoemde twee uitspraken kan worden afgeleid dat ook in de tuchterspraak ruimte is voor een beroep op overmacht, als het gaat om het voorkomen van levensbedreigende situaties. Het is ook voorstelbaar dat dit het geval is als er zeer ernstig onrecht wordt begaan, bijvoorbeeld als een onschuldige dreigt te worden veroordeeld. In dergelijke gevallen zal bij een vervolging op grond van 272 Sr de advocaat ook een beroep kunnen doen op overmacht ex artikel 40 Sr. Zoals in het vorige hoofdstuk ten aanzien van dit soort overmachtssituaties is opgemerkt zal de advocaat in dergelijke gevallen zodanig tewerk moeten gaan dat de belangen van zijn cliënt zo weinig mogelijk worden geschaad²⁰⁹.

Het principiële belang van de handhaving van het beroepsgeheim is ook aan de orde in een geval waarin de advocaat als medeverdachte van zijn cliënt werd beschouwd²¹⁰. De advocaat die door de politie werd gehoord, had mededelingen aan de politie gedaan die niet voor zijn eigen verdediging noodzakelijk waren, maar wel zeer belastend voor zijn cliënt. Hij legde bovendien op eigen initiatief ook nog een verklaring af als getuige, waarin hij verklaarde dat hij zich niet gehouden achtte aan zijn geheimhoudingsplicht omdat zijn cliënt hem een onjuiste voorstelling van zaken had gegeven waardoor hij zich misbruikt voelde als juridisch adviseur. De RvD constateert dat de advocaat er vóór alles op uit is geweest om zijn eigen reputatie als advocaat 'schoon' te wassen en zijn geheimhoudingsplicht aan dat doel heeft geofferd. Verder stelt de raad voorop dat zelfs wanneer zou worden aangenomen dat een advocaat, die samen met zijn cliënt als verdachte in een strafzaak wordt aangemerkt ten behoeve van zijn eigen verdediging zijn geheimhoudingsplicht niet in volle omvang in acht zou hoeven te nemen, toch blijft gelden dat de advocaat zich, wanneer hij wordt verhoord, bij voortduring bewust moet blijven van de op hem rustende geheimhoudingsplicht en dat hij zich in het bijzonder dient te onthouden van het doen van mededelingen, die zijn cliënt kunnen schaden, zonder dat die mededelingen noodzakelijkerwijs behoeven te worden gedaan voor zijn eigen verdediging. Het HvD spreekt zich evenmin als de raad uit over de vraag of in een geval als het onderhavige een mogelijke beperking van de geheimhoudingsplicht kan worden aanvaard, omdat over de zaak ook kan worden beslist zonder beantwoording van die vraag. Om geen misverstanden te doen ontstaan merkt het hof op:

209 Zie § 2.10.2.

210 HvD 26-09-1983, Advocatenblad 1984, p. 248.

"in het algemeen kan toch worden vastgesteld dat de geheimhoudingsplicht een van de wezenlijkste beroepsplichten is van de advocaat en dat slechts bij hoge uitzondering kan worden aangenomen dat die plicht niet meer in volle omvang geldt".

Het hof bevestigt het oordeel van de raad dat de advocaat zijn geheimhoudingsplicht heeft geschonden. Naar aanleiding van het verweer van de advocaat dat hij de politie niets had verteld wat de politie niet al wist, overweegt het hof dat hierin, afgezien van de feitelijke (on)juistheid van deze stelling, geen grond kan liggen tot opheffing van de geheimhoudingsplicht²¹¹.

3.8.6.2 *Omvang geheimhoudingsplicht*

In de volgende gevallen is een schending van de geheimhoudingsplicht aangenomen:

- Een advocaat die bijstand heeft verleend aan een verdachte in een strafzaak laat zich, na overname van de verdediging door een andere advocaat, in de pers uit over de reden van beëindiging van zijn bijstand. De RvD Arnhem overweegt dat vertrouwelijk gedane mededelingen in het verkeer tussen de advocaat en zijn cliënt niet naar buiten mogen komen, zeker niet naar een journalist. De advocaat mag zich niet uitlaten over de omstandigheden rond het uiteengaan van hem en zijn cliënt²¹².
- Een advocaat mag na afloop van de strafzaak zijn strafdossier, waaronder een psychiatrisch rapport van een medeverdachte van zijn cliënt, niet zonder meer aan een journalist ter beschikking stellen die over de strafzaak een boek wil schrijven. Een raadsman mag de stukken die hem ingevolge artikel 51 Sv ter beschikking worden gesteld slechts aanwenden voor de verdediging in de strafzaak. Ook als stukken – of gegevens daaruit – aan derden worden verstrekt moet die regel als richtsnoer gelden. Gelet op de voorwaarden waaron-

211 Zie verder ook RvD Arnhem 30-12-1991, Advocatenblad 1992, p. 418, waarin de raad overweegt dat de verplichting tot geheimhouding principieel is en in beginsel absolute werking heeft. De advocaat had niet zonder toestemming van zijn cliënt een CAD-rapport mogen geven aan zijn kantoorgenoot, ook al was dat in het belang van diens cliënt en had zijn cliënt achteraf wel toestemming gegeven. Overigens wordt in een oudere uitspraak minder zwaar aan de geheimhoudingsplicht getild: RvT Haarlem, 29-09-1961, Advocatenblad 1964, p. 456: in dit geval heeft de advocaat voor zijn cliënt ongunstige mededelingen gedaan aan een politieambtenaar in het belang van een andere cliënt van de advocaat. Gelet op de summiere weergave van de feiten is het niet duidelijk hoe de precieze omstandigheden waren. De RvT legt geen maatregel op omdat de advocaat, hoewel niet juist en niet stijlvol, te goeder trouw heeft gehandeld.

212 RvD Arnhem, 14-09-1998, Advocatenblad 1999, p. 696. Zie in dit verband ook RvD Amsterdam, geen datum beslissing, Advocatenblad 1995, p. 1020, waarin twee advocaten waren benaderd door een cliënt om hen bij te staan. Zij weigerden dat en gaven een andere advocaat met wie de cliënt in een procedure was verwikkeld informatie over de inhoud van hun gesprek. De raad oordeelde dit klachtwaardig en overwoog dat niet alleen cliënten maar ook potentiële cliënten, behoudens zeldzame uitzonderingsgevallen, onvoorwaardelijk op geheimhouding moeten kunnen vertrouwen.

der het psychiatrisch rapport aan de advocaat was verstrekt, had hij maatregelen moeten nemen om het rapport zodanig veilig te stellen dat de mogelijkheid dat de inhoud daarvan aan derden onder ogen zou komen redelijkerwijs zou zijn uitgesloten²¹³.

- Een advocaat mag, als de pers telefonisch contact met hem opneemt tijdens een telefoongesprek geen zaaksgegevens verstrekken waarvan hem duidelijk moet zijn dat deze door zijn cliënt als ongewenst worden ervaren en voor de zaak mogelijk schadelijk kunnen zijn²¹⁴.
- Verder moet de advocaat ook zorgvuldig zijn in die zin, dat hij geen risico's moet nemen dat derden kennis nemen van vertrouwelijke informatie. In een geval waarbij de advocaat op een brief gericht aan zijn cliënt in een Huis van Bewaring niet had vermeld 'van raadsman aan cliënt' en de brief vervolgens in de inrichting werd opengemaakt handelt onzorgvuldig²¹⁵.

Opvallend is dat het HvD geen schending van de geheimhoudingsplicht aanneemt in een geval dat de advocaat zijn mening over de betrokkenheid van zijn cliënt bij de zaak aan de rechter kenbaar maakt aan de hand van het procesdossier²¹⁶. Waarschijnlijk speelt hierin mee dat desbetreffende rechter het procesdossier ook kende. Illustratief is een geval waarin de advocaat ervan beschuldigd werd de politie zogenaamde 'daderinformatie' te hebben gegeven²¹⁷. De cliënt werd verdacht van moord op zijn vrouw, waarvan het lijk in plastic zakken verpakt in de duinen was gevonden. Tijdens een gesprek met de verbalisanten over een vergelijkend onderzoek van plastic zakken, waarin het lijk was gevonden en zakken die in de woning van zijn cliënt waren gevonden, zou de advocaat hebben gezegd dat zelfs zijn cliënt had gezegd dat de kleur van deze zakken anders waren. Die opmerking werd door de verbalisanten in een proces-verbaal van bevindingen vastgelegd en aangemerkt als 'daderinformatie'. De politie had de verdachte namelijk niet verteld dat de zakken van kleur verschilden. Toen de verdachte hiermee geconfronteerd werd, bekende hij. De cliënt diende tegen de advocaat zowel een verzoek tot vervolging op grond van artikel 12 Sv wegens overtreding van artikel 272 Sr in²¹⁸, als een klacht wegens schending van zijn geheimhoudingsplicht bij de tuchtrechter. Tijdens de behandeling door de RvD Amsterdam bleek echter, dat de informatie over de vuilniszakken niet afkomstig was van de cliënt, maar van de rechter-commissaris die tijdens de voorgeleiding de cliënt had geconfronteerd met het feit, dat om het lijk een andere kleur vuilniszakken zaten dan bij de cliënt

213 HvD 14-12-1998, Advocatenblad 1999, p. 1106.

214 RvD Den Haag 02-12-1991, nr. R 542/91.40, niet gepubl.

215 RvD Arnhem 10-09-1988, nr. 87-48, niet gepubl.

216 HvD 13-01-1992, Advocatenblad 1992, p. 635. In deze zaak werd wel aangenomen dat de advocaat tuchtrechtelijk laakbaar had gehandeld door zijn cliënt af te vallen, zie § 3.8.4; zie ook Rubriek Advocatuur DD 1993, p. 285.

217 Koring 1999.

218 Zie § 2.10.2.

thuis waren gevonden²¹⁹. De RvD concludeerde dat de advocaat derhalve geen nieuw, van zijn cliënt afkomstig, gegeven had prijsgegeven²²⁰.

In zijn algemeenheid mag echter worden aangenomen dat ook datgene wat in het procesdossier staat onder de geheimhoudingsplicht van de advocaat valt en hij hieromtrent slechts mededelingen aan derden mag doen als zijn cliënt daarmee instemt.

Verder wordt in de jurisprudentie bevestigd, dat de advocaat ten aanzien van zijn cliënt geen geheimhouding hoeft te betrachten met betrekking tot hetgeen derden hem mededelen (tenzij dit ook cliënten zijn van de advocaat). Zo had een advocaat op verzoek van zijn cliënt contact opgenomen met de directeur van het bedrijf waar de cliënt werkzaam was, omdat de directeur de cliënt had toegezegd een goed woordje voor hem te willen doen. Toen de advocaat met de directeur sprak, bleek deze echter helemaal niet te spreken te zijn over de cliënt. Dit heeft de advocaat doorgegeven aan de cliënt en de directeur diende een klacht in wegens schending van de geheimhoudingsplicht. Nu de directeur geen enkel voorbehoud had gemaakt met betrekking tot de informatie die hij aan de advocaat had gegeven, stond het de advocaat vrij deze aan zijn cliënt door te geven²²¹.

Ook een getuige kan omtrent hetgeen hij aan een advocaat mededeelt geen aanspraak maken op geheimhouding²²². Overigens heeft de RvD Den Haag met betrekking tot een civiele zaak uitgemaakt, dat er omstandigheden kunnen zijn waarin de geheimhoudingsverplichting van een advocaat zich ook uitstrekt tot het gebruik van gegevens afkomstig van een tegenpartij of derden. Naast het geval waarin vertrouwelijkheid is toegezegd, is denkbaar dat een dergelijke verplichting voortvloeit uit de aard van de gegevens of van de relatie met de wederpartij of een derde. Daarbij is het van belang of de relatie met de derde een geheimhoudingsplicht impliceert²²³. In de toelichting op regel 6 Gedragsregels 1992 staat overigens vermeld dat de advocaat er in het algemeen niet verstandig aan doet dergelijke toezeggingen aan derden te doen. Waarom dit niet verstandig is vermeldt de toelichting verder niet, maar het ligt voor de hand dat in het kader van de vertrouwensrelatie met de cliënt, de advocaat zijn cliënt alle inlichtingen moet kunnen verschaffen en dat in deze onderlinge relatie geen verplichting tot geheimhouding van de advocaat ten opzichte van de cliënt past.

219 Volgens het proces-verbaal van de rechter-commissaris had de verdachte verklaard: "U zegt mij dat er bij mij thuis een vuilniszak is gevonden, soortgelijk aan die waarin het stoffelijk overschot is gevonden (...). U vraagt mij wat voor soort vuilniszakken wij thuis hadden. Zwarte. U vraagt mij of ze op een rol zaten of dat ze los zaten. Op een rol. U houdt mij voor dat een stoffelijk overschot in blauwe vuilniszakken is gevonden. Wij hadden thuis geen blauwe vuilniszakken".

220 RvD Amsterdam 03-03-2000, nr. 99-127H, niet gepubl.

221 RvT Utrecht, 15-11-1956, *Advocatenblad* 1959, p. 640.

222 RvD Leeuwarden 14-01-1994, nr. 29/93, niet gepubl.

223 RvD Den Haag, 16-05-1994, *Advocatenblad* 1995, p. 395.

3.8.7 *Tegenstrijdige belangen*

Het verbod van behartiging van tegenstrijdige belangen is een uitvloeisel van het uitgangspunt van principiële partijdigheid van de advocaat. De ratio van het verbod van behartiging van tegenstrijdige belangen is dan ook het waarborgen van de onafhankelijkheid van de advocaat in zijn beroepsuitoefening en – daarmee samenhangend – het effectueren van het beroepsgeheim. Het is immers niet de bedoeling dat vertrouwelijke informatie van de cliënt zonder diens toestemming ter beschikking komt van een derde (andere cliënt), laat staan van een derde met tegenstrijdige belangen die deze informatie tegen hem kan gebruiken²²⁴. Uit de redactie van regel 7 lid 1 Gedragsregels 1992 valt al af te leiden dat het verbod van tegenstrijdige belangenbehartiging een civiele oorsprong heeft. Deze gedragsregel verbiedt namelijk het behartigen van de belangen van twee of meer partijen. Maar het is duidelijk dat de regel een verdergaande strekking heeft, zoals compact wordt verwoord in de General Principles for Ethics of Lawyers van de International Bar Association:

“4. Lawyers shall not place themselves in a position in which their clients’ interests conflict with those of themselves, their partners or another client”²²⁵.

De Commissie Bitter heeft bij de totstandkoming van de Gedragsregels 1992 met betrekking tot regel 7 gediscussieerd over de vraag of deze regel wel onverkort moet worden gehandhaafd, als betrokken partijen ondanks de omstandigheid dat er tegenstrijdige belangen zouden kunnen ontstaan, uitdrukkelijk verzoeken dat één advocaat (of twee advocaten van hetzelfde kantoor) hun belangen behartigt. Regel 6 lid 1 van Gedragsregels 1980 bevatte een absoluut verbod op het optreden voor beide partijen in een echtscheidingsprocedure. De zinsnede, die ook in regel 7 van de Gedragsregels 1992 voorkomt, namelijk dat het verbod ook geldt indien “een daarop uitlopende ontwikkeling aannemelijk is” maant tot voorzichtigheid en betekent in de praktijk dat advocaten geneigd zijn verzoeken meerdere cliënten bij te staan, die mogelijk tegenstrijdige belangen zouden kunnen krijgen, af te wijzen. De commissie Bitter beziet deze optie vooral vanuit het uitgangspunt dat eenzijdige belangenbehartiging een belangrijk aspect is van de beeldvorming bij het publiek en dat het maken van uitzonderingen op het verbod van behartiging van tegenstrijdige belangen met name met het oog op deze beeldvorming risicovol is²²⁶. In het schriftelijke verslag wordt de discussie als volgt weergegeven:

224 Zie RvD Den Haag 2 juni 1997, Advocatenblad 1998, p. 377.

225 Regel 3.2.1. van de Gedragscode voor de advocaten van de EG luidt: “De advocaat behoort in eenzelfde zaak niet de raadsman, de vertegenwoordiger of de verdediger te zijn van meer dan één cliënt, indien er een belangentegenstelling tussen deze cliënten bestaat of er een wezenlijke dreiging bestaat dat een zodanige tegenstelling zal ontstaan”.

226 Deze redenering is vergelijkbaar met de redenering die wordt gehanteerd bij de geheimhoudingsplicht: het uitgangspunt dat de advocaat het zelfstandige recht heeft zich op zijn geheimhoudingsplicht c.q. verschoningsrecht te beroepen, ook als zijn cliënt hem daaruit ontslaat, wordt beargumenteerd met het publiek belang dat de burger moet kunnen vertrouwen op de geheimhoudingsplicht van de advocaat en het nadelige effect van het zogenaamde ‘si-

"Er blijkt in de praktijk behoefte te bestaan aan bijstand door één advocaat aan verschillende partijen die tegenstrijdige belangen kunnen hebben of krijgen. De hiermee gepaard gaande problemen kunnen worden opgelost. Dat blijkt ook uit verschillende oplossingen die in het buitenland zijn geformuleerd. Het is een kwestie van balie-politiek of het gewenst wordt gevonden met het oog op de beeldvorming van de advocaat als eenzijdige belangenbehartiger, dat een advocaat ook kan optreden voor partijen met tegenstrijdige belangen. De commissie beziet dit probleem uit oogpunt van gewenstheid van gedragingen en is het er niet zonder meer over eens dat het niet mag, sterker nog, in sommige gevallen is het onvermijdelijk, zoals in verzekeringszaken, waar de verzekerde de oorspronkelijke cliënt is, en blijft".

De commissie is van mening dat een advocaat in sommige gevallen wel voor partijen met (dreigende) tegenstrijdige belangen moet kunnen optreden, mits met alle betrokkenen tevoren goede afspraken worden gemaakt en beide partijen schriftelijk worden gewaarschuwd wat de consequenties zijn. De commissie noemt als categorieën waarin het optreden voor meerdere cliënten met mogelijk tegenstrijdige belangen mogelijk zou kunnen zijn: echtscheiding, belangengroepen, verzekeraar-verzekerde en *strafzaken*. Ten aanzien van strafzaken wordt in de commissie opgemerkt dat in strafzaken vaak pas achteraf blijkt dat er tegenstrijdige belangen waren, in de zin van werkelijk tegenstrijdige belangen "en niet slechts kleine aparte belangen"²²⁷. Deze laatste zinsnede maakt duidelijk waar het probleem voor het optreden voor meerdere cliënten in één zaak zit. Het is moeilijk een grens te bepalen waar 'aparte belangen' overgaan in 'tegenstrijdige belangen'. Cliënten met tegenstrijdige belangen hoeven daarover immers nog geen conflict te hebben. Meestal is er in een dergelijke situatie zowel sprake van gemeenschappelijke belangen als van tegenstrijdige belangen. Voor cliënten die kiezen voor één advocaat wegen de gemeenschappelijke belangen vaak zwaarder dan de tegenstrijdige. Wie bepaalt welk belang de doorslag geeft, de cliënten zelf of de advocaat?

De Commissie Bitter maakt ook een verschil tussen tegenstrijdigheid en de schijn van tegenstrijdigheid. Ook dit is een vloeiende grens en hangt volgens de commissie samen met "de mogelijkheid van de cliënten zich te realiseren wat er precies gebeurt". In ieder geval zijn er volgens de commissie zwaardere eisen nodig aan de eigen rekenschap en verantwoording die de advocaat aan cliënten moet geven.

In de tuchtrechtspraak met betrekking tot civiele zaken wordt het optreden van advocaten voor cliënten met tegenstrijdige belangen niet zonder meer ontoelaatbaar geacht, indien de cliënten dit uitdrukkelijk verzoeken. Het gaat in deze jurisprudentie met name om echtscheidingszaken²²⁸. Van advocaten wordt in dergelij-

lence significant": als de cliënt de geheimhoudingsplicht zou kunnen opheffen dan is dat van invloed op de positie van de cliënt die dit weigert.

227. Overzicht discussies commissie herziening gedragsregels van februari 1990-maart 1991, p. 11-13, archief Nederlandse Orde van Advocaten Den Haag.

228. Zie voor een overzicht Boekman 1998, p. 117-118 en ook RvD Den Haag, 20-04-1998, Advocatenblad 1999, p. 175, waarin is beslist dat een advocaat in dezelfde zaak of de voortzet-

ke situaties een grote behoedzaamheid en zorgvuldigheid verwacht. Zo moet de advocaat blijvend gespitst zijn op het verlies van reële rechten van de éne of de andere cliënt en moet hij zijn adviezen en hetgeen ten aanzien van de risico's besproken is, schriftelijk vastleggen. Hij moet zich terugtrekken op het moment dat hem duidelijk wordt dat de belangen tegengesteld zijn of gemakkelijk kunnen worden en rekening houden met de geestesgesteldheid van zijn cliënten. Het komt immers vaker voor, met name in situaties waarin persoonlijke emotionele relaties een rol spelen, dat een partij gemakkelijker geneigd is beslissingen te nemen die voor hem/haar onvoordelig zijn. In een dergelijke situatie moet de cliënt de vrijheid hebben – en worden geboden – om een andere advocaat te consulteren²²⁹.

3.8.7.1 *Specifieke problemen met betrekking tot tegenstrijdige belangen in strafzaken*

In strafzaken speelt de problematiek met betrekking tot tegenstrijdige belangen vooral bij medeverdachten in eenzelfde strafzaak, die verschillende lezingen over de feiten geven en elkaar daardoor kunnen belasten. Indien een advocaat gevraagd wordt voor meerdere verdachten op te treden, dan spelen daarbij in wezen dezelfde problemen als hiervoor²³⁰ geschetst zijn ten aanzien van het optreden voor beide partijen of meerdere cliënten in een civiele zaak. Ook hier moet de advocaat zorgvuldig in het oog houden dat cliënten in vrijheid hun verdedigingsstrategie moeten kunnen kiezen en de risico's bespreken en vastleggen. In strafzaken komt daar nog een complicerende factor bij. De verklaringen van verschillende medeverdachten in een zaak zijn van belang voor het achterhalen van de waarheid in het opsporingsonderzoek. Vandaar dat er ook maatregelen kunnen worden genomen om te voorkomen dat verschillende verdachten contact met elkaar kunnen hebben om hun verklaringen op elkaar af te stemmen, door het opleggen van beperkingen op grond van de artikelen 222 en 225 Invoeringswet Wetboek van Strafvordering. In dit verband kan ook het vrij verkeer worden ontzegd op grond van artikel 50 lid 2 Sv. In het vorige hoofdstuk is opgemerkt dat het in de praktijk vaak voorkomt dat als een advocaat meerdere verdachten in één zaak het kader van de piketdienst wil bezoeken, de politie de advocaat waarschuwt voor het bestaan van tegenstrijdige belangen²³¹. Op zichzelf is het bestaan van tegenstrijdige belangen geen grond de raadsman de toegang tot meer ver-

ting daarvan niet kan optreden tegen een partij wiens belangen hij eerder mede heeft behartigd, tenzij die partij tegenover de advocaat kenbaar heeft gemaakt tegen dat optreden geen bezwaar te hebben. Deze uitzondering is echter alleen toegestaan bij instemming van de cliënt. Het belang dat een cliënt erop moet kunnen vertrouwen dat zijn advocaat of één van diens kantoorgenoten niet ook de tegenstrijdige belangen van zijn tegenpartij gaat behartigen, ook als deze intussen geen cliënt meer is van het kantoor, wordt in beginsel zo essentieel geacht dat hierop geen uitzondering wordt toegestaan, zie HvD 01-11-1999, Advocatenblad 2000, p. 633.

229 RvD Den Bosch, 09-02-1998, Advocatenblad 1999, p. 348.

230 § 3.8.7.

231 Zie § 2.9.3.2 en § 2.9.3.3.

dachten te ontzeggen. Dat kan alleen in het kader van een beperking van het vrij verkeer ex artikel 50 lid 2 Sv. In een dergelijk geval moeten er echter aanwijzingen zijn dat de raadsman de verdachte op de hoogte zal brengen van "enige omstandigheid waarvan hij in het belang van het onderzoek tijdelijk onkundig moet blijven". Uit de in § 2.9.3.3 besproken jurisprudentie blijkt dat er al snel wordt aangenomen dat de bijstand van één advocaat aan meerdere verdachten er vanzelf al toe zal leiden dat de raadsman de verdachten op de hoogte zal brengen van elkaars verklaringen en dat dit niet in het belang van het onderzoek is. De waarschuwing van de politie voor het bestaan van tegenstrijdige belangen is dan ook vaak niet ingegeven door de omstandigheid dat er daadwerkelijk tegenstrijdige belangen zijn, maar door het belang van het opsporingsonderzoek dat belemmerd kan worden door verdachten die onderling hun verdediging coördineren. Ook deze mogelijke reacties van de zijde van de officier van justitie of rechter-commissaris moeten door de advocaat met cliënten worden besproken als zij kiezen voor de verdediging door één advocaat of meerdere advocaten van hetzelfde kantoor.

Een ander probleem bij het optreden in strafzaken, dat verband houdt met het verbod van het behartigen van tegenstrijdige belangen is, dat advocaten in strafzaken vaak benaderd worden door derden, 'vrienden' van de aangehouden cliënt, die bereid zijn de kosten van de verdediging op zich te nemen. Daar is uiteraard niets op tegen, als het gaat om derden die het beste met de verdachte voor hebben. Dat wordt anders indien degene die de rekening betaalt daarvoor speciale diensten bedingt, zoals de inzage in het dossier, informatie over de verklaringen van de verdachte, de advocaat vraagt bepaalde informatie of instructies door te geven etc. De vraag is dan of de opdrachtgever vooral gedreven wordt door andere belangen dan die van de verdachte. Ook het belang van de advocaat is dan in het geding omdat het voor hem natuurlijk uitmaakt of hij op betalende basis of op grond van een toevoeging optreedt. In een dergelijke situatie ontstaat er een verstrengeling van belangen waarvan de advocaat, die alleen het belang van de verdachte heeft te behartigen, zich verre moet houden²³².

De laatste algemene opmerking die nog gemaakt moet worden, voordat de tuchtrechtspraak op dit gebied zal worden besproken, is, dat de advocaat bij de behartiging van belangen van meerdere verdachten in één zaak ook een eigen verantwoordelijkheid heeft. Het is mogelijk dat twee of meer verdachten de advocaat verzoeken voor hen gezamenlijk de verdediging te voeren en de advocaat informatie heeft met betrekking tot een van de verdachten, die hij niet zonder nadelige gevolgen voor deze verdachte aan de anderen bekend kan maken, terwijl de informatie wel in het belang van de verdediging van die andere verdachten is. In een dergelijke situatie zal de advocaat zorgvuldig moeten afwegen of hij in de zaak nog wel als raadsman kan blijven optreden, ook al is dit de uitdrukkelijke wens van cliënten, omdat hij niet meer de noodzakelijke openheid kan betrachten ten aanzien van alle betrokkenen.

232 Zie De Roos, *Vademecum Strafbzaken*, suppl. 83, Hoofdstuk 2, p. [2]-18-20 en Prakken en Spronken 1999, p. 502.

3.8.7.2 *De tuchtrechtspraak op het gebied van tegenstrijdige belangen in strafzaken*

De tuchtrechtelijke uitspraken die betrekking hebben op (vermeende) behartiging van tegenstrijdige belangen in strafzaken vinden vrijwel alle hun oorsprong in een daarop betrekking hebbende klacht van de officier van justitie en/of de rechter-commissaris. In § 3.7.1 is al besproken dat klachten van het OM of de rechterlijke macht over het behartigen van tegenstrijdige belangen niet ontvankelijk worden geacht²³³. Meestal wordt de klacht gedeponereerd bij de deken, die vervolgens ambtshalve een onderzoek instelt en bezwaren tegen de advocaat kan indienen²³⁴.

Het is aan de advocaat zelf om te bepalen of er sprake is van tegenstrijdige belangen. Dit is door de RvD Den Bosch beslist naar aanleiding van een bezoek van een advocaat aan twee verdachten op het politiebureau, die verdacht werden van een schietpartij. Op verzoek van de officier van justitie had de advocaat zich teruggetrokken als advocaat van één van de verdachten, die later tegenover de rechter-commissaris verklaarde dat de advocaat hem tijdens het eerste gesprek had gezegd dat het schietwapen en de patroonhulzen verdwenen waren en dat hij er beter aan deed voorlopig te zwijgen. Door de officier van justitie en de rechter-commissaris wordt onder andere erover geklaagd dat de advocaat niet beide verdachten had mogen bezoeken omdat deze tegenstrijdige belangen hadden. De raad overweegt hierop dat in het onderhavige geval geen beperkingen ex artikel 50 lid 2 Sv waren opgelegd, zodat het de advocaat vrij stond om beide verdachten te bezoeken en dat de advocaat niet kon weten dat er tegenstrijdige belangen bestonden, voordat hij de verdachten had bezocht²³⁵.

Een tweetal klachten heeft betrekking op de omstandigheid dat de advocaat in de strafzaak van de verdachte als medeverdachte wordt beschouwd. In een dergelijke situatie brengt de onafhankelijkheid van de advocaat met zich dat hij zich in het algemeen als raadsman moet terugtrekken²³⁶.

Als de advocaat tegen een voormalige cliënt gaat optreden, dan moet hij de schijn vermijden dat hij gebruik zou maken van gegevens die deze voormalige cliënt aan hem heeft toevertrouwd. Dit was aan de orde in een zaak waarin de advocaat in eerste instantie voor een cliënt in een strafzaak was opgetreden en vervolgens voor een andere cliënt een civiele procedure tegen hem aanspande. In deze om-

233 HvD 17-12-1990, Advocatenblad 1991, p. 541; RvD Den Bosch 12-05-1997, Advocatenblad 1998, p. 376.

234 Art. 46f Advocatenwet. Veel klachten hangen echter ook samen met klachten over misbruik van vrij verkeer, zie § 3.9.2. De klachten met betrekking tot misbruik van vrij verkeer zijn wel ontvankelijk omdat daarbij het onderzoeksbelang speelt.

235 Dit standpunt is in overeenstemming met de strafprocesrechtelijke jurisprudentie waarin is uitgemaakt dat de toegang van de advocaat tot in verzekering gestelden niet kan worden geweigerd op grond van het bestaan van tegenstrijdige belangen en dat de advocaat zelf moet uitmaken of hiervan daadwerkelijk sprake is, zie § 2.9.3.3 en de hierbij aangehaalde jurisprudentie.

236 HvD 29-09-1980, Advocatenblad 1981, p. 428; RvT Den Haag, 19-06-1984, Advocatenblad 1985, p. 69.

standigheden werd de schijn gewekt dat gebruik kon worden gemaakt van de in de strafzaak verkregen gegevens²³⁷. Ontoelaatbaar is eveneens het optreden voor een verdachte in een strafzaak, terwijl kantoorgenoten optreden voor de gemeente die aangifte tegen de verdachte heeft gedaan²³⁸.

Aan een kwestie waarbij de betaling van de rechtsbijstand door een derde een rol speelt liggen de navolgende, door de officier van justitie gestelde, feiten ten grondslag. Een verdachte die verdacht wordt van het invoeren van verdovende middelen bevindt zich in alle beperkingen en wordt bijgestaan door een toegevoegde advocaat. Twee 'kennissen' benaderen een andere advocaat met het verzoek de verdachte als gekozen raadsman bij te staan en betalen hem een voorschot. Deze bezoekt vervolgens de verdachte en deelt hem mee dat hij zijn moed moet houden. Kort daarna blijken de twee 'kennissen' in het bezit te zijn van afschriften van het proces-verbaal dat de politie van de verhoren van de verdachte heeft opgemaakt. De advocaat wordt ervan beschuldigd deze afschriften aan hen te hebben verschaft. Een onderdeel van de klacht van de officier van justitie en de rechter-commissaris tegen de advocaat luidt dat de advocaat is opgetreden voor cliënten met tegenstrijdige belangen. Het HvD overweegt primair dat de officier van justitie en de rechter-commissaris in deze klacht niet ontvankelijk dienen te worden verklaard vanwege het ontbreken van een belang. Vervolgens neemt het HvD aan dat de officier van justitie en de rechter-commissaris mede hebben willen stellen dat de advocaat niet alleen de belangen van zijn cliënt behartigde maar ook van zijn opdrachtgevers, door aan dezen zijn wetenschap als raadsman van zijn verdachte cliënt door te geven, waardoor het opsporingsonderzoek zou kunnen worden belemmerd. Hierop gaat het hof uitvoerig in. In de eerste plaats overweegt het hof dat de advocaat had moeten begrijpen dat er een kans bestond dat zijn opdrachtgevers ook verdacht zouden worden – of al waren – van drugsdelicten die samenhangen met die waarvan zijn cliënt werd verdacht en dat deze omstandigheid de advocaat tot grote voorzichtigheid hadden moeten nopen. De verdachten die in de zaak waren aangehouden, waaronder de cliënt van de advocaat, mochten gelet op de aan hun opgelegde beperkingen alleen contact hebben met hun respectieve raadslieden en niet met derden. Het is niet bewezen dat de advocaat aan een van zijn opdrachtgevers een afschrift van de door zijn cliënt afgelegde verklaring tegenover de politie heeft gegeven, omdat de verklaringen hierover tegenstrijdig zijn. De advocaat had wel voorzigtiger moeten zijn en zijn mededelingen aan zijn opdrachtgevers over de zaak moeten beperken tot de processuele feiten, zoals de inbewaringstelling. Blijkbaar had de advocaat aan een

237 HvD 13-07-1998, *Advocatenblad* 1999, p. 236.

238 RvD Den Haag 21-06-1993, nr. R 706/93.21, niet gepubl. In het onderhavige geval had de advocaat de cliënt er wel op gewezen dat er mogelijk tegenstrijdige belangen zouden zijn. Later bleek dat inderdaad het geval te zijn en trok de advocaat zich terug. De cliënt klaagde erover dat de advocaat dat meteen had moeten doen, omdat hij nu een andere advocaat had moeten inschakelen en dubbele kosten had moeten maken. De Raad overweegt dat de gang van zaken wel ongelukkig is, maar dat de advocaat een zekere beleidsvrijheid toekomt bij het bepalen of er zich tegenstrijdige belangen voordoen. De Raad is er in het onderhavige geval niet van overtuigd dat de advocaat zich eerder had moeten terugtrekken.

van zijn opdrachtgevers medegedeeld dat zijn cliënt had bekend. Vervolgens overweegt het hof:

"Daarbij blijkt dat appelland (de advocaat TS) zich vermoedelijk niet voldoende heeft gerealiseerd dat het voeren van de verdediging van een verdachte voor rekening van een derde van wie de betrokken advocaat weet of moet vermoeden dat hij zich aan soortgelijke of verwante misdrijven schuldig pleegt te maken en die de opdrachtgever geweest kan zijn van de cliënt wiens verdediging die advocaat op zich heeft genomen, het gevaar insluit dat deze laatste als instrument van mogelijkterwijs zelf bij de strafzaak betrokkenen wordt gebruikt of misbruikt indien hij geen volledige scheiding maakt tussen de belangen van de verdachte wiens zaak hij op zich genomen heeft en die van andere personen die bij het betrokken strafrechtelijk onderzoek belang kunnen hebben, doch aan het fourneren van fondsen voor de verdediging niet het recht kunnen ontleenen omtrent het verloop van de zaak te worden ingelicht".

De klacht wordt door het hof echter niet gegrond verklaard omdat niet valt in te zien hoe de gedane mededelingen van de advocaat de waarheidsvinding tijdens het voorbereidend onderzoek zouden kunnen hebben frustreren en de advocaat zich ook anderszins door die mededeling niet schuldig heeft gemaakt aan enige schending van door hem als advocaat in acht te nemen belangen van de justitiële en/of politieke autoriteiten²³⁹.

Een principiële zaak met betrekking tot het behartigen van tegenstrijdige belangen, die in de pers de nodige aandacht heeft gehad²⁴⁰, in verband waarmee de naam van de betrokken advocaat zo vaak genoemd is dat hier van de gebruikelijke anonimiteit wordt afgezien, betreft de klacht van de Amsterdamse deken tegen A. Moszkowicz wegens het behartigen van tegenstrijdige belangen in een strafzaak²⁴¹.

De feiten in deze zaak kunnen als volgt worden beschreven. Een vrouw, M., wordt op Schiphol na aankomst uit Suriname aangehouden in het bezit van ruim 52 kg cocaïne. Zij heeft samen gereisd met Brunswijk, waarvan het publiekelijk bekend was dat justitie tegen hem een strafrechtelijk onderzoek had ingesteld wegens drugsdelicten²⁴². Moszkowicz stelt zich als gekozen raadsman van M. Gelijktijdig werd M. benaderd door de Centrale Inlichtingen Dienst (CID) of zij niet als kroongetuige wilde optreden tegen Brunswijk. Zij bespreekt dit met haar raadsman en beslist hierop niet in te willen gaan en deelt de politie mede dat zij in overleg met en op advies van haar raadsman geen verklaring aflegt. Op de terechtzitting voor de rechtbank Haarlem verklaart zij dat zij niet weet of Brunswijk iets met haar zaak te maken heeft. Zij wordt veroordeeld tot een gevangenisstraf van 6 jaren en stelt hiertegen beroep in. Na de uitspraak van de rechtbank vraagt Moszkowicz het OM te Haarlem of tegen zijn cliënt Brunswijk een straf-

239 HvD 17-12-1990, Advocatenblad 1991, p. 541.

240 Zie o.a. NRC 1 december 1998, Orde berispt strafadvocaat Moszkowicz.

241 HvD 08-11-1999, Advocatenblad 2000, p. 508. Over deze kwestie heb ik samen met Ties Prakken naar aanleiding van de uitspraak van de RvD Amsterdam 30-11-1998, nr. 98/086 A, niet gepubl. een artikel geschreven: Prakken en Spronken 1999 en zie naar aanleiding van de uitspraak van het HvD ook: Spronken 2000 II. De tekst van de bespreking van deze zaak komt grotendeels overeen met de tekst in deze artikelen.

242 Zie o.a. Volkskrant 11-12-1998, Drugszaak tegen Brunswijk opmaat voor Bouterse-proces.

rechtelijk onderzoek loopt, hetgeen hem wordt bevestigd. Een aantal maanden later vraagt M. om een vertrouwelijk gesprek met de officier van justitie die haar zaak heeft behandeld, buiten aanwezigheid van haar raadsman. In een daaropvolgend gesprek met twee officieren van justitie, waaronder de officier die haar zaak heeft behandeld, geeft zij aan dat zij gezwegen heeft op advies van haar raadsman, dat zij niet tevreden is over zijn belangenbehartiging en dat zij wel wil verklaren over de rol van Brunswijk. Haar wordt door beide officieren vertrouwelijkheid toegezegd, maar dezen lichten wel de behandelend officier in de zaak Brunswijk in. Uit de stukken van de tuchtzaak blijkt niet of M. hiertoe toestemming heeft gegeven. De officier in de Brunswijk-zaak schrijft buiten medeweten van Moszkowicz, een brief aan M. met de vraag of zij gelet op de samenhang tussen haar zaak en die van Brunswijk niet de voorkeur geeft aan een andere raadsman. M. beantwoordt deze brief niet. Vervolgens wordt M. door de RC als getuige gehoord in de zaak Brunswijk. Zij weigert vragen te beantwoorden omdat er "sprake is van gevaar". Als de RC vraagt of dit gevaar van Brunswijk komt bevestigt zij dit. Het verhoor wordt geschorst en de RC overlegt buitenskamers met de bij het verhoor aanwezige vervanger van Moszkowicz, die M. bijstaat. Na terugkomst van de schorsing legt de vervanger van Moszkowicz met instemming van M. de verdediging neer. Na zijn vertrek legt M. een belastende verklaring tegen Brunswijk af²⁴³. Moszkowicz bevestigt nog diezelfde dag schriftelijk aan M. dat hij de verdediging neerlegt overeenkomstig de eerder gedane mededeling aan haar, dat hij dat zou doen ingeval zij zou verklaren over Brunswijk.

Na een klacht van de Haarlemse officier bij de Amsterdamse deken, dient deze laatste ambtshalve een klacht in tegen Moszkowicz vanwege het behartigen van tegenstrijdige belangen. Moszkowicz stelt in de tuchtzaak dat hij de belangen van M. niet heeft achtergesteld bij die van Brunswijk en dat het besluit van M. geen verklaringen af te leggen tegen Brunswijk haar eigen besluit was en mede werd ingegeven doordat zij een relatie met Brunswijk had. Hij stelt ook dat hij van meet af aan duidelijk is geweest naar M. toe, dat hij haar niet zou kunnen verdedigen als zij een verklaring tegen Brunswijk zou afleggen. Dat er sprake was van tegenstrijdige belangen openbaarde zich ten opzichte van Moszkowicz pas tijdens de verhoren bij de RC, nadat M. in eerste aanleg was veroordeeld. Toen heeft hij onmiddellijk de verdediging neergelegd.

De centrale vraag in deze tuchtzaak is of Moszkowicz niet van begin af aan had behoren te weigeren de vriendin van Brunswijk als raadsman bij te staan wegens dreigende tegenstrijdige belangen tussen haar en Brunswijk.

In eerste aanleg overweegt de Raad van Discipline dat in strafrechtelijk verband van een verbod op behartigen van tegenstrijdige belangen al sprake is:

"indien (voor de advocaat aannemelijk is dat) de ene verdachte beschikt over belastende informatie over de andere verdachte en deze informatie niet reeds uit andere bron bij de politie

243 Overigens is achteraf gebleken dat het afleggen van een belastende verklaring tegen Brunswijk M. geen enkel voordeel heeft gebracht: ook in appel is zij veroordeeld tot 6 jaren gevangenisstraf.

of het OM bekend is of gemakkelijk bekend kan worden. Dit eventuele belangenconflict is nog klemmender indien het informatie betreft over betrokkenheid van de andere verdachte bij het strafbare feit waarvan de ene verdachte wordt verdacht en terzake waarvan hij door de advocaat in kwestie wordt bijgestaan²⁴⁴.

Het verbod wordt volgens de Raad niet opgeheven wanneer de betrokken verdachten, wetende dat tegenstrijdige belangen tot de mogelijkheden behoren, de advocaat uitdrukkelijk verzoeken hen beiden bij te staan. Volgens de Raad kan de raadsman in een dergelijke situatie niet overzien in hoeverre dergelijke beslissingen in vrijheid en met inzicht in de consequenties zijn genomen en heeft de raadsman een eigen verantwoordelijkheid die niet door de wens van cliënten kan worden weggenomen.

Met name op deze interpretatie van het begrip 'tegenstrijdige belangen', waarbij het standpunt van de cliënt ondergeschikt wordt gemaakt aan het feit of de cliënt over informatie beschikt, waar justitie (nog) niet over beschikt, hebben Ties Prakken en ik kritiek geleverd²⁴⁵. De uitleg die de Raad aan artikel 7 van de Gedragsregels geeft, is zo ruim, dat de verdediging van meerdere verdachten in een zaak door dezelfde advocaat de facto onmogelijk wordt gemaakt, terwijl dit zeer wel in het belang van alle betrokken verdachten kan zijn. Het beschikken over belastende informatie van de ene verdachte over de ander impliceert op zichzelf nog geen belangenconflict. Het is zeer goed mogelijk dat de verdachte deze informatie om allerlei redenen niet aan de politie wil prijsgeven en daartoe heeft de verdachte gelet op zijn zwijgrecht ook het volste recht. Bovendien is de maatstaf die de Raad aanlegt nogal merkwaardig. Hieruit kan a contrario worden afgeleid dat indien justitie uit andere bron beschikt of kan beschikken over desbetreffende belastende informatie, de advocaat zich niet druk hoeft te maken over tegenstrijdige belangen, terwijl er ook in dat geval wel degelijk sprake kan zijn van een belangenconflict tussen verschillende verdachten. Ons inziens is niet de informatiepositie van de politie of het OM van belang bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van tegenstrijdige belangen, maar of er bij de verschillende verdachten conflicterende belangen zijn. Daarbij bepalen in beginsel de betrokken cliënten zelf welke belangen zij hebben en hoe deze moeten worden gewogen. De verantwoordelijkheid van de advocaat hierbij is de cliënten goed te informeren over de implicaties van een gezamenlijke verdediging en te wijzen op de consequenties als de belangen van de cliënten later toch zodanig uiteen gaan lopen dat de advocaat bij een optimale belangenbehartiging van de ene cliënt de belangen van de ander schaadt, of als er na aanvankelijke eenstemmigheid toch onderlinge conflicten ontstaan. In een dergelijke situatie moet de advocaat zijn eigen verantwoordelijkheid nemen. Hierover moeten tevoren afspraken worden gemaakt en aan de cliënten moet duidelijk worden gemaakt, dat bij het ontstaan van tegenstrijdige belangen, de advocaat zich uit alle zaken moeten terugtrekken.

Het Hof van Discipline neemt in zijn uitspraak afstand van de uitleg die de Raad van Discipline aan het begrip 'tegenstrijdige belangen' geeft en overweegt dat de

244 Raad van Discipline 30 november 1998, 98/086 A, niet gepubl., overweging 5.1.

245 Prakken en Spronken 1999.

hiertegen gerichte grief, inhoudende dat de Raad blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting inzake het begrip 'tegenstrijdige belangen' als bedoeld in gedragsregel 7, doel treft²⁴⁶. Het Hof neemt als uitgangspunt dat het de verdachte zelf is die uiteindelijk beslist welke procesopstelling hij verkiest en of hij afziet van het openbaren van feiten en omstandigheden die voor zijn verdediging gunstig zouden kunnen zijn, maar belastend voor de andere verdachte. De taak van de advocaat is volgens het Hof de betrokken verdachte hierbij te adviseren, kritisch de gronden te bezien waarom een verdachte zijn procesopstelling kiest en daarbij zorgvuldig na te gaan of een dergelijke keuze in vrijheid is gedaan. Verder bouwt het Hof nog een aantal waarborgen in, die moeten bewerkstelligen dat een verdachte zich bewust is van de implicaties van de door hem gekozen proceshouding en dat hij de vrijheid behoudt deze processtrategie ook te wijzigen. Het Hof acht het van belang dat een verdachte, die ten behoeve van een medeverdachte afstand doet van verdedigingsmogelijkheden, door de advocaat schriftelijk op de (nadelige) consequenties hiervan gewezen wordt. Ook met toekomstige ontwikkelingen moet rekening worden gehouden en er zou reeds tevoren (schriftelijk) kunnen worden voorzien in de mogelijkheid van het inschakelen van een andere advocaat, een niet-kantoorgenoot, tot wie de verdachte zich kan wenden als hij zijn procesopstelling wil wijzigen. Het zal voor een verdachte *immers moeilijk zijn een dergelijk voornemen te bespreken met de advocaat die tevens de advocaat van de medeverdachte is*.

Wel verwijt het Hof Moszkowicz, dat hij te gemakkelijk heeft aangenomen dat er tussen de vriendin en Brunswijk geen tegenstrijdige belangen zouden zijn. Moszkowicz heeft in de procedure zelf gesteld, dat de vriendin van Brunswijk tijdens het eerste contact aan hem heeft medegedeeld dat zij was benaderd door CID-ambtenaren die met haar de mogelijkheid wilden bespreken om te gaan optreden als kroongetuige tegen Brunswijk. Volgens Moszkowicz heeft zij daarop direct en zonder enige aarzeling tegen hem gezegd "dat ze daar niets voor voelde om haar moverende redenen waaronder als argument werd genoemd dat zij familie had wonen in Suriname"²⁴⁷. Het Hof is met de Raad van mening dat bij Moszkowicz op dat moment wat lampjes hadden moeten gaan branden en dat hij op deze opmerking van zijn cliënte had moeten ingaan. De Raad overweegt naar aanleiding hiervan:

"De eerste reden, te weten dat zij familie had in Suriname, was niet zonder meer duidelijk. Naar verweerder ter zitting heeft verklaard, heeft hij F.M. niet gevraagd wat zij daarmee bedoelde. Niet uit te sluiten was dus dat F.M. hiermee doelde op vrees voor represailles jegens haar familie in Suriname"²⁴⁸.

Het Hof leidt echter uit de mededeling van de vriendin van Brunswijk aan Moszkowicz af, dat zij aan hem kenbaar zou hebben gemaakt "dat zij uit angst om haar familie in Suriname niet aan het verzoek van de Centrale Inlichtingen Dienst zou

246 Hof van Discipline 8-11-1999, Advocatenblad 2000, p. 508, overweging 6 en 7.

247 Schriftelijk verweer Moszkowicz d.d. 3 maart 1998.

248 Raad van Discipline 30 november 1998, 98/086 A, overweging 5.9.

voldoen" en dat er dus sprake was van tegenstrijdige belangen en bekrachtigt, zij het op andere gronden, de maatregel van berisping die de RvD Amsterdam had opgelegd²⁴⁹.

Uit oogpunt van een zorgvuldige belangenbehartiging van de cliënte leggen de Raad en het Hof de vinger op de zere plek. Achteraf gezien had Moszkowicz toen moeten doorvragen om te verifiëren of er sprake was van vrees voor represailles van de zijde van Brunswijk.

Met deze – op zichzelf zinnige – regels heeft het Hof de problemen die samenhangen met het behartigen van tegenstrijdige belangen geplaatst in het kader waar zij thuishoren, namelijk in het perspectief van een principieel eenzijdige belangenbehartiging. Het belang van de cliënt moet steeds bepalend zijn voor de wijze waarop de advocaat zijn zaken behandelt en het verbod van behartiging van tegenstrijdige belangen vindt hierin zijn grondslag. Dat betekent niet dat de advocaat zich bij voorbaat al moet terugtrekken in een situatie dat de ene verdachte een belastende verklaring *zou kunnen* afleggen tegen de ander, maar dat betekent wel dat de advocaat in een dergelijke situatie zorgvuldig moet opereren, zeker als de ene verdachte zich als het ware 'opoffert' voor de andere. Dit mag de verdachte uiteraard zelf beslissen, maar het moet wel volstrekt duidelijk zijn dat de verdachte weet wat hij doet. Het komt een heldere voorlichting ten goede, als de hierop betrekking hebbende adviezen en beslissingen door de advocaat voor de cliënt op schrift worden gesteld. Verder blijven er situaties bestaan waarin de advocaat een eigen verantwoordelijkheid heeft om te beslissen of hij de belangen van beide cliënten nog wel adequaat kan behartigen. Een dergelijke situatie zou zich kunnen voordoen, om bij de hiervoor besproken zaak te blijven, indien de vriendin van Brunswijk daadwerkelijk vreesde voor represailles van de zijde van Brunswijk. In een dergelijke situatie zal het moeilijk zijn de belangen van beiden te behartigen en zal een advocaat, ongeacht de wens van de cliënten zich zelfstandig moeten beraden of hij zich terugtrekt²⁵⁰.

249 Ik heb mij in de bespreking van de uitspraak van het HvD op het standpunt gesteld dat het Hof mijns inziens ten onrechte de conclusie trekt dat er sprake is geweest van de behartiging van tegenstrijdige belangen. Het HvD denatureert de verklaring van M. door haar in de mond te leggen dat zij aan Moszkowicz kenbaar zou hebben gemaakt 'dat zij uit angst om haar familie in Suriname niet aan het verzoek van de Centrale Inlichtingen Dienst zou voldoen' en concludeert dat er sprake was van tegenstrijdige belangen. Deze conclusie gaat mij te ver. Ik ben van mening dat Moszkowicz verweten kan worden dat hij naar aanleiding van de opmerking van M. over haar familie in Suriname niet heeft doorgevraagd. Het blijft echter de vraag of er op dat moment daadwerkelijk sprake was van tegenstrijdige belangen. Daarvoor zijn te weinig feiten bekend. Het blijft immers mogelijk dat er op dat moment andere argumenten doorslaggevend waren voor de vriendin van Brunswijk om hem niet te belasten, zie Spronken 2000, p. 480.

250 Vergelijk HvD 26-08-1996, Advocatenblad 1997, p. 1277, waarin de advocaat de belangen behartigde van een cliënt A, die hij in een strafzaak had bijgestaan en een cliënte B die door de eerstgenoemde cliënt A naar hem was doorverwezen in verband met een echtscheidingszaak. Op een gegeven moment verneemt hij van B dat zij een bedrag van f. 300.000,- aan A heeft toevertrouwd om deze bedragen voor haar te beleggen. Later bericht zij de advocaat dat

3.9 Verdediging en waarheidsvinding

De positie van de raadsman ten opzichte van de waarheidsvinding is ambivalent. Gelet op zijn principieel partijdige positie zal hij alle activiteiten ontplooiën om ontlastende feiten boven water te krijgen en de belastende feiten bestrijden als zijn cliënt die ontkent²⁵¹. De raadsman is ten aanzien van de beïnvloeding van de waarheidsvinding echter minder vrij als de verdachte, die kan zwijgen of liegen en op geen enkele wijze hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling. De raadsman moet zich houden aan een aantal spelregels die als voorwaarden zijn verbonden aan de hem toegekende privileges zoals het recht op vrij verkeer en het verschoningsrecht. Hij mag het opsporingsonderzoek niet actief tegenwerken door bewijsmateriaal zoek te maken, door beperkende maatregelen die aan de verdachte zijn opgelegd te omzeilen, of door getuigen te bewegen verklaringen in strijd met de waarheid af te leggen²⁵². De raadsman mag ingevolge regel 30 van de Gedragsregels 1992 zelf niet liegen, in die zin dat hij aan de rechter of officier van justitie feiten presenteert waarvan hij weet dat die niet juist zijn. De raadsman heeft echter een duidelijke taak als het gaat om het zoeken naar en onderbouwen van ontlastende feiten of omstandigheden en wordt daarbij door de justitiële autoriteiten vaak met argusogen bekeken. De enige strafvorderlijke sanctie op het actief belemmeren van de waarheidsvinding is het beperken van het vrij verkeer op grond van artikel 50 lid 2 Sv. Verder is er nog een scala aan strafrechtelijke sancties denkbaar als de belemmering van de waarheidsvinding tevens als een strafbaar feit kan worden gekwalificeerd, zoals bijvoorbeeld het uitlokken van meeneed of het medeplegen van valsheid in geschrifte. Dit zijn echter uiterste middelen. De subtielere normering van wat er in het kader van de verdediging nog wel en niet meer toelaatbaar is, moet binnen de tuchtrechtspraak plaatsvinden.

3.9.1 Beïnvloeding waarheidsvinding

In vrijwel alle tuchtrechtelijke uitspraken die betrekking hebben op zelfstandig onderzoek door de raadsman naar de feiten speelt de vraag of deze activiteiten de opsporing hebben belemmerd. Zelfstandig onderzoek door de verdediging wordt niet altijd op prijs gesteld. Zo klaagde het OM over een advocaat die zijn cliënt, die verdacht werd van een poging tot verkrachting, wees op de mogelijkheid om het slachtoffer te doen horen door een detectivebureau. Omdat het slachtoffer niet

zij bange vermoedens heeft dat A haar haar vermogen heeft afhandig gemaakt. In deze periode blijft de advocaat zowel haar als A bijstaan om te bezien of de zaak in onderling overleg nog kan worden opgelost. Vervolgens doet B aangifte van oplichting en vordert zij het bedrag van A terug. In de procedure van B tegen A tot terugbetaling van het bedrag staat de advocaat A bij. Het HvD acht het niet relevant dat de advocaat op verzoek van B haar is blijven bijstaan op het moment dat het zonneklaar was dat er een conflicterend belang bestond, omdat het verzoek van B hem er niet van onthief zelf de verantwoordelijkheid te nemen om te beslissen of hij haar nog wel kon bijstaan.

251 Zie over verdediging en waarheidsvinding Spronken 1998 III.

252 Zie in dit verband ook Mols 1993; De Roos 1998; Quant 1994.

was opgeroepen als getuige en het ook niet zeker was dat dat zou gebeuren achtte de RvD Den Bosch dit niet klachtwaardig²⁵³. Illustratief is ook de volgende zaak. De advocaat staat een in verzekering gestelde verdachte bij (die overigens ook advocaat was), die wordt verdacht van een aantal misdrijven. Na zijn arrestatie rijst er naar aanleiding van mededelingen die de verdachte aan de politie doet de verdenking dat de verdachte ook betrokken is bij de organisatie van handel in wapens. Er wordt een gerechtelijk vooronderzoek geopend en de verdachte wordt in bewaring gesteld waarbij de rechter-commissaris hem alle beperkingen oplegt ex artikel 225 Invoeringswet Wetboek van Strafvordering. Bij het verhoor voorafgaande aan de inbewaringstelling heeft de advocaat de rechter-commissaris verzocht een aantal getuigen à décharge te horen, waaronder de in de vordering tot het gerechtelijk vooronderzoek als medeverdachte genoemde Z. Tijdens de behandeling in raadkamer van de vordering gevangenhouding, waar tevens de voortgang van het onderzoek wordt besproken, vertelt de advocaat dat hij telefonisch contact heeft gehad met Z. die in de Antillen verblijft. Hij zegt dat hij Z. over de zaak heeft ingelicht en heeft verteld dat zijn cliënt was aangehouden wegens verdenking van organisatie van handel in wapens. Voor het onderzoek was van belang of Z. in Nederland was geweest. De advocaat heeft hem dat gevraagd en Z. heeft hem dat bevestigd. Z. heeft hem medegedeeld dat hij niet naar Nederland kan komen en dat hij een telex zou sturen over zijn reis naar Nederland en zijn verblijf aldaar. Vervolgens wordt er een klacht ingediend tegen de advocaat omdat hij telefonisch contact heeft opgenomen met de medeverdachte Z. en hem mededelingen heeft gedaan. De RvD acht de klacht gegrond. Naar aanleiding hiervan wordt deken-appel²⁵⁴ ingesteld, waarin de deken stelde dat de raadsman de vrijheid moet hebben om in het belang van zijn cliënt alle gewenste contacten te leggen. Naar aanleiding hiervan overweegt het HvD dat het de raadsman in een strafzaak vrij staat zelfstandig een onderzoek in te stellen naar de voor de verdediging relevante feiten en tot dat doel contact op te nemen met andere personen, maar:

"Deze vrijheid is echter niet onbeperkt: de raadsman dient zich te onthouden van al wat naar redelijkerwijs valt te verwachten aan de rechtmatige opsporing van de feiten – in het algemeen: de rechtmatige waarheidsvinding – door de justitiële autoriteiten nadeel zal berokkenen. Aan de hand van dit criterium zal de vraag of de raadsman onoorbaar jegens de justitiële autoriteiten heeft gehandeld, moeten worden beoordeeld. Dit brengt mee dat de vraag of de raadsman contact mag opnemen met een medeverdachte die (wellicht) als getuige à (dé)charge zal optreden maar (wellicht) ook terecht zal moeten staan, in zijn algemeenheid niet is te beantwoorden. In iedere concrete situatie zal deze vraag zijn beantwoording dienen te vinden aan de hand van het hiervoren geformuleerde criterium. Daarbij kunnen allerlei factoren van invloed zijn, zoals: het stadium waarin het opsporingsonderzoek en/of strafvervolgning zich bevindt, het feit of de verdachte en/of medeverdachte heeft bekend, de aard van het tenlastegelegde, het feit of de verdachte al dan niet met beperkingen is gedetineerd enz. (...)"

253 RvD Den Bosch, 07-02-1994, Advocatenblad 1995, p. 350.

254 Ex art. 56 lid 2 Advocatenwet. Een dergelijk appel kan worden ingesteld als de deken een principiële uitspraak aan het HvD wil ontklokken.

In de onderhavige zaak speelt volgens het hof mee dat het opsporingsonderzoek zich in het beginstadium bevond, in de pers weliswaar mededeling was gedaan van de arrestatie van de verdachte, maar over de na de arrestatie gerezen verdenking van deelneming aan wapensmokkel niet in de pers was bericht en aan de verdachte alle beperkingen waren opgelegd. Onder deze omstandigheden viel het volgens het hof redelijkerwijs te verwachten dat de telefonische mededelingen van de advocaat aan Z. de waarheidsvinding zouden belemmeren. Daarom had de advocaat zich daarvan moeten onthouden²⁵⁵. Deze uitspraak maakt duidelijk dat op de mogelijkheden om zelfstandig onderzoek in te stellen naar relevante feiten voor de verdediging een behoorlijke tuchtrechtelijke rem wordt gelegd. Met name in een geval dat de verdachte zich in alle beperkingen bevindt, zijn de handen van de advocaat vrijwel geheel gebonden. Een vergelijkbaar voorbeeld wordt genoemd door Mols²⁵⁶, die in het kader van de piketdienst een cliënt op het politiebureau bezoekt, die wordt verdacht van diefstal van een auto. De cliënt ontkent iedere betrokkenheid en noemt twee personen die het feit zouden hebben gepleegd en een persoon die zijn alibi zou kunnen bevestigen. Mols verzoekt de rechercheurs deze personen te horen, maar krijgt van hen als antwoord dat zijn cliënt wel zal bijdraaien en dat het horen van deze personen op dat moment niet opportuun is. Daarop neemt Mols contact op met twee van de door zijn cliënt genoemde personen, die de lezing van zijn cliënt bevestigen. De getuige die het alibi zou kunnen bevestigen, is bereid een verklaring hieromtrent af te leggen. Ondanks aandringen van Mols wil de betrokken rechercheur de getuige niet horen. Daarop neemt hij contact op met de piketofficier van justitie "die weinig belooft maar wel iets gedaan moet hebben, want de volgende dag wordt de verdachte vrijgelaten". De hoofdofficier van justitie vraagt de deken vervolgens een oordeel over de toelaatbaarheid van het gedrag van Mols, omdat het niet zou zijn toegestaan om getuigen te benaderen die nog niet door de politie zijn gehoord. Mols had moeten wachten tot het gerechtelijk vooronderzoek of tot de zitting. De deken ziet echter geen aanleiding om actie te ondernemen, waarschijnlijk omdat het horen van deze getuigen volgens regel 25 Gedragsregels 1992 toelaatbaar was²⁵⁷ en de verdachte zich niet in beperkingen bevond. De hoofdofficier van justitie heeft hierin berust.

Bovengenoemde voorbeelden maken duidelijk dat van justitiële zijde al snel wordt aangenomen dat de raadsman het opsporingsonderzoek belemmert en dat ieder contact van de advocaat met getuigen met een zeker wantrouwen wordt be-

255 HvD 18-12-1989, Advocatenblad 1990, p. 202. Ondanks de omstandigheid dat het HvD oordeelde dat de advocaat zich in ernstige mate schuldig had gemaakt aan een handelen dat de advocaat niet betaamt, werd slechts een maatregel van waarschuwing opgelegd omdat de advocaat zelden of nooit grote strafzaken behandelde en zich niet bewust was geweest van de delicate positie van de raadsman in een dergelijke situatie. Het hof merkt nog op te hopen dat de advocaat uit de zaak lering heeft getrokken, bijvoorbeeld door zich in de toekomst te onthouden van het behandelen van dit soort zaken (!).

256 Mols 1993, p. 17-18.

257 Zie in dit verband verder § 3.9.3. over het horen van getuigen van het OM.

keken²⁵⁸. Ook in de volgende gevallen loopt het oordeel over de toelaatbaarheid van het handelen van de advocaat van het OM en de tuchtrechter uiteen:

Een cliënt deelt zijn advocaat, die hem bijstaat in een uitleveringszaak mede dat een belangrijke getuige die een belastende verklaring heeft afgelegd op die verklaring wil terugkomen. De cliënt heeft van die verklaring een concept opgesteld en stuurt die aan zijn advocaat toe, onder de mededeling dat het concept overeen komt met hetgeen de getuige aan hem heeft verteld. De cliënt vraagt de advocaat de getuige op zijn kantoor te ontvangen en de verklaring te laten ondertekenen. Als de getuige op het kantoor van de advocaat komt, wil hij de verklaring echter niet ondertekenen, maar geeft hij, zonder inhoudelijk op de verklaring in te gaan, aan dat hij er nog eens over moet nadenken. Bij zijn vertrek vraagt hij de advocaat wat de ondertekening van de verklaring voor hem zou opleveren, waarop de advocaat antwoordt dat hij zich met dat soort dingen niet bezighoudt en dat de getuige dat maar met zijn cliënt moet regelen. De getuige neemt geen contact meer op met de advocaat en ondertekent de verklaring ook niet. De getuige heeft tegenover de politie verklaard dat de cliënt gevraagd had de bewuste verklaring af te leggen tegen betaling van een geldbedrag of een goede baan. De officier van justitie dient een klacht in omdat volgens hem de advocaat heel goed moet hebben beseft wat voor een spel er gespeeld werd. De RvD overweegt dat een strafrechtadvocaat in beginsel terughoudend behoort op te treden in een situatie waarin het vermoeden kan rijzen dat zijn cliënt of anderen een poging in het werk stellen om de juiste waarheidsvinding in een strafproces te blokkeren of te bemoeilijken. Anders dan de officier van justitie veronderstelt is volgens de raad echter niet gebleken dat de advocaat een dergelijke terughoudendheid uit het oog heeft verloren. Op vragen van de advocaat of de conceptverklaring onjuist was, is de getuige niet ingegaan. Van enig contact tussen de advocaat en zijn cliënt waaruit de advocaat had moeten afleiden dat er 'een spel werd gespeeld' of dat het de advocaat duidelijk had moeten worden dat de verklaring in strijd met de waarheid was, is evenmin gebleken²⁵⁹.

Een advocaat bezoekt op het politiebureau een daar in verzekering gestelde verdachte A die is aangehouden wegens verdenking van drugsdelicten. Volgens de officier van justitie, die een klacht tegen de advocaat heeft ingediend, heeft de advocaat A toen onder bedreiging verzocht geen belastende verklaringen af te leggen tegenover de politie over een zekere B, van wie hij "de groeten aan A moest doen". Daarop heeft A tegenover de politie verklaard verder zijn mond te willen houden. Vervolgens is B door de politie gehoord en heeft hij verklaard dat de advocaat A op zijn verzoek onder druk heeft ge-

²⁵⁸ Zie in dit verband ook de in § 3.7.1 weergegeven uitspraak RvD Den Bosch, 09-05-1994, Advocatenblad 1995, p. 122, waarin de raad het niet ontoelaatbaar achtte dat de advocaat zijn ex-client benaderde, die medeverdachte was van zijn cliënt, en deze op zijn zwijgrecht had gewezen. Het OM was over deze handelwijze een andere mening toegedaan.

²⁵⁹ RvD Amsterdam 18-12-1995, nr. 95/96 U, niet gepubl.

zet. Deze verklaring heeft B later ingetrokken, volgens de officier van justitie eveneens onder druk van de advocaat. De RvD hoort verschillende getuigen, waaronder A en B en de bij het onderzoek betrokken politiemensen. B vertelt dat hij de advocaat gevraagd heeft aan A, waarvan hij wist dat deze was aangehouden, te vragen zijn mond over hem te willen houden. A verklaart echter dat de advocaat dit niet aan hem gevraagd heeft, maar alleen de groeten heeft gedaan van B, die hij kende. De raad komt tot het oordeel dat op grond van de getuigenverklaringen is komen vast te staan dat de advocaat A op het politiebureau heeft bezocht en dat dit bezoek tot gevolg heeft gehad dat A vervolgens geen belastende verklaringen tegen B heeft afgelegd en dat eveneens is komen vast te staan dat hij B onder druk heeft gezet om zijn belastende verklaring jegens hemzelf in te trekken. Het HvD komt echter tot een ander oordeel en acht de klacht ongegrond omdat de feiten die hieraan ten grondslag liggen onvoldoende zijn komen vast te staan. A en B hebben steeds ontkend dat er sprake zou zijn van dreigementen van de advocaat aan het adres van A. B heeft zijn verklaring over beweerde dreigementen van de advocaat aan zijn adres steeds gewijzigd, zodat het waarheidsgehalte van de verklaringen van B twijfelachtig is. De verklaringen van de betrokken politieagenten zijn alle van horen zeggen, zij zijn niet bij enig gesprek tussen de advocaat en A of B aanwezig geweest²⁶⁰.

- Zelfs tijdens een getuigenverhoor in aanwezigheid van de politie moet de advocaat zich niet al te zeer roeren. De rechter-commissaris had een verhoor van een getuige gedelegeerd aan de politie en de raadsvrouw van de verdachte was bij dit verhoor aanwezig. De verdachte was de werkgever van de getuige en de politie had de indruk dat de getuige daarom minder bereid was het achterste van zijn tong te laten zien. Op een gegeven moment heeft de raadsvrouw tijdens het verhoor volgens de politie het verhoor onderbroken door een opmerking tegen de getuige te maken: "U hoeft zich toch niet alles te kunnen herinneren". Op grond hiervan dient de rechter-commissaris een klacht tegen de advocaat in, waarin hij stelt dat de advocaat, afgezien van deze opmerking, de getuige negatief heeft beïnvloed en dat haar optreden onbehoorlijk was. De advocaat acht het mogelijk dat zij een dergelijke opmerking heeft gemaakt, maar stelt dat de strekking van een dergelijke opmerking uitsluitend is geweest, de getuige, die zich niet meer alles in detail wist te herinneren, te laten weten dat dat begrijpelijk was. De RvT Rotterdam stelt voorop dat het in de praktijk bij verhoren in strafzaken, al of niet in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek, zeker gebruikelijk is dat de raadsman/vrouw in ieder geval de gelegenheid krijgt om over het verbaal zelf (corrigerende) opmerkingen te maken. Kleine interrupties in woord of gebaar worden gewoonlijk toegelaten. De zin van de aanwezigheid bij een verhoor is onder meer daarin gelegen, dat de advocaat zich kan kwijten van zijn taak om zich er in het belang van zijn cliënt rekenschap van te geven, of het verhoor volgens de regels verloopt. In het algemeen zal alleen reeds die aanwezigheid voldoende

260 HvD 03-04-1995, nr. 2020, niet gepubl.

waarborg zijn voor een fair verhoor. Heeft de raadsman kritiek op de gang van zaken, dan zal het wenselijk zijn, soms zelfs zijn plicht zijn, daaraan uiting te geven, bijvoorbeeld door het plaatsen van een opmerking, zonodig tijdens het verhoor. Weliswaar geeft de wet (met name art. 186 Sv) geen regels over de wijze waarop de advocaat vragen mag stellen of zich op andere wijze bij het verhoor mag manifesteren, maar het is volgens de raad ondenkbaar dat artikel 186 Sv die vorm van taakuitoefening bedoelt uit te sluiten. Uit de getuigenverklaringen blijkt dat de opmerking van de raadsvrouw viel toen de getuige zich een bepaald feit niet herinnerde en de politieambtenaren zich daar niet bij neerlegden en maar bleven doorvragen. Een opmerking zoals de raadsvrouw in die omstandigheden maakte, is zeer wel acceptabel²⁶¹.

Het volgende optreden van de advocaat wordt echter ontoelaatbaar geacht. De advocaat verdedigde een cliënt die verdacht werd van rijden onder invloed. Tijdens de voorbereiding van de zaak bleek de advocaat dat de aanhouding van zijn cliënt mogelijkerwijs een juridisch verweer zou kunnen opleveren. Van deze aanhouding was de mede-inzittende van de cliënt getuige geweest en de advocaat stelde voor een gesprek te hebben met deze getuige. Bij dat gesprek wees de advocaat zijn cliënt erop dat hij als verdachte niet verplicht was te antwoorden op de vraag of hij gereden had. Aan de getuige zei de advocaat dat deze een meinedige verklaring zou afleggen als hij zou verklaren dat de cliënt niet gereden had, omdat het duidelijk was dat de cliënt wel gereden had, maar dat het de getuige wel vrij stond te weigeren om te verklaren wie er gereden had, met een beroep op artikel 219 Sv (een getuige kan zich beroepen op zijn verschoningsrecht indien hij door het beantwoorden van een vraag zichzelf zou kunnen blootstellen aan een strafrechtelijke veroordeling). De advocaat noteerde het artikelnummer voor de getuige op een briefje, zodat hij tijdens het verhoor van de politierechter hiernaar zou kunnen verwijzen. Ter zitting heeft de getuige verklaard dat hij de vraag of hij de auto had bestuurd niet wenste te beantwoorden omdat hij het idee had dat hij dan zelf als verdachte zou worden aangemerkt. Daarop is de getuige ter zitting aangehouden als verdachte van overtreding van artikel 192 Sr (niet voldoen aan een wettelijke verplichting van een getuige) en kwam de hele voorgeschiedenis boven water. De RvT Breda acht de handelwijze van de advocaat onbehoorlijk omdat indien de getuige de vraag naar waarheid zou beantwoorden, hij zichzelf niet zou kunnen belasten, hetgeen zowel de advocaat als de getuige wisten. Door de getuige te adviseren zich op zijn verschoningsrecht te beroepen verleende de advocaat zijn medewerking aan het belemmeren van de waarheidsvinding in het strafproces en heeft hij ook de getuige in moeilijkheden gebracht²⁶².

Evenmin geoorloofd handelt de advocaat die een verdachte van incest verdedigt en voor de zitting in een brief een beroep op de dochter van zijn cliënt

261 RvT Rotterdam, 12-12-1975, Advocatenblad 1976, p. 341.

262 RvT Breda, 09-09-1982, Advocatenblad 1983, p. 430.

doet om de klacht in te trekken. De advocaat had rekening moeten houden met de impact die de brief op het slachtoffer had en bepaalde passages in de brief legden een te grote morele druk op het slachtoffer en werkten intimiderend op haar²⁶³.

3.9.2 Misbruik vrij verkeer

Een deel van de klachten die zijn ingediend over het misbruik van vrij verkeer heeft betrekking op verdachten die zich in alle beperkingen bevinden. Opmerkelijk is overigens dat in de tuchtrechtspraak over dit onderwerp niet wordt verwezen naar artikel 10 van de Advocatenwet, waarin staat vermeld dat de advocaat de praktijk uitoefent overeenkomstig de bevoegdheden en vereisten van het Wetboek van Strafvordering. Het respecteren van het doel van aan de verdachte opgelegde beperkingen in het kader van de artikelen 222 en 225 Invoeringswet Strafvordering lijkt typisch een kwestie die onder het bereik van artikel 10 van de Advocatenwet valt. In zijn algemeenheid wordt geoordeeld dat indien aan een cliënt alle beperkingen zijn opgelegd, de advocaat zich dient te onthouden van iedere gedraging die in strijd is met het doel dat met de oplegging van de beperking wordt beoogd²⁶⁴. Het meest expliciet is het HvD hierover in een zaak waarin door het OM een klacht werd ingediend tegen twee advocaten (X en Y) die twee medeverdachten (vriend en vriendin) aan wie alle beperkingen waren opgelegd bijstonden en onderling informatie hadden uitgewisseld. Dit was aan het licht gekomen toen een van de twee advocaten tijdens de behandeling van de vordering gevangenhouding melding maakte van het feit dat hij van de advocaat van de medeverdachte had vernomen dat deze een ontlastende verklaring had afgelegd voor zijn cliënte. De RvD achtte de klachten ongegrond omdat de beperkingen tot doel hebben het opsporingsonderzoek niet te frustreren en van beide raadslieden niet gezegd kon worden dat zij door hun handelen het onderzoek hadden belemmerd nu zij ervan uit mochten gaan dat de rechtbank beide dossiers kende en dus over de ontlastende verklaring van de vriend konden beschikken. Tegen deze beslissingen werd deken-appel²⁶⁵ ingesteld en het HvD vernietigde de beslissingen van de RvD met de navolgende overweging:

“Door de deken is terecht aangevoerd dat de advocaat in het strafproces een bijzondere positie inneemt en bijzondere voorrechten geniet. Dit is temeer het geval als aan de cliënt alle beperkingen zijn opgelegd. Dient de advocaat in strafzaken reeds meer in het algemeen alles na te laten dat een rechtmatige waarheidsvinding door justitie zou kunnen belemmeren, in geval van het bestaan van alle beperkingen geldt voor een advocaat een absolute verplichting om zich te onthouden van iedere gedraging die in strijd is met het doel dat wordt beoogd door de oplegging van de beperkingen, te weten dat geen contact tussen de verdachte en de buitenwereld ontstaat, waaronder begrepen de medeverdachten. Elk handelen van de advocaat dat ertoe kan leiden dat een verdachte op de hoogte komt van verklaringen van een medeverdachte

263 HvD 27-03-1995, Advocatenblad 1995, p. 1142.

264 Boekman 1998, p. 107; De Roos, Vademecum Strafzaken, suppl. 83, p. [2]-18-20.

265 Ex art. 56 lid 2 Advocatenwet.

is met dat doel in strijd. Het is nu juist de bedoeling dat medeverdachten daarvan onkundig blijven".

Het stond Mr X niet vrij om met Mr Y contact te zoeken of te hebben en aan deze mededelingen te doen als voormeld. Volgens het Hof is het daarbij niet van belang of het contact als confraterneel werd beschouwd respectievelijk daaraan een confraterneel karakter werd toegekend. Het Hof oordeelt ook niet van belang of de waarheidsvinding nadelig is beïnvloed.

"Mr X (de advocaat van de vriendin TS) heeft welbewust het risico opgeroepen van nadelige effecten op de waarheidsvinding. Ten aanzien van Mr Y (de advocaat van de vriend) oordeelt het Hof dat deze heeft gehandeld in strijd met een rechterlijke maatregel die op de wet is gebaseerd. Wil de advocaat zijn bijzondere positie in strafzaken met alle privileges van dien kunnen blijven vervullen, dan dienen de daaruit voortvloeiende verplichtingen strikt te worden nageleefd²⁶⁶."

Deze visie wordt in de meeste andere uitspraken eveneens tot uitdrukking gebracht: het doet er niet toe of de waarheidsvinding daadwerkelijk is belemmerd door het handelen in strijd met het doel van de opgelegde beperkingen en er wordt groot belang aan gehecht, in verband met het in stand houden van de privileges van de advocatuur bij de verdediging in strafzaken, dat het vertrouwen in de advocatuur niet wordt geschaad²⁶⁷.

²⁶⁶ HvD 22-08-1994, Advocatenblad 1995, p. 912.

²⁶⁷ RvT Roermond, 09-09-1964, Advocatenblad 1967, p. 272: doorgeven van brieven van echtgenote van verdachte in alle beperkingen. Brieven hadden niets met de strafzaak te maken, toch wordt een straf opgelegd omdat vertrouwen in de advocatuur is geschaad; HvD 18-08-1986, Advocatenblad 1987, p. 416: doorgeven van informatie aan derden door raadsman van verdachte in alle beperkingen. HvD laat in het midden of het strafrechtelijk onderzoek is benadeeld, handelwijze is ernstige misslag waardoor vertrouwen van de justitiële autoriteiten in de advocatuur is geschaad; RvD Den Haag, 21-12-1987, Advocatenblad 1988, p. 406: advocaat had meegewerkt aan het verdonkeremanen van amfetamine terwijl zijn cliënt in alle beperkingen zat en werd zelf ook vervolgd wegens overtreding van art. 10a Opiumwet. Ernstige misslag. Justitiële autoriteiten moeten erop kunnen vertrouwen dat het vrij verkeer door de advocaat niet wordt gebruikt voor andere doeleinden; RvD Den Bosch, 24-10-1988, Advocatenblad 1989, p. 570: advocaat had zijn cliënt, buiten weten van justitie, bankvolmachten laten ondertekenen ten behoeve van zijn dochter en die aan haar gegeven. RvD: aan het recht op vrij verkeer ligt ten grondslag het beginsel dat ieder de mogelijkheid moet krijgen contact te hebben met zijn advocaat zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen hij aan zijn advocaat toevertrouwt. Eerbiediging van dit beginsel brengt met zich dat justitiële autoriteiten erop moeten kunnen vertrouwen dat vrij verkeer niet misbruikt wordt; HvD 20-06-1994, Advocatenblad 1995, p. 911: advocaat stelt cliënt in alle beperkingen in de gelegenheid telefonisch contact te hebben met een medeverdachte en geeft ook een brief van de cliënt aan de medeverdachte. Misbruik geprivilegieerde positie en beschadiging van het vertrouwen in de advocatuur; RvD 's Hertogenbosch, 25-11-1996, Advocatenblad 1997, p. 879: RvD 's Hertogenbosch, 25-11-1996, Advocatenblad 1997, p. 879: advocaat van een cliënt aan wie alle beperkingen waren opgelegd heeft deze beperkingen doorbroken door de inhoud van een proces-verbaal aan een medeverdachte te faxen, waarin de betrokkenheid van de medeverdachte stond vermeld. Of het onderzoeksbelang ook daadwerkelijk is geschaad doet er niet toe; RvD Amsterdam 12-06-1989, nr. 89/22 A, niet gepubl.: advocaat heeft van cliënt die in alle beperkingen zat twee brieven meegenomen voor zijn vriendin. Of onder-

Slechts in één geval acht het HvD de klacht niet gegrond, omdat niet gebleken is dat door het gedrag van de advocaat het onderzoek is belemmerd. Dit is de al eerder in § 3.8.7.2 besproken zaak waarin een verdachte, die verdacht wordt van het invoeren van verdovende middelen, zich in alle beperkingen bevindt en wordt bijgestaan door een toegevoegde advocaat. Twee 'kennissen' benaderen een andere advocaat met het verzoek de verdachte als gekozen raadsman bij te staan en betalen hem een voorschot. Deze bezoekt vervolgens de verdachte en deelt hem mee dat hij zijn mond moet houden en geeft informatie over de zaak door. Het hof overweegt in deze zaak dat de advocaat zijn mededelingen aan zijn opdrachtgevers, die wellicht zelf betrokken waren bij de strafbare feiten waarvan zijn cliënt werd verdacht, had moeten beperken tot mededelingen omtrent de processuele feiten zoals bijvoorbeeld de inbewaringstelling. Toch wordt de klacht ongegrond geacht omdat het hof niet is gebleken dat het onderzoek is belemmerd²⁶⁸. In twee andere zaken is het feit dat het onderzoek niet is belemmerd voor het HvD aanleiding om de straf te matigen²⁶⁹. Uit de bovenstaande jurisprudentie blijkt dat strenge maatstaven worden aangelegd ten aanzien van de activiteiten van de advocaat bij de verdediging van een cliënt die in beperkingen zit. Het komt erop neer dat hij vrijwel geen inhoudelijke informatie van de cliënt naar buiten mag brengen of bij derden mag controleren en ook de cliënt geen informatie mag geven van derden, waarbij het irrelevant wordt geacht of het onderzoek hier nu door belemmerd wordt of niet. Opmerkelijk is echter dat deze strenge benadering niet alleen gehanteerd wordt bij verdachten die in beperkingen zitten, maar ook indien dit niet het geval is:

- Zo oordeelt de RvT Den Haag in een geval waarbij een advocaat een door derden op naam van haar cliënt opgestelde verklaring meeneemt naar het Huis van Bewaring en deze verklaring door de cliënt laat tekenen en weer aan derden afgeeft, dat hierdoor het vrije verkeer is misbruikt, ook al is niet gebleken dat de verklaring onwaar zou zijn. De RvT overweegt dat een advocaat, die optreedt voor een rechtens van zijn vrijheid beroofde verdachte, het vrij verkeer misbruikt door het overbrengen van mededelingen van een derde aan de verdachte en omgekeerd. De advocaat moest vermoeden dat die mededelingen misbruikt zouden kunnen worden door pogingen om de opsporing naar de

zoeksbelang is geschaad doet er niet toe; HvD 06-07-1992, nr. 1643, niet gepubl.: RvD Amsterdam 08-06-1998, nr. 98/021 H, niet gepubl.: cliënt zit in beperkingen wegens illegale cd's. Advocaat laat andere cliënt die met strafzaak te maken heeft de processen-verbaal lezen en geeft deze informatie. Dit is niet geoorloofd.

268 HvD 17-12-1990, Advocatenblad 1991, p. 541.

269 HvD 23-08-1993, Advocatenblad 1994, p. 246: advocaat laat verdachte in beperkingen die hem op kantoor belt met een derde die daar aanwezig is spreken. De RvD legt geen maatregel op omdat het niet de bedoeling van de advocaat is geweest het onderzoek te benadelen. Het HvD vernietigt deze beslissing omdat een straf op zijn plaats is, maar houdt bij de oplegging daarvan wel rekening met het feit dat niet gebleken is dat het onderzoek daadwerkelijk in negatieve zin is beïnvloed; HvD 06-07-1992, nr. 1643, niet gepubl.: advocaat laat cliënt die in alle beperkingen zit een brief van zijn vader lezen. Dit is een handeling die de advocaat niet betaamt. Omdat de inhoud van de brief onschuldig was en de waarheidsvinding niet verijdeld of belemmerd is wordt geen maatregel opgelegd; deze laatste zaak wordt ook genoemd door Boekman 1998, p. 108.

- waarheid te belemmeren en had alleen al om die redenen het overbrengen achterwege moeten laten²⁷⁰.
- Volgens de RvT Amsterdam is er ook sprake van misbruik van vrij verkeer in een situatie waarin de advocaat de rechter-commissaris had gevraagd om een getuige te horen, hetgeen door de RC werd geweigerd omdat de politie die getuige ook als verdachte aanmerkte. De getuige/medeverdachte was nog niet aangehouden. De advocaat heeft vervolgens met deze getuige een afspraak gemaakt en het proces-verbaal met hem doorgenomen. Volgens de RvT had de advocaat het hem ter beschikking gestelde proces-verbaal niet mogen gebruiken tot voorlichting van een andere nog niet gearresteerde door de politie aangemerkte verdachte en had de advocaat moeten begrijpen dat deze als medeverdachte zou worden aangehouden teneinde over zijn aandeel in de zaak te worden gehoord²⁷¹.
 - De RvD Amsterdam oordeelde dat er sprake is van tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen indien informatie tussen medeverdachten in de inverzekeringstellingsfase wordt uitgewisseld. De inverzekeringstelling gebeurt volgens de raad met het oogmerk de verdachten van elkaar af te zonderen om zodoende uitwisseling van informatie tegen te gaan²⁷².
 - Nog strikter is de RvD Arnhem die in zijn algemeenheid overweegt dat de advocaat die bij de behandeling van een strafzaak als raadsman van een in verzekering gestelde verdachte optreedt, in de periode dat het gerechtelijk vooronderzoek plaats vindt, niet in een telefoongesprek met een derde gegevens omtrent de stand van zaken mag mededelen welke door hem in het vrije verkeer met zijn cliënt zijn verkrege²⁷³.
 - Een advocaat die na zijn bezoek aan een inverzekeringgestelde cliënt telefonisch contact opneemt met een derde en hem vertelt dat naast zijn cliënt nog twee medeverdachten zijn aangehouden, handelt volgens de RvD Arnhem klachtwaardig. Daarbij laat de raad in het midden of de advocaat het opsporingsonderzoek heeft doorkruist, waar het om gaat is dat dit had kunnen gebeuren. Volgens de raad geeft het verloop van het telefoongesprek met de derde (wiens telefoon in verband met een opsporingsonderzoek werd getapt) voldoende aanknopingspunten voor de conclusie dat de advocaat had moeten begrijpen dat dit het geval was. Ook de advocaat zelf was verrast over hetgeen zijn gesprekspartner al zelf bleek te weten. De raad wil wel aannemen dat er bij de advocaat geen kwaad opzet in het spel was, maar dat neemt niet weg dat hij niet heeft gehandeld zoals een behoorlijk advocaat betaamt²⁷⁴.

270 RvT Den Haag, 07-12-1976, Advocatenblad 1979, p. 19.

271 RvT Utrecht, 23-05-1978, Advocatenblad 1979, p. 200.

272 RvD 29-02-1989, genoemd door Van Liere 1996, p. 44.

273 RvD Arnhem, 08-04-1993, Advocatenblad 1994, p. 85.

274 RvD Arnhem, 08-04-1993, Advocatenblad 1994, p. 346.

Verder zijn de navolgende gevallen van misbruik van vrij verkeer nog van belang:

- Een advocaat mag zonder toestemming van de justitiële autoriteiten zijn gedetineerde cliënt geen medicijnen, methadon, alcohol of slaapmiddelen verschaffen²⁷⁵.
- De advocaat mag zich niet voordoen als raadsman van een gedetineerde verdachte als hij dat in werkelijkheid niet is en dit alleen voorwendt om een verdachte om te praten om hem als advocaat te nemen²⁷⁶ of om informatie van een medeverdachte van zijn cliënt te krijgen²⁷⁷.
- Het is de advocaat is evenmin toegestaan een radioverslaggever voor te stellen als medewerker van zijn kantoor en op deze wijze toegang tot de penitentiaire inrichting te verschaffen zodat deze een interview van de cliënt kan opnemen en uitzenden²⁷⁸.
- De censuur die door de penitentiaire inrichting wordt uitgeoefend op correspondentie tussen een gedetineerde en derden mag niet worden omzeild door dat de advocaat als postbode fungeert²⁷⁹.

Onmiskenbaar ongeoorloofd is de echtgenote van een in verzekering gestelde cliënt waarschuwen in verband met een pistool dat thuis ligt²⁸⁰. Voorzichtig moet de advocaat ook zijn met betrekking tot het doorgeven van volstrekt onbegrijpe-

275 HvD 17-04-1978, Advocatenblad 1979, p. 133, advocaat die methadon verstrekt: zie de principiële noot van Boeles in Rechtshulp 1978, p. 4, die een rechtvaardigingsgrond ziet, omdat de politie verslaafden onder druk zet door pas methadon te verstrekken als zij een bekennende verklaring hebben afgelegd; RvD Den Bosch 16-02-1987, nr. R 68-1986, niet gepubl.: verstrekken van alcohol en slaapmiddelen aan in verzekering gestelde verdachten zonder verlof politie is misbruik van het prerogatief van de advocaat.

276 RvT Zutphen, 29-04-1975, Advocatenblad 1975, p. 697.

277 RvD Amsterdam, 29-02-1988, Advocatenblad 1988, p. 572. Zie voor een geval waarbij beide aspecten spelen (voorwenden van het zijn van advocaat van een medeverdachte om informatie te verkrijgen, verklaringen op elkaar af te stemmen en pogingen aanwenden de verdachte over te halen hem als advocaat te nemen) RvD Amsterdam, 22-01-1990, Advocatenblad 1991, p. 82. En voor een geval waarbij de advocaat aan de RC had toegezegd zich te zullen terugtrekken als advocaat, omdat hij als medeverdachte werd beschouwd, toch de cliënt bleef bezoeken ondanks de omstandigheid dat zich inmiddels een andere gekozen advocaat had gesteld: RvT Amsterdam, 20-01-1967, Advocatenblad 1971, p. 287.

278 HvD 28-04-1980, Advocatenblad 1981, p. 220.

279 RvT Assen, 30-03-1955, Advocatenblad 1957, p. 86: correspondentie tussen verdachte en diens echtgenote, ook al had de advocaat de brieven ook gelezen; RvT Amsterdam, 22-04-1966, Advocatenblad 1969, p. 67: doorgeven correspondentie tussen verdachte en ouders en verloofde; RvD Den Haag, 08-05-1995, Advocatenblad 1996, p. 210: Het is de raadsman van een gedetineerde cliënt (in casu in de TEBI te Vught) niet toegestaan een brief die hij van zijn cliënt heeft ontvangen door te zenden aan een dagblad.

280 RvT Utrecht, 23-05-1978, Advocatenblad 1979, p. 200.

lijke mededelingen aan derden, zoals schijnbaar onbenullige verzoeken als 'het opruimen van de spullen en rommel onder de golfplaten achter de schuur bij Ria'. Voor het doorgeven van dit soort boodschappen moet de advocaat een volledig aanvaardbare uitleg van de cliënt vragen omdat deze het risico van een codeboodschap in zich dragen²⁸¹.

Uit een recente uitspraak blijkt dat de tuchtrechter wel zorgvuldig toetst of een beschuldiging van misbruik van vrij verkeer wel kan worden bewezen. In een geval waarin een advocaat ervan werd beschuldigd mededelingen over de strafzaak van zijn cliënt B, aan wie op dat moment beperkingen door de rechter-commissaris waren opgelegd, te hebben gedaan aan diens echtgenote en een derde C, die medeverdachte was en ook een cliënt van de advocaat, achtte het HvD anders dan de raad, dat dit uit de stukken van de strafzaak niet was komen vast te staan. De raad had zijn conclusie gebaseerd op een de auditu verklaring van B over wat C hem had verteld, de verklaring die C op het politiebureau had afgelegd, maar later weer had ingetrokken en een afgeluisterd telefoongesprek van C. De verklaringen acht het hof niet betrouwbaar en uit het afgeluisterde gesprek van C blijkt wel dat C enige wetenschap heeft, maar daaruit blijkt niet dat hij die van de advocaat heeft gekregen²⁸².

3.9.3 *Getuigen OM*

Veel klachten die betrekking hebben op een ongeoorloofde belemmering door de raadsman van het opsporingsonderzoek hebben te maken met het benaderen van getuigen. In de hiervoor omschreven gevallen ging het daarbij voornamelijk om getuigen die een ontlastende verklaring zouden kunnen afleggen. In de gedragsregels is niets bepaald over de wijze waarop advocaten met getuigen moeten omgaan. In regel 16 lid 2 Gedragsregels 1992 is alleen een bepaling opgenomen met betrekking tot getuigen van het OM. Hierin staat vermeld dat de advocaat zich ervan dient te onthouden getuigen die door het openbaar ministerie zijn gedagvaard of opgeroepen vooraf te horen. De bedoeling van deze regel is te voorkomen dat getuigen worden beïnvloed of dat het onderzoek anderszins wordt belemmerd. Deze regel heeft in de loop der tijd nogal wat materiële wijzigingen ondergaan. De civielrechtelijke poot van regel 16, dat de advocaat personen die door de wederpartij als getuigen zijn aangezegd niet vooraf zal horen, was al in de Ontwerp-verzameling Eereregelen 1921 opgenomen. Pas in het Ontwerp Herzene Eereregelen 1939 staat dat de advocaat zich in strafzaken moet onthouden getuigen, die door het OM zijn aangezegd, vooraf te horen. In regel 43 lid 3 van de Eereregelen 1968 luidt de bepaling dat de advocaat zich in strafzaken ervan moet onthouden, behalve in zeer bijzondere gevallen, getuigen die door het OM zijn aangezegd of die kennelijk als getuigen zullen worden aangezegd vooraf te horen. Deze regel is veel ruimer dan de voorgaande omdat ook getuigen die "kennelijk" zullen worden aangezegd, niet door de advocaat gehoord mogen

281 RvT Den Bosch, 22-03-1984, Advocatenblad 1984, p. 531.

282 HvD 15-03-1999, Advocatenblad 2000, p. 311.

worden. In de Gedragsregels 1980 wordt deze ruimte weer ingeperkt door het verbod te beperken tot getuigen die door het OM zijn aangezegd. Bovendien zijn op deze regel uitzonderingen mogelijk in "bijzondere gevallen". In de thans geldende regel 16 lid 2 van de Gedragsregels 1992 is de passage "in bijzondere gevallen" weer weggelaten, omdat het karakter van de gedragsregels in het algemeen meebrengen dat bijzondere omstandigheden een afwijking van de gedragsregels kunnen rechtvaardigen²⁸³. De Commissie Bitter heeft zich bij de herziening van de Gedragsregels 1980 afgevraagd of de regel dat getuigen die door het OM zijn aangezegd niet tevoren door de advocaat gehoord mogen worden, moet worden gehandhaafd, omdat deze regel voor het OM in de omgekeerde situatie ook niet geldt. Het is de vraag of deze regel wel nodig is, nu de norm blijft bestaan dat de advocaat het OM niet in de wielen mag rijden. Uiteindelijk is er toch voor gekozen de regel te handhaven. Het Hof van Discipline zal van geval tot geval moeten beoordelen of een afwijking van de regel gerechtvaardigd is²⁸⁴.

In de oudere tuchtrechtspraak wordt het benaderen van getuigen die door het OM zijn opgeroepen ontoelaatbaar geacht, vooral omdat een dergelijke handelwijze het vertrouwen van de rechterlijke autoriteiten in de advocatuur kan schaden²⁸⁵. In een uitspraak van de RvT Den Haag in 1958²⁸⁶ wordt uitgebreid ingegaan op de ratio van de regel:

"Deze regel van procestechniek berust op de gedachte, dat het voorkomen moet worden, dat de verklaring van deze getuigen, in wier verklaring het OM blijkens de aanzegging het bewijs zoekt, vanwege de raadsman zal kunnen worden beïnvloed, en zulks zonder dat het OM daartegen maatregelen ten dienste staan. Indien een getuige, die in het vooronderzoek een verklaring heeft afgelegd, en van wie het OM dus mag verwachten, dat hij in het vervolg dienovereenkomstig zal verklaren, na een verhoor van de zijde van de raadsman op zijn verklaring terugkomt, bestaat of kan bestaan de mogelijkheid of de schijn, dat deze veranderde houding door beïnvloeding van de zijde van de raadsman is veroorzaakt. Alsdan komt de integriteit van de raadsman en de wijze, waarop hij zich met die getuige heeft onderhouden en aldus de persoon van de raadsman in het geding (kan dit althans komen), hetgeen onder alle omstandigheden dient te worden voorkomen (...). Daarom geldt tevens de regel (...) dat – zeer bijzondere omstandigheden daargelaten – de raadsman geen personen zal horen, die weliswaar nog niet als getuige zijn aangezegd, maar van wie met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid moet worden verwacht dat het OM hen als getuigen zal voorbrengen (...). De advocaat mag niets doen, wat het aanzien van de tot medewerking aan de rechtsbedeling geroepen stand der advocaten zou kunnen schaden. De raadsman heeft dan ook alles na te laten wat gevaar van belemmering van deze opsporing en berechting zou kunnen opleveren en zelfs alles wat de indruk zou kunnen maken dergelijke belemmeringen mee te brengen".

283 Toelichting op regel 16 Gedragsregels voor advocaten 1992, *Vademecum Advocatuur*, Wet- & regelgeving 2000, p. 238.

284 Overzicht discussies commissie herziening gedragsregels van februari 1990-maart 1991, p. 39-40, archief Nederlandse Orde van Advocaten.

285 RvT Assen, 30-03-1955, *Advocatenblad* 1957, p. 86, zie ook de noot bij deze uitspraak met verwijzingen naar nog oudere tuchtrechtspraak, waarin steeds wordt geoordeeld dat de advocaat zich heeft te onthouden van elk contact met getuigen die door het OM zijn voorgebracht, om beïnvloeding van deze getuigen te voorkomen.

286 RvT Den Haag, 14-07-1958, *Advocatenblad* 1961, p. 535.

Deze overwegingen laten niets aan duidelijkheid te wensen over. In het belang van het aanzien van de stand van de advocatuur mag een raadsman niets ondernemen wat ook maar de schijn van beïnvloeding van getuigen zou kunnen wekken. Niet de belangenbehartiging van de cliënt, maar de medewerking aan de rechtsbedeling geniet in deze tijd de voorrang²⁸⁷. Er wordt zelfs niet aan gedacht dat getuigen ook door de politie zouden kunnen zijn beïnvloed.

In 1974 wordt in de tuchtrechtspraak een kentering zichtbaar. In een geval waarin de piketadvocaat na een bezoek aan een inverzekeringgestelde verdachte, diezelfde avond nog een reeds door de politie gehoorde aangever-getuige bezoekt, oordeelt het HvD dat regel 43 lid 3 van de Gedragsregels 1968²⁸⁸ restrictief moet worden uitgelegd en dat deze regel niet van toepassing is op de situatie waarin de advocaat reeds in het allereerste stadium van het onderzoek wordt ingeschakeld. Het hof overweegt dat de regel de laatste jaren kritiek ondervindt, omdat deze aan de raadsman bevoegdheden onthoudt ten aanzien van het verzamelen van gegevens ten dienste van de verdediging, die wel ten dienste van de vervolging worden uitgeoefend en het hof verwijst naar onder andere het rapport Verdediging in de aanval²⁸⁹. Het hof overweegt dat de regel tot stand is gekomen in een tijd, waarin de advocaat als verdediger pas pleegde werkzaam te worden, wanneer een gerechtelijk vooronderzoek was gevorderd of het opsporingsonderzoek was afgerond. In de piketfase kan een contact tussen de advocaat en mogelijke getuigen dienstig zijn om de ten gunste van de verdachte pleitende omstandigheden zo spoedig mogelijk op te sporen. Niettemin moet de advocaat volgens het hof voorzichtig zijn een getuige te beïnvloeden en ook de schijn hiervan voorkomen. Het feit dat de advocaat 's nachts nog een bezoek had gebracht aan de getuige om hem tot een andere verklaring te brengen was voor het hof reden om te concluderen dat de advocaat de voorzichtigheid in casu uit het oog was verloren²⁹⁰. Bij deze uitspraak schrijft Rassers in het Advocatenblad een uiterst kritische (rechtsvergelijkende) noot. Hij waardeert de uitspraak van het hof positief, maar vindt dat de regel eigenlijk helemaal van de baan moet. In de tuchtrechtspraak is de voorzichtigheid te ver doorgeslagen, waardoor de verdediger voor de juiste uitoefening van zijn taak op zichzelf noodzakelijke of gewenste stappen zou moeten nalaten. Hij begrijpt niet hoe het hof uit het middernachtelijke uur van het bezoek

287 Zie ook RvT Roermond, 07-04-1960, Advocatenblad 1964, p. 154, waarin het bezoeken van café's door de advocaat, samen met een politieambtenaar, waarvan de advocaat wist dat deze als getuige in een nog aanhangige strafzaak door de officier van justitie zou kunnen worden opgeroepen, ontoelaatbaar werd geacht en RvT Amsterdam, 28-06-1960, Advocatenblad 1964, p. 323 waarin de aangeefster van een strafbaar feit zich uit eigener beweging tot de advocaat van de verdachte wendt met de mededeling dat haar aangifte onjuist is. Volgens de RvT had de advocaat haar naar een andere advocaat moeten verwijzen om iedere schijn te vermijden dat hij in de intrekking van haar verklaring de hand zou hebben gehad.

288 Waarin staat dat ook getuigen die 'kennelijk' door het OM zullen worden aangezegd niet tevoren door de raadsman mogen worden gehoord.

289 Verdediging in de aanval 1972. In dit rapport wordt voorgesteld regel 43 lid 3 Gedragsregels 1968 "als discriminatoir element in de relatie advocatuur-OM" te verwijderen. Zie voor de bespreking van dit rapport § 1.7.1 e.v.

290 HvD 14-10-1974, Advocatenblad 1975, p. 111.

van de advocaat aan de getuige "hoe sprookjesachtig ook" kan afleiden dat de advocaat een voorzichtigheidsnorm heeft overtreden. De advocaat had voor de late bezoeken een goede reden. Er was haast bij de zaak en de getuige zou de volgende dag naar Duitsland vertrekken. Volgens Rassers is de regel een symptoom van de nog steeds onvolledige erkenning van de rol van de raadsman in strafzaken:

"Waarom perkt de balie zich nu in strafzaken zo in? Om de raadsman juist hier tegen zichzelf in bescherming te nemen en de gedachte aan de verkeerde schijn in ieder brein te vermijden? Er zijn dan waarlijk nog wel meer gevaarlijke situaties, die tot verboden zouden kunnen leiden. Waarom de raadsman bevoegdheden ontnemen, die b.v. iedere opsporingsambtenaar beginsel heeft? (...). Bevoegdheden kunnen worden misbruikt, zeker, maar dat geldt niet alleen voor advocaten. En die hebben dan nog een tuchtrecht, bij welke toepassing een voorzichtigheidsnorm kan worden gehanteerd. In de huidige opvatting van de meer uitgebreide taak van de raadsman in strafzaken – die eigenlijk niet nieuw is, maar wel in veel brede kring wordt gehuldigd – is onze regel alleen maar disfunctioneel"²⁹¹.

In 1982 wordt de door het HvD in voorgaande uitspraak getrokken lijn doorgezet²⁹². In deze zaak had de advocaat contact opgenomen met een getuige die door de politie op last van het OM was gehoord. In de pers was onjuiste informatie gegeven van de verklaring van de getuige aan de politie en hij had de getuige gevraagd dit tegenover de pers recht te zetten. De officier van justitie klaagt hierover en stelt dat de advocaat ten onrechte contact heeft opgenomen met de getuige en deze onder druk heeft gezet om zijn eerdere verklaring in te trekken en tegenover de pers een ontlastende verklaring voor de cliënt van de advocaat af te leggen. De RvT acht de klacht gegrond en vindt de handelwijze in strijd met de regel dat de advocaat geen contact mag hebben met getuigen van het OM. Het HvD vernietigt de uitspraak van de RvT en overweegt dat niet gebleken is dat de advocaat de getuige heeft aangezet tot het afleggen van onjuiste verklaringen of het intrekken van juiste verklaringen²⁹³.

De regel dat de advocaat geen contact mag hebben met getuigen van het OM is volgens de huidige gedragsregels beperkt tot die getuigen die door het OM zijn gedagvaard of opgeroepen²⁹⁴. Dat betekent dat contact met getuigen in het voor-

291 Zie ook RvT Zutphen, 29-04-1975, *Advocatenblad* 1975, p. 697, waarin een raadsman van twee gedetineerden op hun verzoek in een kwestie die niets met de strafzaak te maken had een bezoek bracht aan twee andere gedetineerden die door het OM als getuigen in de zaak van de eerste twee gedetineerden waren opgeroepen. De RvT oordeelt dat de raadsman hierdoor niet de schijn van beïnvloeding heeft vermeden en tuchtrechtelijk laakbaar heeft gehandeld. Ook bij deze uitspraak schrijft Rassers een kritische noot, met name over de vraag hoe een raadsman moet aantonen dat hij de schijn van het verkeerde ten onrechte heeft geweerd.

292 HvD 05-04-1982, *Advocatenblad* 1983, p. 137.

293 Eerder was door de RvT Maastricht al aangenomen dat het contact opnemen met een getuige die nog niet door de politie is gehoord geoorloofd is, mits de advocaat zorgvuldig waakt voor beïnvloeding van de getuige: RvT Maastricht, 05-12-1980, *Advocatenblad* 1981, p. 408.

294 In dit verband kan ook gewezen worden op een uitspraak van de RvD Leeuwarden, waarin de raad het vooraf spreken van een door de kantonrechter – dus niet door het OM – opgeroepen

onderzoek, zolang deze nog niet opgeroepen of gedagvaard zijn, in beginsel toelaatbaar is en dat in uitzonderlijke gevallen ook getuigen die door het OM zijn gedagvaard gehoord mogen worden. Met deze uitzonderingsmogelijkheid wordt een element van onzekerheid geïntroduceerd, waarbij de bewijslast met betrekking tot de rechtvaardiging van de afwijking van de regel op de schouders van de advocaat wordt gelegd, die een groot risico loopt dat een klacht tegen hem wordt ingediend. Er wordt nog steeds door veel rechters en officieren van justitie met argwaan gekeken naar de advocaat die voor het verhoor ter terechtzitting of bij de rechter-commissaris kenbaar maakt dat hij de getuigen tevoren gesproken heeft. De advocaat doet er overigens goed aan dit zelf tevoren kenbaar te maken. Als de getuige tijdens een verhoor verwijst naar een eerder gesprek met de advocaat, is de argwaan vaak niet meer weg te nemen. Met deze wantrouwende houding wordt miskend dat de advocaat bij een behoorlijke voorbereiding van een strafzaak wel genoodzaakt is contact met potentiële getuigen op te nemen. Wie uit overmaat van fatsoen getuigen oproept die hij tevoren niet gesproken heeft en waarvan hij dus niet weet wat de getuigen kunnen verklaren, kan voor vervelende verrassingen komen te staan. Ook een rechter zal niet gelukkig zijn met getuigen die ter zitting niets relevant blijkt te kunnen zeggen. Bovendien zal een getuige ook moeten worden voorbereid op wat hem op de zitting te wachten staat²⁹⁵. Een advocaat doet er goed aan steeds met open vizier aan een rechter of officier van justitie uit te leggen waarom hij contact met een getuige heeft gehad. In risicovolle situaties – waarin wellicht achteraf de indruk zou kunnen ontstaan dat de getuige is bewerkt – is het aan te bevelen niet alleen met een getuige te spreken, maar steeds in aanwezigheid van bijvoorbeeld een kantoorgenoot, voor het geval dat er achteraf beschuldigingen komen dat er sprake zou zijn geweest van onbehoorlijke beïnvloeding. Wat ook beter onderkend zou moeten worden is, dat het een illusie is ervan uit te gaan dat het mogelijk is een getuige *niet* te beïnvloeden. Van ieder gesprek gaat over en weer een zekere beïnvloeding uit en dit is niet anders bij een verhoor door de politie of de rechter(-commissaris) of tijdens een gesprek met een advocaat. Er zijn hoogstens gradaties van beïnvloeding op een schaal van onvermijdelijk tot onaanvaardbaar²⁹⁶. Dit is echter een probleem dat inherent is aan het bewijs door middel van getuigen, dat in het kader van een evenwichtige waarheidsvinding eigenlijk een ruimere bevoegdheid van de verdediging zou moeten impliceren, dan dat op grond van regel 16 lid 2 Gedragsregels 1992 thans mogelijk wordt gemaakt.

3.9.4 *Processtukken*

De raadsman heeft ingevolge artikel 51 Sv het recht op kennisneming van de processtukken en raadslieden die zich in een strafzaak gesteld hebben krijgen

getuige toelaatbaar achtte omdat deze getuige de exclusiviteit van de aan het OM voorbehouden getuige à charge mist: RvD Leeuwarden, 15-12-1989, Advocatenblad 1990, p. 420.

295 Zo ook: Boekman 1988, p. 95-101.

296 Zie ook de noot van Rassers bij HvD 14-10-1974, Advocatenblad 1975, p. 119.

automatisch afschriften van de processtukken²⁹⁷. Uit gedragsrechtelijk oogpunt speelt steeds de vraag wat de raadsman met deze stukken mag doen. Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen het verstrekken van afschriften van de stukken (of informatie hieruit) aan de cliënt of aan derden, zoals medeverdachte, deskundigen, getuigen en de pers²⁹⁸. Van de gedragsregels zijn met name de regels 4 (zorgvuldige belangenbehartiging), 6 (geheimhoudingsplicht) en 8 (informatieplicht aan de cliënt) van belang.

3.9.4.1 Informatieverstrekking aan de cliënt

Op grond van het Wetboek van Strafvordering heeft de verdachte een zelfstandig recht op kennisneming van de stukken op grond van de artikelen 30-33 Sv²⁹⁹. Daarop zijn twee uitzonderingen mogelijk. Namelijk als het vrij verkeer tussen de raadsman en zijn cliënt op grond van artikel 50 lid 2 Sv wordt beperkt en de raadsman geen contact mag hebben met zijn cliënt. In dat geval zal de raadsman geen processtukken met zijn cliënt kunnen bespreken of aan kunnen toesturen. Dit is echter een maatregel van tijdelijke aard. De tweede uitzonderingsmogelijkheid heeft betrekking op psychiatrische rapportage in een aantal procedures in het kader van de wijziging en verlenging van de TBS. In deze procedures bestaat op grond van artikel 509 lid 3 Sv juncto 509s Sv de mogelijkheid inzage in geneeskundige of psychologische rapporten aan de terbeschikkinggestelde te weigeren wegens gevaar voor zijn geestelijke gezondheid³⁰⁰. De raadsliden krijgen in deze gevallen wel inzage. Deze regeling is echter niet van toepassing bij de oplegging van TBS. Verdachten hebben dus gewoon recht op kennisneming van psychiatrische of geneeskundige rapportage.

Gelet op het bovenstaande lijkt het vanzelfsprekend, behoudens ingeval van de hiervoor genoemde uitzonderingen, dat de raadsman bevoegd is afschriften van de processtukken aan zijn cliënt te geven. Het recht van de raadsman op kennisneming van de processtukken ex artikel 51 Sv is immers een afgeleid recht van de verdachte. Toch bestaan hier in de praktijk vaak misverstanden over. Zo diende de president van de rechtbank Den Haag in 1976 een klacht in tegen een advocaat die zijn voorlopig gehechte cliënt afschriften had bezorgd van processen-verbaal uit zijn eigen zaak. Naar aanleiding van deze klacht overweegt de RvT Amsterdam dat het de taak van de raadsman is aan een verdachte zo goed mogelijk rechtsbijstand te verlenen, waarbij het zeker behoort dat de raadsman de inhoud van de afgelegde verklaringen – waaronder die van de verdachte zelf – met zijn cliënt moet kunnen bespreken. Het ligt voor de hand, dat de raadsman dat ook mag doen aan de hand van kopieën van processen-verbaal waarover hij de beschikking heeft, waarvan hij afschriften aan zijn cliënt kan verschaffen. Indien dit zou kunnen leiden tot een ernstig vermoeden dat het vrije verkeer tussen

297 Zie § 2.4.7.6.

298 Zie in dit verband Van Liere 1996, p. 34-47; De Roos, Vademecum Strafzaken, suppl. 83, p. [2]-25.

299 Zie § 2.4.7.5-2.4.7.6.

300 Zie § 2.4.7.7.

raadsman en cliënt wordt misbruikt in de zin van artikel 50 lid 2 Sv, dan kan hieraan toepassing worden gegeven³⁰¹. Dit standpunt wordt in 1988 bevestigd door het HvD, dat in een uitspraak naar aanleiding van een klacht van de officier van justitie onomwonden stelt dat de raadsman in strafzaken zonder meer vrij is, afschriften van een aan hem ter beschikking gesteld dossier aan de cliënt te geven omdat de raadsman op grond van artikel 51 Sv een van de verdachte afgeleide bevoegdheid heeft³⁰².

Wat ingewikkelder ligt het verstrekken van afschriften als het gaat om psychiatrische rapportage, waarvan de rapporterende psychiater van mening is dat deze niet rechtstreeks ter inzage mag worden gegeven aan de cliënt, omdat dit nadelig zou zijn voor zijn (geestelijke) gezondheid. In § 2.4.7.7 is naar aanleiding hiervan gesteld dat door een dergelijke voorwaarde of regeling de verdachte/TBS-gestelde in feite als procespartij wordt uitgeschakeld en dat hierdoor ook problemen kunnen ontstaan in de vertrouwensrelatie tussen de advocaat en zijn cliënt. Dit deed zich voor in een zaak waarin de cliënt een klacht indiende tegen zijn advocaat omdat deze geweigerd had onder andere een psychiatrisch rapport aan hem ter beschikking te stellen. Uit de feiten blijkt dat de rapporterende psychiater uitdrukkelijk had opgemerkt dat de rapportage, gelet op de persoon van de verdachte, slechts globaal met deze kon worden doorgenomen en dat die rapportage niet aan hem ter hand mocht worden gesteld. De advocaat nam daarop telefonisch contact op met de psychiater en wees hem op het dilemma waarvoor hij zich geplaatst zag. De advocaat was van mening dat hij zijn cliënt het processtuk niet mocht onthouden en zag het als een verantwoordelijkheid van de behandelend psychiater om met zijn cliënt, voordat hij het rapport zou verstrekken, de globale inhoud van dat rapport te bespreken. De advocaat deelde de psychiater mede dat het op diens weg lag om het rapport bij zijn cliënt in te leiden en de conclusies met hem te bespreken. De behandelend psychiater was daartoe bereid, maar de cliënt weigerde met de psychiater te spreken. Daarop heeft de advocaat de cliënt in een brief uitgelegd, dat hij in principe recht had op een afschrift van het rapport, maar dat de psychiater had gezegd dat deze rapportage niet aan hem ter hand mocht worden gesteld omdat dit schadelijk zou kunnen zijn. Vandaar dat hij de afspraak met de psychiater had gemaakt om de inhoud van het rapport eerst met de cliënt te bespreken. Ook na deze brief bleef de cliënt weigeren een gesprek met de psychiater aan te gaan, waarop de advocaat hem attendeerde op zijn recht om zelf ex artikel 34 lid 2 Sv een afschrift van het rapport op te vragen bij de strafgriffie. De RvD onderkent in zijn uitspraak het dilemma van de advocaat: enerzijds had de cliënt recht op afschriften van alle stukken inclusief de psychiatrische rapportage, anderzijds stond in het rapport dat het wegens schadelijke effecten niet aan de cliënt ter hand mocht worden gesteld. De raad oordeelt dat de advocaat een juiste weg heeft bewandeld door de primaire verantwoordelijkheid te leggen bij de psychiater, dat hij zijn cliënt hierover uitvoerig heeft voorgelicht en hem ook heeft gewezen op zijn eigen recht tot inzage van de stukken. Van een

301 RvT Amsterdam, 22-04-1977, Advocatenblad 1978, p. 605.

302 HvD 18-01-1988, Advocatenblad 1988, p. 272.

laakbare weigering van de advocaat kan volgens de raad niet worden gesproken³⁰³.

Tijdens de werkconferentie "Recht op stukken" d.d. 29 november 1996 is ook gediscussieerd over de vraag of de advocaat zijn cliënt stukken of informatie uit het procesdossier mag onthouden en of de advocaat verantwoordelijk is voor hetgeen zijn cliënt met de door hem verstrekte afschriften onderneemt. Van Liere neemt als uitgangspunt dat de advocaat, gelet op zijn informatieplicht, in beginsel verplicht is zijn cliënt alle informatie te verstrekken, maar acht het onder omstandigheden denkbaar dat de advocaat bepaalde onderdelen van het dossier onleesbaar maakt, waarbij met name gedacht kan worden aan het adres of telefoonnummer van een getuige à charge, als er bij de advocaat aanwijzingen zijn dat er een groot risico is dat de cliënt 'verhaal' zou kunnen gaan halen bij deze getuige³⁰⁴. Uit de discussie tijdens deze werkconferentie blijkt dat men unaniem van mening is dat de raadsman zijn cliënt geen informatie mag onthouden, maar vinden sommigen dat er uitzonderingen mogelijk zijn, bijvoorbeeld in zedenzaken. Uiteindelijk kan de advocaat, gelet op de zelfstandige bevoegdheden van de verdachte om kennisneming van de complete processtukken, niet voorkomen dat de cliënt op de hoogte raakt van passages die de advocaat onleesbaar zou willen maken. Het onleesbaar maken van passages, of – zoals hiervoor beschreven – het niet verstrekken van een psychiatrisch rapport, is dan ook vooral in het belang van de gemoedsrust van de advocaat, die zich verantwoordelijk voelt voor wat de cliënt met deze passages doet of welk effect de kennisneming van een rapport op een cliënt heeft. Interessant in dit verband is een uitspraak waarin de cliënt een klacht indient tegen zijn advocaat omdat deze hem geen afschriften van de processtukken heeft gegeven. De RvD Den Haag stelt dat niet vast staat dat de cliënt dit verzoek tijdens de behandeling van de strafzaak aan zijn advocaat heeft gedaan. De cliënt heeft pas na afloop van de strafzaak om afschriften gevraagd en de advocaat heeft dit geweigerd omdat dit geen enkel doel meer dient en omdat de advocaat vreest dat zijn cliënt wraak wil nemen op getuigen. De RvD oordeelt dat de cliënt inderdaad geen belang meer bij afschriften van de stukken had en dat de advocaat terecht het belang van de in het dossier genoemde getuigen zwaarder had laten wegen dan het belang van zijn (inmiddels voormalige) cliënt. Het HvD bekrachtigt de uitspraak van de RvD en bepaalt naar aanleiding van een in appel opgeworpen stelling dat de advocaat steeds verplicht is ook ongevraagd aan een cliënt in een strafzaak een kopie van het dossier te geven dat de advocaat hiertoe ongevraagd niet verplicht is³⁰⁵. Het blijft echter de vraag hoe de advocaat had moeten handelen indien de strafzaak nog niet was afgelopen.

3.9.4.2 Informatieverstrekking aan derden

Bij de informatieverstrekking aan derden geldt dat de advocaat, in verband met zijn geheimhoudingsplicht, in de eerste plaats toestemming moet hebben van zijn

303 RvD Den Bosch 16-11-1992, nr. H 34-1992, niet gepubl.

304 Van Liere 1996, p. 42, punt 5.11.

305 HvD 27-08-1999, Advocatenblad 2000, p. 428.

cliënt³⁰⁶. Bij de informatieverstreking aan derden kan een onderscheid worden gemaakt tussen medeverdachten, deskundigen of getuigen en de pers. Bij het verstrekken van afschriften van processtukken aan derden moet de advocaat, in samenspraak met zijn cliënt, nagaan of de belangen van zijn cliënt hiermee worden gediend en moet hij ook rekening houden met belangen van derden, in die zin dat hij zich zal moeten afvragen of belangen van derden niet onnodig worden geschaad³⁰⁷. Van Liere wijst er nog op dat het bij afgifte van stukken aan deskundigen, in verband met de handhaving van de geheimhoudingsplicht, nog van belang kan zijn of deze deskundigen een (afgeleid) beroepsgeheim c.q. verschoningsrecht hebben of niet³⁰⁸.

Wat de verstrekking van processen-verbaal aan medeverdachten betreft blijkt uit de tuchtrechtelijke uitspraken die zijn genoemd in § 3.9.2 met betrekking tot (misbruik van) het vrij verkeer, dat al snel wordt aangenomen dat het verstrekken van informatie uit het procesdossier aan medeverdachten als een belemmering van het opsporingsonderzoek wordt gezien³⁰⁹. De raadsman zal een grondige belangenafweging moeten maken, voordat hij tot informatieverstreking aan medeverdachten overgaat. Dit kan ingewikkeld worden als de medeverdachte tevens een getuige à décharge zou kunnen zijn³¹⁰. Hieruit blijkt weer hoe moeilijk de positie van de verdediging is, als het 'mogelijk belemmeren van het opsporingsonderzoek' het centrale toetsingscriterium is.

Met betrekking tot het verstrekken van processen-verbaal aan getuigen, niet zijnde medeverdachten, heb ik geen tuchtrechtspraak gevonden. Ook hier mag worden aangenomen dat het zorgvuldigheidscriterium moet worden gehanteerd en dat aan getuigen, mede met het oog op de onnodige schade aan de privacy van derden, die in de processen-verbaal worden genoemd, alleen die informatie wordt gegeven die noodzakelijk is om de getuige een beeld te schetsen over de feiten die van belang zijn voor zijn getuigenverklaring.

Wat de afgifte van dossiers aan de pers betreft, kan een uitspraak worden genoemd van de RvT Maastricht uit 1961. Het betrof een zaak waarin de advocaat in een geruchtmakende strafzaak een journalist inzage had gegeven in de processtukken. De RvT Maastricht laat in het midden of voor raadslieden een strikt verbod geldt om stukken in een strafzaak aan derden, i.c. de pers ter inzage te geven. Ondanks het feit dat de cliënt toestemming had gegeven tot inzage oordeelt de RvT inzage in het onderhavige geval onvoorzichtig en lichtvaardig. De advocaat had moeten begrijpen dat de stukken in de pers zouden worden gebruikt voor het leveren van kritiek op het vooronderzoek. In de pers waren ambtenaren van politie en justitie op insinuerende en beledigende toon beticht van grove nalatighe-

306 Van Liere 1996, p. 43, punt 5.13.

307 HvD 18-01-1988, Advocatenblad 1988, p. 272.

308 Van Liere 1996, punten 5.13-5.17.

309 Zie met name RvT Utrecht, 23-05-1978, Advocatenblad 1979, p. 200.

310 Zie § 3.9.1 en met name HvD 18-12-1989, Advocatenblad 1990, p. 202.

den. Het verweer van de advocaat, dat hem niet kon worden aangerekend dat de journalist aan wie hij het dossier ter inzage had gegeven de berichtgeving in een sensationele vorm had gegoten, werd verworpen, omdat het de advocaat toch bekend moest zijn dat de pers niet alleen bevoegd doch evenmin in staat was voldoende waarborg voor een objectieve voorlichting aan het publiek in de onderhavige, nog niet in kracht van gewijsde gegane strafzaak, te geven³¹¹. Het is duidelijk dat in deze zaak vooral de beeldvorming over de rechtspleging het centrale criterium is voor de beoordeling van het handelen van de advocaat. In latere uitspraken van het HvD wordt het geven van inzage in de processtukken aan de pers niet ontoelaatbaar geoordeeld, mits voldaan is aan drie criteria. Ten eerste mag het belang van het onderzoek niet worden geschaad, ten tweede mag het algemeen belang niet worden geschaad en tot slot moet de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen worden gewaarborgd. Deze criteria heeft het HvD gehanteerd in een zaak waarbij de advocaat van het slachtoffer van een zedendelict, die zich als benadeelde partij in de strafzaak had gesteld, een journalist een kopie van het hem verstrekte proces-verbaal had gegeven. In casu oordeelt het hof dat de advocaat hiermee niet klachtwaardig heeft gehandeld omdat zijn cliënte zelf contact met de pers had gezocht en de advocaat op haar verzoek aan dit onderhoud had deelgenomen; dat de advocaat het dossier aan de journalist ter beschikking had gesteld om misverstanden te voorkomen en onder het uitdrukkelijke beding dat er geen aanduiding van partijen in de publicatie zou mogen worden opgenomen en dat de advocaat de tekst tevoren zou zien. Door deze handelwijze zijn volgens het hof geen van de drie hiervoor genoemde belangen geschaad³¹². Vergelijkbare maatstaven worden gehanteerd in een echtscheidingsprocedure, waarin de advocaat van een van incest beschuldigde man de zaak met naam en toenaam aan journalisten meldt en deze journalisten een rapport uit het dossier verstrekt. In de daarop volgende publicatie wordt op de zaak uitvoerig ingegaan, waarbij de naam van de man diverse keren wordt genoemd. De vrouw dient een klacht in tegen de advocaat en de RvD Den Haag oordeelt in dit geval dat bij de medewerking van een advocaat aan publicaties omtrent een door hem behandelde zaak bijzondere voorzichtigheid is geboden, indien met publiciteit ook het belang van anderen bij bescherming van de persoonlijke levenssfeer is gemoeid. In casu oordeelde de RvD dat het rapport niet aan de journalist ter inzage had mogen worden gegeven en dat de advocaat de achternaam van zijn cliënt en het kind niet had mogen noemen. Laakbaar handelt ook de advocaat die het strafdossier, waaronder een psychiatrisch rapport van een medeverdachte van zijn cliënt, na afloop van de strafzaak ter beschikking stelt aan een journalist die een boek wil schrijven over de strafzaak. De advocaat mag de stukken in een strafzaak in beginsel slechts aanwenden voor het doel waarvoor hij deze stukken heeft ontvangen, namelijk de verdediging in desbetreffende strafzaak³¹³. Met name met

311 RvT Maastricht, 17-10-1961, Advocatenblad 1965, p. 27.

312 HvD 02-05-1994, Advocatenblad 1994, p. 772. In een vroegere uitspraak liet de RvT Maastricht in het midden of voor raadslieden een strikt verbod geldt om stukken in een strafzaak aan derden, i.e. de pers ter inzage te geven.

313 Zie in dit verband ook RvD Den Bosch 07-02-2000, Advocatenblad 2000, p. 884.

betrekking tot het psychiatrische rapport had de advocaat maatregelen moeten nemen om ervoor te zorgen dat de inhoud daarvan niet aan derden onder ogen zou komen³¹⁴. Tot slot kan nog worden gewezen op een aantal uitspraken waaruit blijkt dat de advocaat zorgvuldig moet toezien op wát hij precies afgeeft aan derden. Een advocaat die kopieën van het strafdossier ongelezen doorstuurt naar zijn cliënten wordt verantwoordelijk gehouden voor de omstandigheid dat de strafgriffie van het gerecht abusievelijk een reclasseringsrapport in een andere zaak bij de stukken heeft gevoegd. Een advocaat moet controleren wat hij aan zijn cliënten doorstuurt, tenzij een dergelijke controle in redelijkheid niet gevergd kan worden bijvoorbeeld in het geval dat er vlak voor de zitting nog een grote hoeveelheid stukken aan het dossier worden toegevoegd³¹⁵. Ook een advocaat van een benadeelde partij die per ongeluk (en ten onrechte) een psychiatrisch rapport over de verdachte toegezonden krijgt en dit op nadrukkelijk verzoek van zijn cliënten aan hen toestuurde handelt klachtwaardig. Hij had zich moeten realiseren dat de verdachte recht heeft op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer en dat het hem niet vrijstond het rapport aan zijn cliënten te geven³¹⁶.

3.9.5 *Vrijheid van verdediging*

Advocaten in strafzaken uiten zich nogal eens in scherpe bewoordingen en oefenen soms felle kritiek uit op justitiële instanties. In § 1.10.5 is besproken dat dit kan leiden tot een zekere polarisering binnen de strafrechtspleging, met name als deze kritiek in het openbaar en in bijzijn van de pers wordt geuit. Hoe ver mag de advocaat gaan in zijn verdediging?

In de tuchtrechtspraak wordt als centraal criterium gehanteerd dat de advocaat grote vrijheid dient toe te komen bij de verdediging van zijn cliënt, maar dat deze vrijheid niet absoluut is. Zo mag de advocaat geen feiten poneren waarvan hij weet dat ze niet waar zijn. Hieraan zitten twee aspecten: hij mag de rechter niet misleiden, maar hij mag ook derden niet beschuldigen van gedrag dat hij niet met feiten kan onderbouwen. Wel mag de advocaat feiten naar voren brengen, die nadelig of kwetsend zijn voor derden, mits hij in gemoede kan menen dat dit in het belang van zijn cliënt is³¹⁷.

3.9.5.1 *Gebruikte bewoordingen of argumenten*

Met name in zedenzaken komt het nogal eens voor dat het optreden van de advocaat door het slachtoffer als grievend wordt ervaren. Soms wordt hierop collectieve actie ondernomen. In een verkrachtingszaak waarin de advocaat volgens

314 HvD 14-12-1998, Advocatenblad 1999, p. 1106. Zie voor verdere jurisprudentie met betrekking tot contacten met de media § 3.10 e.v.

315 HvD 22-04-1996, Advocatenblad 1997, p. 264.

316 HvD 11-05-1998, nr. 2470, niet gepubl.

317 Deze uitgangspunten zijn al in oude jurisprudentie van het Hof van Discipline vastgelegd, zie HvD 29-10-1956, Advocatenblad 1956, p. 424.

persberichten zich op het standpunt had gesteld dat prostituees niet verkracht kunnen worden, dienden de Vereniging Sociale Advocatuur Nederland, de Rooie Vrouwen, de Rode Draad en een prostituee een klacht in tegen de advocaat. Uit het onderzoek van de RvD Amsterdam bleek dat de uitlatingen van de advocaat in de pers niet juist waren weergegeven en dat de advocaat zich aanzienlijk genuanceerder had uitgelaten. In zijn algemeenheid overweegt de raad dat een advocaat in een strafzaak met betrekking tot de verdediging grote mate van vrijheid toekomt met betrekking tot hetgeen hij ten overstaan van de rechter aanvoert, ook indien derden zich daardoor gekrenkt zouden voelen. De advocaat moet krenken-de beweringen alleen achterwege laten als hij in gemoede niet kan menen dat deze het belang van de cliënt kunnen dienen³¹⁸.

Een andere zaak die in dit verband genoemd kan worden is de klacht van Stichting Tegen Haar Wil tegen een advocaat die in cassatie in een incestzaak had aangevoerd dat het zijn cliënt onmogelijk werd gemaakt om een 'family-life' te voeren met zijn uit incest verwekte kind. Ook hier overweegt de RvD Den Haag dat de advocaat grote vrijheid toekomt met betrekking tot hetgeen hij aanvoert in het kader van de verdediging. Daaraan voegt de raad toe dat een goede beroeps-uitoefening met zich meebrengt dat niet moet worden opgetreden op een wijze die voor groepen, zoals incestslachtoffers, onnodig grievend is. Inherent aan de verdediging van strafzaken en in het bijzonder in het geval van verdediging van slachtoffers van zedendelicten is, dat het optreden van de advocaat door het slachtoffer als grievend wordt ervaren, maar dat ontnemt de advocaat niet de vrijheid zulks, indien dat in het belang van een cliënt is, te doen, en daarbij stelling te nemen tegen gevestigde opvattingen of normen³¹⁹.

Felle kritiek op het optreden van justitiële instanties werd geuit in een zaak waarin een advocaat tijdens zijn pleidooi het algemene opsporingsbeleid ten aanzien van Antillianen hekelde en op grond daarvan de niet-ontvankelijkheid van het OM bepleitte. Hierbij had hij de bewoordingen gebruikt: "vervang het woord Antillianen door Joden" en "naar racisme ruikende Janmaat-mentaliteit". De RvD Den Haag acht de grenzen van het toelaatbare niet overschreden gelet op het doel van de bewoordingen in het kader van een niet-ontvankelijkheidsverweer. Verder mocht de raadsman er in redelijkheid van uitgaan dat de door hem gelaakte

318 RvD Amsterdam 15-06-1987, nr. 87/07 A, niet gepubl. In dezelfde zin: RvD Den Bosch 25-01-1988, nr. B 44-1987, niet gepubl.: waarin uitlatingen van de advocaat tijdens het pleidooi in een verkrachtingszaak door het slachtoffer uit de krant waren opgevat als zou zij verkrachting hebben uitgelokt. Aan de standaard overweging met betrekking tot de vrijheid van pleidooi voegt de RvD toe dat de openbaarheid van de zitting er niet toe mag leiden dat raadsman van verdachte in de verdediging wordt beperkt; zie ook HvD 04-02-1991, Advocatenblad 1991, p. 436, waarin in een civiele zaak is uitgemaakt dat een advocaat zich dient te onthouden van middelen die op zichzelf beschouwd ongeoorloofd zijn of die, zonder dat zij tot enig (noemenswaardig) voordeel van zijn cliënt strekken, slechts schade aan de wederpartij berokkenen.

319 RvD Den Haag 11-12-1989, nr. R 353/89.59, niet gepubl.; zie ook RvT Groningen, 26-02-1960, Advocatenblad 1964, p. 491, waarin een slachtoffer-getuige zich door de advocaat beledigd voelt en de raad de klacht ongegrond acht omdat verdediging onmogelijk zou worden indien over getuigen niets nadeligs gezegd zou mogen worden.

methoden inderdaad werden gebruikt. De raad concludeert dat de raadsman zich niet nodeloos grievend of te scherp heeft uitgedrukt³²⁰.

In een zaak waarbij een advocaat een provincieambtenaar bijstond in een steekpenningenaffaire, maakte de advocaat tijdens het pleidooi het OM het verwijt dat het OM met twee maten mat, door wel de ambtenaar te vervolgen en niet de wegebouwer B "die voor miljoenen aan douceurtjes" had uitgedeeld. In dit geval klaagde B over de uitlatingen van de advocaat. De RvD Den Bosch achtte de klacht niet gegrond omdat het verweer niet van elke grond gespeend was en omdat het verwijt voornamelijk aan het OM gericht was³²¹.

Ongeoorloofd is het uiten van ernstige beschuldigingen terwijl de advocaat weet dat deze onjuist zijn, of indien de advocaat deze niet heeft geverifieerd en de beschuldigingen niet met feiten kan staven, of indien op geen enkele wijze duidelijk wordt dat het belang van de cliënt ermee gediend is, zoals in de volgende gevallen:

- De advocaat roept de verbalisanten op als getuigen à décharge en beschuldigt hen, bij de voortzetting van de zaak op een volgende zitting, ervan dat zij erop uit waren de verdachte zoveel mogelijk te schaden. Als voorbeeld noemt de advocaat dat de verbalisanten hem voor hun optreden als getuige een te hoge declaratie hebben gestuurd. In casu acht de RvD Den Bosch de suggestie van oplichting ongepast en ongefundeerd, nu de raadsman had nagelaten bij de verbalisanten uitleg te vragen over de hoogte van de declaratie³²².
- Tijdens het pleidooi zegt de advocaat van de verdachte naar aanleiding van de vordering van de benadeelde partij, dat het bij het Bureau Slachtofferhulp een puinzooi is en dat het bureau de benadeelde partij verkeerd heeft voorgelicht. Deze opmerkingen werden onnodig grievend geacht omdat zij het belang van de cliënt niet dienden en niet gebleken is dat het Bureau Slachtofferhulp fouten zou hebben gemaakt³²³.
- Een advocaat die de recherche tijdens zijn pleidooi beschuldigde van het vals opmaken van een proces-verbaal, doordat hierin was opgenomen dat de verdachte dit proces-verbaal gelezen en ondertekend had, terwijl dit buiten de aanwezigheid van een tolk gebeurd was en de verdachte nauwelijks kon lezen en daarnaast de politie ervan beschuldigde dat er op ontoelaatbare wijze druk was uitgeoefend op de verdachte, mocht de eerste opmerking gelet op de stukken wel maken, maar de opmerking over de ontoelaatbare druk niet, omdat deze op geen enkele wijze door feiten kon worden onderbouwd³²⁴.

320 RvD Den Haag 21-11-1994, nr. R 829/94.43, niet gepubl.

321 RvD Den Bosch 10-04-1995, nr. M 91-1994, niet gepubl.

322 RvD Den Bosch 08-05-1995, nr. H 110-1994, niet gepubl.

323 RvD Leeuwarden 04-11-1996, nr. 29/96, niet gepubl.

324 RvD Den Haag 01-07-1996, nr. R 1022/95.111, niet gepubl.

Evenmin toelaatbaar was de beschuldiging van de advocaat aan het adres van de officier van justitie tijdens een raadkamerzitting, dat de officier van justitie een publiciteitsoffensief was gestart tegen zijn cliënt (een malafide notaris) en dat de officier van justitie meer aandacht had voor zijn persoonlijke imago dan voor een behoorlijke rechtspleging en middels het publiciteitsoffensief zijn doel al had bereikt. Het HvD oordeelde dat er van een publiciteitsoffensief niets was gebleken en dat de berichtgeving van het OM zakelijk was geweest. De uitlatingen van de advocaat waren derhalve onnodig grievend en ongefundeerd³²⁵.

Een advocaat die tijdens een pleidooi felle kritiek uitoefent op de medische verzorging in het Huis van Bewaring, het zou gaan om levensbedreigende situaties, mag zonder verificatie dergelijke beschuldigingen niet uiten³²⁶.

Bijzonder is verder dat de advocaat die in een brief aan zijn cliënt zijn gal spuwde over de bewaarders in de penitentiaire inrichting, dat ook in het kader van het vrij verkeer ten opzichte van zijn cliënt niet mocht doen. De advocaat schreef zijn cliënt dat hij hem twee keer tevergeefs had proberen te bezoeken, maar niet was toegelaten omdat er eerst een probleem was met zijn legitimatiebewijs en vervolgens de metaaldetector bleef piepen. De bewaarders geloofden niet dat hij een stalen pen in zijn been had. Vervolgens schrijft de advocaat "Bewakers zien er al stom uit. Nadat ik het geheim had verklapt leken het net wel varkens die naar het slachthuis moeten. Ze zijn te stom om door te leren, te lui om te werken en te laf om te stelen. Dat is de reden dat ze een groot deel van hun leven in de bajes moeten doorbrengen". De cliënt was met de brief naar de directeur gegaan. Zo kwamen de opmerkingen aan het licht. De uitlatingen waren volgens de RvD Den Haag onnodig grievend³²⁷.

Het criterium dat de advocaat geen beweringen mag doen waarvan hij redelijkerwijs mag aannemen dat deze niet juist zijn is betrekkelijk subjectief. Dit wordt erkend in een uitspraak van de RvD Den Bosch, waarin de raad overweegt dat indien de onjuistheid van een bewering (achteraf) objectief kan worden vastgesteld, dit op zichzelf nog niet betekent dat aan dit criterium is voldaan. De uitlatingen van de advocaat moeten worden beoordeeld aan de hand van het belang die zij voor de verdediging hebben. Als een raadsman aan getuigenverklaringen een eigen interpretatie geeft, dan betekent dat nog geen misleiding van de rechter³²⁸.

Ook maakt het verschil uit of de raadsman beweringen doet die hij stelt uit eigen wetenschap te hebben, of alleen de zienswijze van zijn cliënten schetst. In een zaak waarin de verdachten van wederspanningheid werden beschuldigd, had de advocaat tijdens zijn pleidooi naar voren gebracht dat zijn cliënten meenden dat

325 HvD 06-11-1995, nr. 1962, niet gepubl.

326 RvT Maastricht, 25-09-1981, Advocatenblad 1982, p. 242.

327 RvD Den Haag 07-12-1987, nr. R 140/87.52, niet gepubl.

328 RvD Den Bosch 06-09-1988, nr. B 26-1986, niet gepubl.

de politieagenten, waartegen zij zich hadden verzet, geld van hun hadden ontvreemd, dat deze agenten een vete hadden met zijn cliënten en volgens hen zelf een knuppel (die bij de wederspanning een rol speelde) in hun auto hadden gelegd. Omdat de advocaat hier de zienswijze van zijn cliënten verwoordde, achtte de raad de uitlatingen niet ontoelaatbaar³²⁹. Het onderscheid tussen het verwoorden van een zienswijze van cliënten en het stellen uit eigen wetenschap komt heel duidelijk naar voren in een zaak waarbij het volgende aan de orde was. De ex-compagnon K van de advocaat N wordt beschuldigd van het uitlokken van meeneed bij B. K wordt in twee instanties vrijgesproken. B benadert later N om hem als raadsman bij te staan in de meeneedzaak. Als verweer voert hij aan dat K wel degelijk de meeneed heeft uitgelokt en op de zitting zegt N dat zijn ex-kantoorgenoot K tegenover hem in vertrouwen heeft gezegd dat hij de meeneed van B had uitgelokt. Daarop zou K uit de advocatenmaatschap zijn gezet. Deze mededeling van N wordt breed in de pers uitgemeten en K dient een klacht tegen hem in.

Naar aanleiding hiervan overweegt het HvD:

"Het Hof stelt voorop dat aan de advocaat als pleiter in een strafzaak een grote mate van vrijheid toekomt met betrekking tot de argumenten die hij ten behoeve van zijn cliënt naar voren brengt. Dat neemt niet weg dat de advocaat, ook in een strafzaak, de belangen van derden niet zonder meer mag verwaarlozen. Hij dient er op verdacht te zijn dat de openbaarheid van de terechtzitting medebrengt dat zijn uitlatingen derden in ernstige mate kunnen schaden, doordat zij dientengevolge – en veelal omdat zij zichzelf niet kunnen verdedigen – in opspraak worden gebracht. Hij zal dan ook steeds moeten afwegen of het voordeel dat hij voor zijn cliënt tracht te bereiken wel opweegt tegen de schade die hij een derde toebrengt en in geval van onevenredigheid van een en ander zal hij zich van voor derden schadelijke uitlatingen moeten onthouden. Dat alles geldt met name wanneer de advocaat in zijn pleidooi een derde van een ernstig misdrijf beschuldigt. In het onderhavige geval heeft N de beschuldiging van K in het openbaar uitgesproken. N kon menen dat hij, in weerswil van de vrijspraak van K, dat in het belang van zijn cliënt moest doen. Hij is echter verder gegaan en heeft die beschuldiging geloofwaardig willen maken door voor de juistheid daarvan een beroep te doen op zijn eigen wetenschap, ontleend aan de uitlatingen die K zelf tegenover hem, N, zou hebben gedaan. Aldus heeft N, zijn eigen gezag van advocaat en voormalig compagnon van K als argument in het geding gebracht, wetende dat K daardoor in versterkte mate zou worden geschaad en wetende dat zijn uitlatingen (...) – zo deze al van enig belang waren voor de door hem behandelde strafzaak – na zo lange tijd niet meer deugdelijk waren te toetsen. N had moeten begrijpen dat de ernst van de aan K toe te brengen schade niet zou opwegen tegen het voordeel dat hij met zijn beroep op eigen wetenschap voor zijn cliënt kon bereiken en het Hof is deswege van oordeel dat N de hierboven bedoelde afweging niet op de juiste wijze heeft gemaakt en daardoor K nodeloos en onevenredig heeft geschaad"³³⁰.

Ook een advocaat die als verdediger in zijn eigen (civiele) zaak optreedt wordt geacht de waarheid te spreken. Dit komt naar voren in een verzekeringszaak die verband houdt met rijden onder invloed. Een advocaat die met twee anderen op stap is geweest onderwerpt zich na het verlaten van een horecagelegenheid vrij-

329 RvD Den Bosch, 09-05-1994, Advocatenblad 1995, p. 122.

330 HvD 18-09-1989, nr. 1159, niet gepubl.

willig met de twee anderen aan een blaasfest van de politie, die bij de uitgang in het kader van een actie die verband houdt met het voorkomen van rijden onder invloed aanwezig is. Zij krijgen van de politie te horen dat zij allen niet mogen rijden. De advocaat laat vervolgens een van de twee anderen, die ook een rijverbod hebben opgelegd gekregen, in zijn auto rijden en deze botst tegen een lantaarnpaal. Vervolgens krijgt de advocaat een conflict met zijn verzekeringsmaatschappij over de toedracht van het ongeval en treedt hij op als zijn eigen verdediger. In dit kader geeft hij onjuiste inlichtingen door de blaasproef voorafgaande aan het ongeval te verzwijgen. Nu hij in zijn eigen zaak tevens als advocaat optrad, acht het HvD zijn gedrag tuchtrechtelijk laakbaar en wordt hem een maatregel van berisping opgelegd³³¹.

Samengevat kan uit de tuchtrechtspraak worden geconcludeerd dat de advocaat een grote vrijheid wordt gegund zich in het kader van de verdediging van een cliënt te uiten zoals hem dat goeddunkt.

De uitingenvrijheid vindt zijn grenzen in het debiteren van aperte onjuistheden die schadelijk zijn voor derden en waarvan niet blijkt dat hierdoor enig belang van de cliënt wordt gediend. Daarbij wordt wel een onderscheid gemaakt tussen het verwoorden van de zienswijze van de cliënt – deze mag onjuistheden bevatten – en het poneren van feiten uit eigen wetenschap. Ten aanzien van deze laatste feiten heeft de advocaat een onderzoeks- en verificatieplicht.

3.10 Contacten met de media

Het contact tussen de advocaat en de media is binnen de advocatuur steeds benaderd vanuit het reclame- en concurrentieperspectief. Tot 1989 was in beginsel elke vorm van publiciteit verboden omdat in vrijwel alle uitingen van advocaten in de pers een wervend karakter werd gezien. De evolutie in de gedragsregels rondom publiciteit en reclame is al in hoofdstuk 2 besproken³³² en hier wordt volstaan met het weergeven van de huidige stand van zaken. Voor een goed begrip van de oudere tuchtrechtspraak zal waar nodig naar de oude regelingen worden verwezen.

De huidige Verordening op de publiciteit dateert van 24 juni 1998³³³ en is in werking getreden op 1 september 1998³³⁴. Volgens deze verordening is het de advocaat toegestaan publiciteit te bedrijven, voorzover dat niet in strijd is met de verantwoordelijkheid van de advocaat volgens de wet en met de regels in de verordening. Deze laatste regels houden in dat de advocaat zorgvuldig moet zijn en bij het bedrijven van publiciteit geen inbreuk dient te maken op de collegiale ver-

331 HvD 06-07-1998, nr. 2660, niet gepubl.

332 § 1.10.2.2.

333 Verordening op de publiciteit 24 juni 1998, Stert. 1998, 137, tevens opgenomen in *Vademecum Advocatuur, Wet- & regelgeving 2000*, p. 183-190.

334 Stert. 1998, 162.

houdingen tussen advocaten onderling³³⁵. Het merendeel van de regels in de verordening reguleert de reclame en onderlinge concurrentie³³⁶. Artikel 6 lid 2 bepaalt dat behoudens toestemming van de cliënt, het de advocaat niet is toegestaan publiciteit te bedrijven over de bijzonderheden van zaken die bij hem in behandeling zijn of zijn geweest, over de persoon van zijn cliënt of over de aard en omvang van diens belangen. Deze bepaling sluit aan bij de regels 6 en 10 van de Gedragsregels voor advocaten 1992 waarin respectievelijk de geheimhoudingsplicht en de medewerking aan publiciteit is geregeld. Regel 10 van de gedragsregels bepaalt dat de advocaat bij het verlenen van medewerking aan publiciteit het belang van de cliënt en de ten opzichte van hem in acht te nemen zorgvuldigheid voorop dient te stellen en zijn medewerking niet zal verlenen tegen de kennelijke wil van de cliënt. Wat dit laatste aspect betreft stelt artikel 6 lid 2 van de Verordening op de publiciteit een wat strengere eis omdat volgens deze regel steeds toestemming van de cliënt vereist is, hetgeen iets anders is dan 'de kennelijke wil' van de cliënt. Ondanks de verruiming van de publiciteitsregels blijft er discussie bestaan over het optreden van advocaten in de media. De achtergrond hiervan is dat het maken van reclame nog steeds wordt gezien als strijdig met de waardigheid van het beroep³³⁷. Het verwijt dat advocaten in strafzaken wordt gemaakt is dat zij bij het bedrijven van publiciteit meer lijken te worden gedreven door hun eigen belangen dan door die van hun cliënten³³⁸. Hoe dan ook, in onze maatschappij is publiciteit een wezenlijk onderdeel van het maatschappelijk functioneren geworden. Dit geldt niet alleen voor de belangstelling die het publiek heeft voor de advocatuur, maar ook voor de belangstelling die de advocaat als ondernemer heeft voor het publiek³³⁹. De tuchtrechtspraak op het gebied van het optreden in strafzaken heeft deels betrekking op de geoorloofdheid van het geven van interviews onder de oudere publiciteitsregels, op het ontbreken van toestemming van de cliënt, op het doen van grievende uitlatingen in de pers, op het reageren op negatieve publiciteit van de zijde van politie en OM en op de deelname aan het publieke debat. Op het aspect van het geven van interviews met een werwend karakter zal hier niet meer worden ingegaan³⁴⁰. De overige tuchtrechtspraak is wel relevant, ook onder de huidige publiciteitsverordening.

335 Art. 1-3 Verordening op de publiciteit 1998. In art. 3 is bepaald dat de advocaat zijn diensten niet mag vergelijken met die van andere, met name aangeduide advocaten.

336 Art. 4: niet-clienten mogen niet rechtstreeks en individueel worden benaderd; art. 5: het kenbaar maken van specialistische kennis; art. 6 lid 1 geen publicatie van succespercentages; art. 8: publicatie van tarieven; art. 12 verbod van melding van functies binnen rechterlijke macht of advocatuur.

337 Zie Wladimiroff 1993, p. 543-550, m.n. p. 544.

338 Zie § 1.11.3.

339 Wladimiroff 1993, p. 544.

340 Hierbij is een aantal tuchtzaken van belang: HvD, 22-12-1976, Advocatenblad 1977, p. 561, waarin de advocaat in strijd met de toen geldende regels zonder toestemming van de deken zijn medewerking had gegeven aan publiciteit in een strafzaak. Hier oordeelde het hof dit niet klachtwaardig omdat de advocaat geen publiciteit over zijn persoon had nagestreefd, geen initiatief tot het interview had genomen en het interview in het belang was van zijn cliënt; HvD 25-04-1983, Advocatenblad 1983, p. 423, waarin de advocaat kritiek uitoefent op het politieonderzoek in een strafzaak en in de publicatie ook een foto van hem is opgenomen. Het hof

3.10.1 Toestemming van de cliënt

Een opmerkelijke tuchtzaak, waarin de RvD Amsterdam uitdrukkelijk heeft uitgemaakt dat de cliënt zijn eigen belangen bepaalt, speelde in de Helderse incest-zaak in 1994³⁴¹. De advocaat van één van de verdachten staat de pers uitvoerig te woord. In de kranten verschijnen vervolgens artikelen met de navolgende, voor zijn cliënt belastende, passages:

"De Helderse incest- en ontuchtaffaire rond een nu 12-jarig meisje heeft alle kenmerken van grootschalig ritueel misbruik. Dat zegt een van de advocaten".

(...)

"Een van de advocaten haalt uit de dossiers dat het meisje 'letterlijk en figuurlijk is blootgesteld aan familieleden, kennissen en burens'. De verdediger: ik maak uit het dossier op dat het om rituelen is gegaan. Er is sprake van dat er maskers worden gedragen; ik lees over beschuldigingen. Tijdens de bijeenkomsten heeft het kind allerlei seksuele handelingen moeten verrichten, er is zelfs een hond in het spel geweest".

(...)

"De advocaat zegt naar buiten te treden, omdat de bevolking er bij grote misdrijven recht op heeft te weten wat zich heeft afgespeeld".

Vervolgens is de advocaat benaderd door een journalist van het NOS-journaal en geeft hij een interview over de Helderse incestzaak dat dezelfde dag wordt uitgezonden. De perspublicaties en het optreden van de advocaat in het NOS-journaal heeft binnen de balie en de reclassering tot onrust geleid en er zijn brieven geschreven aan de deken waarin het gedrag van de advocaat wordt gelaakt. De rechter-commissaris en de deken dienen een klacht in tegen de advocaat, inhoudende dat hij de grenzen van het betamelijke heeft overschreden ten opzichte van zijn cliënt, de medeverdachten van zijn cliënt en ten aanzien van het ongestoorde verloop van het opsporingsonderzoek c. q. gerechtelijk vooronderzoek.

De RvD Amsterdam stelt vast dat de advocaat alvorens de pers te woord te staan geen overleg heeft gehad met zijn cliënt, maar dat onweersproken is dat de cliënt nadien desgevraagd de rechter-commissaris heeft geantwoord dat hij geen bezwaren had tegen het optreden van zijn advocaat tegenover de pers, zodat de raad er

overweegt in deze zaak dat bij publiciteit over een zaak niet te vermijden is dat de persoon en het werk van de raadsman niet aan de orde komt; RvD Leeuwarden 05-06-1987, nr. 1986 niet gepubl., waarin de advocaat reageert in de pers nadat over diens cliënt is gepubliceerd. Volgens de raad staat het ter vrije beoordeling van de advocaat of hij hieraan meewerkt. In casu had hij dat op verzoek van zijn cliënt gedaan en de nodige zorgvuldigheid in acht genomen. HvD 04-01-1988, Advocatenblad 1988, p. 270, waarin twee advocaten een uitvoerig interview geven aan een weekblad over hun strafpraktijk. Het hof achtte op zichzelf bepaalde uitlatingen wettend en in strijd met de toen geldende richtlijn publiciteit, maar liet deze buiten toepassing omdat het hof de beperking in deze richtlijn niet nodig achtte in een democratische samenleving en derhalve in strijd met artikel 10 EVRM. Overigens heeft het EHRM in de zaak Casado Coca uitgemaakt dat een reclameverbod voor advocaten niet in strijd is met artikel 10 van het EVRM, EHRM 24-02-1994, NJ 1994, 518.

341 RvD Amsterdam 19-12-1994, nr. 94/77, niet gepubl.

van uit gaat dat de advocaat niet in strijd heeft gehandeld met de kennelijke wil van zijn cliënt. Verder is de raad niet gebleken dat het belang van de cliënt door het optreden van zijn advocaat is geschaad. De cliënt heeft zich zelf niet over zijn advocaat beklagd en ook door andere verdachten is niet over zijn optreden geklaagd. De raad is van oordeel dat het uit een oogpunt van een evenwichtige behandeling van de zaak wenselijk zou zijn geweest dat de advocaat zich bij het beantwoorden van de vragen van de pers terughoudender zou hebben opgesteld, temeer omdat niet is gebleken dat met het optreden van de advocaat enig aan hem toevertrouwd belang was gediend. Maar het tegendeel is evenmin gebleken en daarom kan niet worden gezegd dat de advocaat in strijd met artikel 46 Advocatenwet heeft gehandeld.

Aan de vereiste toestemming van de cliënt worden in de tuchtrechtspraak na de inwerkingtreding van de Verordening op de publiciteit 1998 strengere eisen gesteld. In 1999 heeft de RvD Amsterdam uitgemaakt dat voordat een advocaat medewerking verleent aan een televisieprogramma over de strafzaak van zijn cliënt, hij zich nauwgezet dient te vergewissen van de onvoorwaardelijke toestemming daarvoor van de cliënt. Bij het uitblijven van de toestemming, of de geringste twijfel daarover, dient de advocaat zijn medewerking aan het programma te weigeren. In deze zaak had de cliënt zelf zijn medewerking geweigerd, maar was het in het midden gebleven of de advocaat zijn medewerking mocht geven. Met het oog op voorkoming van dit soort misverstanden overweegt het hof dat de toestemming van de cliënt door de advocaat schriftelijk dient te worden vastgelegd³⁴².

3.10.2 Opsporingsbelang en fair play

In sommige gevallen speelt bij de contacten met de media ook het opsporingsbelang mee omdat daardoor feiten naar buiten zouden kunnen worden gebracht die het opsporingsbelang schaden. Als de advocaat in overleg met zijn cliënt, ten aanzien waarvan alle beperkingen zijn opgeheven, ervoor kiest mee te werken aan publiciteit met het doel zijn cliënt van verdenking te zuiveren, dan is dit niet laakbaar. Volgens het HvD weegt het belang van opsporing daar niet tegen op³⁴³. Ook hoeft de advocaat niet tevoren te overleggen met de officier van justitie of de rechter-commissaris over de wijze waarop hij de pers te woord staat, als hij door de pers wordt benaderd³⁴⁴. De RvD Amsterdam acht het wel onbetamelijk als de

342 RvD Amsterdam 06-09-1999, Advocatenblad 2000, p. 472 (deze beslissing is abusievelijk nogmaals gepubliceerd op p. 510). Zie voor andere zaken waarin toestemming ontbrak: RvD Den Haag 02-12-1991, nr. R 542/91.40, niet gepubl.: zonder toestemming telefonisch aan pers mededelingen gedaan, die bovendien nadelig waren voor strafzaak cliënt; RvD Amsterdam 07-12-1998, nr. 98/060 H, niet gepubl.: advocaat van kamerlid die ervan beschuldigd is in strijd te hebben gehandeld met de financiële regeling van de Tweede Kamer laat zich in televisieprogramma Nova in negatieve bewoordingen uit over zijn cliënt.

343 HvD 05-12-1994, Advocatenblad 1995, p. 1017.

344 HvD 19-06-1989, nr. 1349, Advocatenblad 1990, p. 583 (in de publicatie van deze uitspraak staat ten onrechte als datum van de beslissing van het HvD 19-06-1989 vermeld. Dit is de da-

advocaat een fax die hij aan een officier van justitie stuurt, in kopie aan de pers geeft zonder daarvan in de fax aan de officier van justitie mededeling te doen³⁴⁵. Het HvD denkt daar echter anders over. In een zaak waarin de advocaat twee keer een kopie van een aan de officier van justitie geschreven brief aan de pers verstrekt zonder daarvan in die brieven mededeling te doen en de pers de brieven eerder ontvangt dan de officier, oordeelt het HvD dat de officier van justitie door deze wijze van handelen niet benadeeld is en dat de handelwijze van de advocaat een kwestie is van stijl waarover valt te twisten, maar op zichzelf niet tuchtrechtelijk laakbaar is³⁴⁶.

3.10.3 *Grievende opmerkingen*

Wat de uitlatingen van de advocaat ten opzichte van derden in de pers betreft, gelden dezelfde zorgvuldigheidscriteria als in de tuchtrechtelijke jurisprudentie die hiervoor in § 3.9.5 en § 3.9.5.1 is besproken met betrekking tot de uitlatingen die de advocaat op de openbare terechtzitting doet, namelijk dat de opmerkingen niet onnodig grievend of apert onjuist mogen zijn en dat met het maken van voor derden schadelijke opmerkingen enig belang van de cliënt moet zijn gediend. Naast de in § 3.9.5 en § 3.9.5.1 genoemde jurisprudentie kan nog de zaak worden genoemd waarbij de advocaat, die een verdachte bijstaat die wordt verdacht de directrice van de school van zijn dochtertje zwaar te hebben mishandeld, een persbericht uitgeeft waarin hij melding maakt dat de directrice ten opzichte van zijn cliënt heeft verklaard dat zij betrokken zou zijn geweest bij ontuchtige handelingen met zijn dochtertje. Verder stelt hij dat, indien het onderzoek naar deze ontuchtige handelingen wat voortvarender was doorgezet, zijn cliënt niet tot zijn strafbare feit was gekomen. Het HvD stelt vast dat de advocaat op geen enkele wijze de juistheid van zijn beschuldigingen aan het adres van de directrice en de school heeft onderzocht. Het hof overweegt dat niet alle voor betrokkenen schadelijke uitlatingen ongeoorloofd zijn en dat aan een advocaat in zijn functie terzake een grote vrijheid toekomt. In dit geval heeft de advocaat echter onvoldoende rekening gehouden met de belangen van het slachtoffer, zonder dat hij in goede moede kon menen dat de onderhavige publiciteit in het belang van zijn cliënt was, met name dat deze uitlatingen tot zijn invrijheidstelling zouden leiden, zoals de advocaat in zijn verweer had gesteld³⁴⁷.

tum van de beslissing van de RvD. De datum beslissing van het HvD is 18-06-1990). In casu ging het om beschuldigingen aan het adres van een cliënte over betrokkenheid bij ontucht. Het HvD overwoog in deze zaak ook dat het geïmproviseerde karakter van de contacten met de pers maakt dat andere zorgvuldigheidsnormen worden gehanteerd.

345 RvD Den Haag, 08-05-1995, *Advocatenblad* 1996, p. 210.

346 HvD 09-09-1996, nr. 2088, *Advocatenblad* 1997, p. 814.

347 HvD 27-11-1989, nr. 1389, *Advocatenblad* 1990, p. 551. Abusievelijk is in publicatie in het *Advocatenblad* de datum van uitspraak RvD opgenomen. Uitspraak van het HvD is op 18 juni 1990 gedaan.

3.10.4 *Debat in de media*

Een aparte categorie zaken vormen de uitspraken die betrekking hebben op advocaten die in de media misstanden bij justitie aan de orde stellen. De volgende gevallen deden zich voor.

- Een advocaat zoekt zelf contact met de media, onder andere met betrekking tot het feit dat het Hof Den Bosch strafzaken die zijn behandeld door een bepaalde meervoudige strafkamer van de Rechtbank Maastricht met voorrang in appel behandelt, omdat deze kamer structureel te lage straffen zou opleggen. In het krantenartikel stond vermeld dat de voorzitter van het Hof Den Bosch, mr. Smulders, die als voorzitter van de strafkamer in de IRA-zaak een bijzonder ingewikkelde en de aandacht trekkende zaak behandelde, bereid zou zijn het OM ter wille te zijn door er even een "flutzaak tussendoor te jassen", en dat hij "vrijpostig" met het bewijs zou omspringen. Naar aanleiding van de klacht van mr. Smulders overweegt het HvD dat een advocaat zelf contact mag zoeken met de pers om algemene actuele kwesties onder de aandacht te brengen³⁴⁸. Daarbij moet hij niet op de persoon van de rechter spelen, maar dat was in casu zoals het HvD heeft vastgesteld een fout van de journalist. Daarom doet de advocaat er goed aan, ter voorkoming van verkeerde berichtgeving, te bedingen het bericht vooraf op onjuistheden te corrigeren. Dat was in casu echter niet nodig omdat de advocaat een langdurige ervaring had met de bewuste journalist³⁴⁹. Overigens krijgt deze zaak nog een staartje doordat de deken in het arrondissement Den Bosch zich in de pers kritisch uitlaat over de kritiek van de advocaat op het Hof Den Bosch door te stellen dat de advocaat door zijn uitlatingen de advocatuur geen goede dienst heeft bewezen en dat zijn uitlatingen niet alleen bij de voorzitter van de strafkamer van het Hof den Bosch maar ook bij meerdere collega's in het verkeerde keelgat zijn geschoten. De RvD oordeelt naar aanleiding van een klacht van de advocaat tegen de deken, dat nu hij zijn mening heeft geventileerd tegenover de pers, het de deken vrijstond zijn mening hierover voor hetzelfde forum te bekritisieren en dat de woorden van de deken geenszins grievend of als zodanig schadelijk voor de advocaat waren. Een koekje van eigen deeg³⁵⁰.
- Dezelfde advocaat als in de hiervoor genoemde zaak stelde in een televisieprogramma dat de politie onrechtmatig gebruik maakte van richtmicrofoons. Naar aanleiding van een klacht van de officier van justitie naar aanleiding van deze opmerking, overwoog de RvD Den Bosch dat een advocaat gerechtigd is in het publieke debat zijn stem te laten horen en dat dit temeer geldt als de ad-

348 Overigens wordt in oudere jurisprudentie de eis gesteld dat advocaten eventuele misstanden eerst ter kennis dienen te brengen van de bevoegde autoriteiten en op een onderzoek moeten aandringen. Pas als de autoriteiten geen bevredigende maatregelen nemen, kan de vraag aan de orde komen om de pers in te schakelen: RvT Breda, 01-04-1960, nr. 800, Advocatenblad 1960, p. 268.

349 RvD Arnhem 16-03-1992, nr. 91-50, Advocatenblad 1993, p. 108.

350 RvD Den Bosch 06-09-1993, nr. B78-1992, niet gepubl.

vocaat het vermoeden van onwettig gebruik van richtmicrofoons kan beargumenteren, hetgeen de advocaat ook gedaan heeft³⁵¹.

- Wederom dezelfde advocaat uit in de pers scherpe kritiek op de rechtbank Arnhem met uitlatingen als “rechters maken zich er te gemakkelijk van af”, “de officier van justitie kan breed zijn gang gaan, wat de politie doet is per definitie goed en de advocaat pleegt procesobstructie”. De advocaat kan zijn aantijgingen desverzocht adstrueren door middel van feiten. Hierop overweegt de RvD Amsterdam dat de advocaat in beginsel vrijelijk zijn mening over het functioneren van rechters mag geven. Die vrijheid wordt in zoverre beperkt dat als de advocaat concrete beschuldigingen uit, de eis kan worden gesteld dat deze voldoende worden geschraagd door feitenmateriaal. In casu was dat het geval. Voorts mag van de advocaat geëist worden dat hij zich niet onnodig grievend uitlaat. Het geven van waardeoordelen staat iedereen vrij en ondanks de harde kritiek acht de RvD de uitlatingen niet ontoelaatbaar³⁵².
- Ontoelaatbaar acht het HvD een persoonlijke aanval buiten de zitting van de advocaat op de officier van justitie in de media, waarin de advocaat onder andere laat weten dat hij “niet zal rusten voordat hij (de officier van justitie TS) uit zijn functie is ontheven (...). Al moet hij in beton worden gegoten, hij gaat er aan”. Echter, in dit geval heeft de hoofdofficier van justitie geklaagd, terwijl de uitlatingen persoonlijk zijn gericht op de officier van justitie en buiten de zitting zijn gedaan. Deze laatste had de klacht moeten indienen en de hoofdofficier van justitie wordt niet ontvankelijk verklaard³⁵³.

3.11 Eerbied voor de rechterlijke macht en behoorlijke procesorde

Alhoewel de strafrechter strafvorderlijke middelen ten dienst staan om in te grijpen als een advocaat zich ter zitting niet gedraagt of indien bepaalde processuele handelingen in strijd zijn met een behoorlijke procesorde, wordt over het gedrag van een advocaat met betrekking tot dit soort kwesties ook bij de tuchtrechter geklaagd.

In § 1.8.6 is al verwezen naar een tuchtzaak waarin de president van het Hoog Militair Gerechtshof een klacht indiende tegen een advocaat die zich volgens de president op de zitting had misdragen door:

- na circa een uur gepleit te hebben op de vraag van de president om zich te beperken te antwoorden “dat hij voor deze zaak de hele dag had uitgetrokken”;
- met de bedoeling lang aan het woord te zijn en te blijven, bezwaar te maken tegen het ontbreken van een “aanhef” van ambtelijke brieven alsmede bezwaar te maken tegen het niet ontvangen van alle processtukken;

351 RvD Den Bosch 07-06-1993, nr. M 32-1992, niet gepubl.

352 RvD Amsterdam 16-02-1998, nr. 97/107 U, Advocatenblad 1999, p. 234.

353 Zie § 3.7.1.

- in extenso niet relevante processtukken voor te lezen;
- cynische en denigrerende opmerkingen te maken;
- voortdurend te interrumpen en op de vraag om "zijn mond nu eens te houden" te antwoorden "als u uw mond ook houdt".

Verder zou hij zich, naar de mening van de president van het grotendeels uit militairen samengesteld HMG, grievend hebben uitgelaten door zijn opmerking: "Mensen in het leger zijn geneigd om achter ieder die macht heeft aan te lopen. Zie 1940-45, waarbij het leger achter Hitler heeft gestaan".

De Amsterdamse RvT acht de klacht echter ongegrond, ook al kan men zich voorstellen dat het optreden van de advocaat de irritatie van het HMG heeft opgewekt en vindt niet dat de advocaat bij de door hem gevoerde verdediging grenzen heeft overschreden, die zijn optreden klachtwaardig maken. Het is niet ongebruikelijk dat in een strafzaak als de onderhavige meer dan een uur wordt gepleit en een advocaat moet de nodige vrijheid krijgen de verdediging in een strafzaak te voeren op een wijze die hem goedgeeft. De advocaat moet weliswaar eerbied tonen voor de rechterlijke autoriteiten en mag zich in geen geval onnodig grievend uit te laten, maar dit mag evenmin een belemmering zijn alles te kunnen zeggen wat hij van belang acht voor de verdediging. Verder overweegt de raad dat de wijze waarop een advocaat in een strafzaak de verdediging voert, door de rechter in zijn algemeenheid niet in de tuchtrechtelijke sfeer zou moeten worden gebracht, omdat dit een belemmering kan vormen voor het optreden van de advocaat in het belang van zijn cliënt. Het hof acht het ook ongewenst dat de rechter de advocaat ter zitting aanzegt een klacht tegen hem te zullen indienen³⁵⁴.

Te ver gaat echter een advocaat die tijdens het uitspreken van het vonnis van de politierechter met haar in discussie gaat en zegt dat het vonnis onjuist is en als zij niets weet over de Wet wapens en munitie, zij zo'n zaak door een andere rechter moet laten behandelen. De politierechter wijst de advocaat op de mogelijkheid van hoger beroep, waarop de advocaat echter door blijft discussiëren. De RvD Amsterdam acht dit niet in overeenstemming met wat een behoorlijk advocaat betaamt³⁵⁵.

Interessant zijn de uitspraken die betrekking hebben op klachten over het gebruik van ongeoorloofde middelen door de verdediging.

In een strafzaak waarin de advocaat ter zitting citeert uit vertrouwelijke gegevens van een medeverdachte die hem onrechtmatig door een andere advocaat zijn verstrekt, overweegt de RvD Arnhem dat de advocaat en de officier van justitie in strafzaken verschillende belangen dienen. Dat betekent dat bewijsmateriaal overgelegd door de raadsman niet op grond van dezelfde criteria kan worden getoetst op onrechtmatige verkrijging als bewijsmateriaal van de officier van justitie.

³⁵⁴ RvT Amsterdam 9 december 1983, Advocatenblad 1985, p. 87-89. Zie in dit verband ook Pres. Rb Den Haag 22-04-1983, Rechtshulp 1983, p. 49, met betrekking tot de uitspraak van de president van het HMG, Donk niet meer als raadsman toe te voegen, welke uitspraak wordt besproken in § 1.8.6 en § 2.4.7.4.

³⁵⁵ RvD Amsterdam 18-07-1994, nr. 94/09A, niet gepubl.

Overlegging van onrechtmatig verkregen bewijs kan slechts verweten worden indien de raadsman in redelijkheid niet tot overlegging heeft kunnen besluiten. In casu is de klacht ongegrond omdat de advocaat ervan mocht uitgaan dat medeverdachte toestemming had gegeven en ook als dat niet het geval was, kan de advocaat op grond van een zorgvuldige belangenafweging tussen cliënt en medeverdachte toch gebruik maken van deze gegevens³⁵⁶.

Deze lijn wordt doorgezet in een uitspraak van de RvD Amsterdam, al va het oordeel over de vraag of de advocaat een zorgvuldige belangenafweging heeft gemaakt in deze zaak uit in het nadeel van de advocaat. Het betreft een zaak waarin een advocaat op een strafzitting een formulier over de verwondingen van het slachtoffer overlegt, terwijl dit formulier met schending van het medisch beroepsgeheim is verkregen. In dit geval acht de RvD het overleggen in strijd met de zorgvuldigheid, mede omdat dit niet noodzakelijk was om de waarheid te achterhalen. Het was ook mogelijk de waarheid te achterhalen door het horen van getuigen en/of deskundigen, hetgeen in de strafzaak ook gebeurd was. Daarnaast voegt de RvD nog een argument toe, waaruit blijkt dat uiteindelijk de cliënt over de overlegging beslist: "Voorts had verweerder het betrokken formulier ook door zijn cliënt zelf in het geding kunnen doen brengen, indien cliënt daarop stond. De medewerking van verweerder aan het overleggen van het onrechtmatig verkregen stuk was ook daarom geenszins noodzakelijk"³⁵⁷. Dit door de RvD aangedragen alternatief doet wat halfslachtig en formalistisch aan. Maakt het nu in wezen wat uit of de advocaat een stuk zelf in het geding brengt of dat hij dit door zijn cliënt laat doen, om zichzelf tuchtrechtelijk uit de wind te houden? In de onderhavige strafzaak was de aard van de verwonding van belang en de processtukken bevatten hierover kennelijk een andere lezing dat uit het formulier, dat door de arts was opgemaakt, bleek. In een dergelijke zaak kan door de verdediging op voorhand niet goed beoordeeld worden of het horen van getuigen en deskundigen de rechter zal overtuigen. Met het niet overleggen van het formulier loopt de verdachte dus een zeker risico. Pas achteraf – na de uitspraak van de rechter in de strafzaak – kan worden vastgesteld of de overlegging van het formulier al dan niet noodzakelijk was voor het aan de dag brengen van de waarheid. In kwesties als deze lijkt het zuiverder consequent te zijn met betrekking tot het uitgangspunt dat de verdachte in de strafzaak *dominus litis* is en dat de advocaat niet tuchtrechtelijk kan worden aangesproken puur op het feit dat hij bewijsmateriaal overlegt dat wellicht onrechtmatig is verkregen, indien de verdachte dat wenst. Komt de advocaat tot de conclusie dat het overleggen van het onrechtmatig ver-

356 RvD Arnhem, 30-12-1991, *Advocatenblad* 1992, p. 418. Zie voor een bespreking van deze zaak ook *Equality of arms, different responsibilities*, Rubriek Advocatuur DD 1992, p. 852-853. In dezelfde zin oordeelde eerder RvT Amsterdam, 23-11-1962, nr. 1014, *Advocatenblad* 1965, p. 356: een advocaat mag zich in een procedure beroepen op van de cliënt ontvangen bewijs, ook als de tegenpartij stelt dat dit bewijs onrechtmatig is verkregen.

357 RvD Amsterdam 21-04-1997, *Advocatenblad* 1998, p. 442. Zie overigens een vergelijkbare uitspraak in een civiele zaak RvD Amsterdam, 18-08-1997, *Advocatenblad* 1998, p. 507, waarin is uitgemaakt dat de advocaat geen informatie in een civiele procedure mag gebruiken waarvan hij weet dat deze is verkregen door schending van het beroepsgeheim door een andere advocaat.

kregen bewijsmateriaal geen enkel verdedigingsbelang dient, terwijl het overleggen uitsluitend nadeel berokkent aan derden³⁵⁸, dan ligt het meer voor de hand dat de advocaat de verdediging neerlegt indien hierover een conflict met zijn cliënt ontstaat. Er zijn ook omstandigheden denkbaar dat de advocaat de wensen van de cliënt honoreert, indien het neerleggen van de verdediging niet in verhouding staat tot het nadeel dat zijn cliënt hierdoor lijdt. Voorstelbaar is dat deze belangenafweging van de advocaat door de tuchtrechter getoetst wordt indien de advocaat aangesproken wordt op het overleggen van onrechtmatig verkregen materiaal.

Verder kan nog een zaak worden genoemd waarin de advocaten de verdediging neerlegden, toen zij na een wijziging van de tenlastelegging geen aanhouding kregen om zich naar aanleiding van deze wijziging op de verdediging voor te bereiden. De rechtbank was vervolgens gedwongen om de zaak aan te houden. De officier van justitie diende een klacht in wegens het schenden van de eerbied voor de rechterlijke macht en misbruik van strafprocesrecht. Naar het oordeel van de RvD Amsterdam staat het een advocaat in beginsel niet vrij om zich tijdens de zitting terug te trekken, uitsluitend op de grond dat de advocaat zichzelf of zijn cliënt onvoldoende op de behandeling van de zaak voorbereid acht, in weerwil van een afwijzing door de rechter van een verzoek tot aanhouding. In casu was het handelen echter gerechtvaardigd, omdat er sprake was van een ingrijpende wijziging van de tenlastelegging:

"Tegenover het respect dat verweerder als advocaat verschuldigd is aan de rechterlijke autoriteiten, staat hier het gerechtvaardigde belang van verweerder's cliënt op behoorlijke rechtsbijstand, voortspruitend uit het recht op een "fair trial" en het kan aan verweerder onder deze omstandigheden dus niet worden verweten dat hij aan die gerechtvaardigde belangen van zijn cliënt de voorrang heeft gegeven. De wijze waarop hij dit deed is in de gegeven omstandigheden als uiterste middel ter bescherming van die belangen gerechtvaardigd"³⁵⁹.

Tot slot kan nog een heel oude uitspraak worden vermeld uit 1952, waarbij de advocaat een aanhouding van de strafzaak zeker had gesteld, door voorafgaande aan de zitting de getuigen die door het OM waren opgeroepen en die zich in de hal van de rechtbank bevonden naar huis te sturen en te zeggen dat zij wel een

358 Dit is hetzelfde criterium dat wordt gehanteerd bij het optreden van advocaten dat schadelijk of nadelig is voor derden en uitslatingen in de media, die door derden als grievend worden ervaren, zie § 3.10.3 en 3.10.4.

359 RvD Amsterdam 07-02-1994, nrs. 93/66 A en 93/67 A, niet gepubl.; zie voor een strafrechtelijke uitspraak met dezelfde strekking Hof Den Bosch 14-07-1994, NJ 1994, 678, genoemd in § 2.7.1: de advocaat had bij de rechtbank na een uitgebreid gemotiveerd verzoek om aanhouding de verdediging neergelegd toen de rechtbank het verzoek afwees. De rechtbank zette de behandeling van de zaak voort. Het hof achtte deze sanctie te zwaar, vernietigde het vonnis en verwees de zaak terug.

nieuwe oproep zouden krijgen. De RvT acht dit volstrekt onverenigbaar met een goede rechtspleging³⁶⁰.

3.12 Betrokkenheid bij strafbare feiten

In hoofdstuk 2 is besproken dat er een tendens is de advocaat te beschouwen als een verlengstuk van zijn (criminele) cliënt en dat de grens tussen rechtsbijstand en betrokkenheid bij criminele activiteiten wordt opgerekt³⁶¹. Illustratief is het onderzoek dat ten behoeve van de Enquêtecommissie Opsporingsmethoden is gedaan door Van de Bunt naar de verwijtbare betrokkenheid van advocaten bij strafbare gedragingen³⁶². Onder verwijtbare betrokkenheid verstaat Van de Bunt niet alleen dat de advocaat zich als (mede)pleger of medeplichtige schuldig maakt aan strafbare feiten maar ook dat de advocaat niet de nodige zorgvuldigheid in acht neemt om te voorkomen dat er misbruik wordt gemaakt van zijn beroepsuitoefening voor criminele doeleinden. In het kader van dit onderzoek heeft Van de Bunt ook de tuchtrechtspraak onderzocht van het Hof van Discipline in de periode januari 1990 – mei 1995, in totaal 692 zaken, waarin hij twee gevallen heeft aangetroffen van verwijtbare betrokkenheid. In het ene geval ging het om een advocaat die contact had gelegd tussen een derde en zijn cliënt die in beperkingen zat³⁶³. Het andere geval betrof een advocaat die een getuige, die een belastende verklaring tegen zijn cliënt had afgelegd, op zijn kantoor had ontboden en deze getuige onder druk zou hebben gezet om de verklaring in te trekken of te wijzigen. Verder zou de advocaat hebben meegewerkt aan het arrangeren van een schijnhuwelijk. Het HvD achtte de eerste klacht over het onder druk zetten van de getuige niet bewezen, maar de tweede klacht met betrekking tot de betrokkenheid bij het schijnhuwelijk gegrond³⁶⁴. Verder heeft hij ook de schrappingen van het tableau onderzocht die in dezelfde periode door de raden van discipline zijn uitgesproken en één geval gevonden van verwijtbare betrokkenheid. In dit geval was de advocaat door de strafrechter veroordeeld ter zake van valsheid in geschrifte en onder andere medeplegen van oplichting en deelname aan een criminele organisatie. De valsheid in geschrifte zag op correspondentie die door de advocaat namens een niet bestaande vennootschap zou zijn gevoerd met een bedrijf dat de XTC zou leveren³⁶⁵. Een kritiekpunt op het onderzoek van Van de Bunt is dat het criterium 'verwijtbare betrokkenheid bij criminele handelingen' vaag is, voorzover dat meer omvat dan handelingen die tevens als strafbare feiten kunnen worden gekwalificeerd. Het feit dat Van de Bunt een situatie waarbij de verdach-

360 RvT Amsterdam, nr. 544, Advocatenblad 1952, p. 88 (de datum van deze uitspraak staat in de publicatie niet vermeld).

361 § 1.12 e.v.

362 Van de Bunt 1996.

363 HvD 20-06-1994, nr. 1887, Advocatenblad 1995, p. 911. Deze uitspraak is ook verwerkt in § 3.9.2.

364 HvD 03-04-1995, nr. 2020, niet gepubl. Deze uitspraak is ook vermeld in § 3.9.1.

365 RvD Den Bosch 20-12-1993, nrs. H 27-1990 en H 91-1991, niet gepubl. De betrokken advocaat werd geschrapt van het tableau. Naar deze zaak is ook verwezen in § 3.7.2.

te zich op zijn zwijgrecht beroept na het bezoek van zijn advocaat kwalificeert als 'verwijtbare betrokkenheid'³⁶⁶ maakt duidelijk dat hij kennelijk van oordeel is dat juridische adviezen, die de waarheidsvinding kunnen belemmeren tevens 'verwijtbare betrokkenheid bij criminele feiten' impliceren, een standpunt dat gelet op de taak van de advocaat als belangenbehartiger van zijn cliënt onhoudbaar is. Het belemmeren van de waarheidsvinding kan in sommige gevallen tuchtrechtelijk laakbaar zijn, met name als de advocaat het justitiële onderzoek met onrechtmatige middelen frustreert of in strijd handelt met de aan de cliënt opgelegde beperkingen³⁶⁷. Het komt de helderheid van een analyse echter niet ten goede, dergelijke handelingen van advocaten aan te merken als 'verwijtbare betrokkenheid bij criminele handelingen', zoals Van de Bunt doet. Het ongeoorloofd belemmeren van de waarheidsvinding hoeft immers nog geen betrokkenheid bij de criminele activiteiten te impliceren. Het ligt meer voor de hand om pas van betrokkenheid bij criminele handelingen te spreken als de advocaat actieve medewerking verleent aan het plegen van strafbare feiten. Gelet op de delictsomschrijvingen van artikel 140 Sr (deelname aan een criminele organisatie), artikel 46 Sr (strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen) en andere deelnemingsvormen³⁶⁸, de bepalingen met betrekking tot valsheid in geschrifte³⁶⁹ en heling³⁷⁰ en het leerstuk van voorwaardelijk opzet, kunnen beroepsmatige adviezen of handelingen van advocaten, die betrekking hebben op het plegen van strafbare feiten, al snel als zelfstandige door de advocaat gepleegde strafbare feiten worden aangemerkt.

In deze paragraaf wordt de tuchtrechtelijke jurisprudentie beschreven met betrekking tot advocaten, die zelf verdacht worden van het plegen van strafbare feiten of die veroordeeld zijn wegens het plegen van strafbare feiten. In afwijking van de overige tuchtrechtelijke jurisprudentie die in dit hoofdstuk wordt besproken, worden hierbij ook tuchtrechtelijke uitspraken betrokken die geen betrekking hebben op gedragingen van advocaten in het kader van de strafpraktijk. Strafbare feiten kunnen ook gepleegd worden in het kader van de civiele praktijk, zoals het verlenen van medewerking aan het opstellen van valse aktes, of in de privé-sfeer. Ook deze uitspraken zijn van belang om een inzicht te krijgen hoe de tuchtrechter omgaat met de betrokkenheid van de advocaat bij strafbare feiten.

Bij de analyse van deze tuchtrechtspraak wordt aandacht besteed aan de navolgende vragen:

366 Zie § 1.12.4.

367 Zie § 3.9 e.v.

368 Art. 47 en 48 Sr.

369 Art. 225 Sr e.v.

370 Art. 416 Sr e.v. Een wetsvoorstel waarin het witwassen van criminele opbrengsten in aparte bepalingen (art. 420bis-420quinqvis Sr) wordt strafbaar gesteld is thans aanhangig in de Tweede Kamer, TK 1999-2000, 27 159. Ook advocaten kunnen in verband met hun honorering al snel strafbaar zijn in verband met deze bepalingen omdat van 'schuldwitwassen' (art. 420quater Sr) al sprake is indien men een redelijk vermoeden heeft dat geld afkomstig is van misdrijf. Zie voor de vragen die hierover zijn gesteld het Verslag, TK 1999-2000, 27 159, nr. 4, p. 6-7.

- In hoeverre geldt het ne bis in idem beginsel in de tuchtrechtspraak? Oftewel, kan een advocaat die strafrechtelijk is vervolgd, wegens hetzelfde feitencomplex ook tuchtrechtelijk worden aangepakt?
- Is een strafrechtelijke vervolging of veroordeling een belemmering voor de uitoefening van het beroep?
- Mag een advocaat, die als medeverdachte wordt beschouwd van zijn cliënt, zijn cliënt als raadsman blijven bijstaan?

Afzonderlijk zal worden ingegaan op de tuchtrechtspraak met betrekking tot de Richtlijnen ter voorkoming van betrokkenheid van advocaten bij criminele handelingen (de zogenaamde Bruyninckx-richtlijnen)³⁷¹, die vooral betrekking hebben op het witwassen van criminele gelden.

3.12.1 *Ne bis in idem?*

Op zichzelf geldt het ne bis in idem beginsel ook binnen het tuchtrecht, maar dit heeft geen externe werking hetgeen betekent dat naast een strafrechtelijke vervolging ook een tuchtrechtelijke beslissing over hetzelfde feitencomplex kan worden gegeven. Dit heeft het HvD uitgemaakt naar aanleiding van een zaak waarin een advocaat strafrechtelijk werd vervolgd wegens het dwingen van vrouwen tot ontuchtige handelingen, van wie één de echtgenote was van een cliënt van de advocaat en een andere een ex-cliente van de advocaat was. Na de veroordeling door de strafrechter in eerste aanleg diende de deken ambtshalve een klacht in tegen de advocaat vanwege deze gedragingen. De advocaat voerde het verweer dat de deken niet ontvankelijk diende te worden verklaard omdat deze door zijn klacht een dubbele bestraffing zou bewerkstelligen. Het HvD wees dit verweer af omdat het tuchtrecht en het strafrecht niet de bescherming van dezelfde belangen beogen. Het Hof oordeelde de gedragingen van de advocaat, die inmiddels ook in hoger beroep was veroordeeld, in het licht van de beroepsuitoefening absoluut ongeoorloofd en ook tuchtrechtelijk verwijtbaar. De advocaat werd geschorst voor de duur van drie maanden³⁷².

In gelijke zin als het HvD in voormelde zaak besliste de RvD Leeuwarden in een zaak waarin een advocaat werd vervolgd vanwege de verdenking dat hij had meegewerkt aan het laten verdwijnen van een vluchtauto die bij een bankoverval was gebruikt³⁷³. De vriendin van zijn cliënt, welke laatste van deze bankoverval werd verdacht, verklaarde tegenover de politie dat de advocaat haar gebeld had met de mededeling dat de betreffende auto 'plat moest'. De advocaat ontkende mededelingen van een dergelijke strekking te hebben gedaan en dit was ook niet uit de telefoontaps af te leiden. De advocaat ontving in de strafzaak een kennisgeving van niet verdere vervolging. De deken had echter ambtshalve een klacht ingediend tegen de advocaat. Een van de verweren van de advocaat was dat in de

371 Gepubliceerd in Advocatenblad 1995, p. 809-814 en Vademecum Advocatuur, Wet- & regelgeving 2000, p. 289-304.

372 HvD 26-08-1996, nr. 2269, Advocatenblad 1997, p. 621.

373 In de strafzaak werd hem de overtreding van art. 189 Sr (begunstiging) tenlastegelegd.

tuchtzaak het ne bis in idem beginsel van toepassing is en dat de deken niet ontvankelijk diende te worden verklaard. De RvD overweegt naar aanleiding van dit verweer dat een beroep op het ne bis in idem beginsel in casu niet opgaat omdat er geen sprake is van strafrechtelijke vervolging in de zin der wet. Verder overweegt de RvD dat een strafrechtelijke vervolging tuchtrechtelijk optreden onverlet laat en dat deze naast elkaar kunnen bestaan. De klacht wordt echter niet gegrond bevonden omdat ook de RvD van oordeel is dat onvoldoende is komen vast te staan dat de advocaat aan de vriendin van zijn cliënt zou hebben doorgegeven dat de vluchtauto moest verdwijnen³⁷⁴. Overigens geldt hetzelfde voor de omgekeerde situatie: als de tuchtrechter oordeelt dat strafoplegging niet gerechtvaardigd is, dan staat dit een strafrechtelijke vervolging voor hetzelfde feitencomplex niet in de weg³⁷⁵.

Alhoewel een strafrechtelijke en tuchtrechtelijke vervolging naast elkaar kunnen plaatsvinden wordt er in de tuchtrechtspraak wel rekening gehouden met een strafrechtelijke veroordeling bij de bepaling van de op te leggen maatregel. Dit kan worden afgeleid uit een zaak waarin een advocaat met een straatklinker een ruit had ingegooid van een ander advocatenkantoor. Het advocatenkantoor diende een klacht in tegen de advocaat en hangende de klachtprocedure werd de advocaat zowel door de politierechter als in appel door het hof veroordeeld wegens opzettelijke en wederrechtelijke vernieling. Op grond hiervan neemt de RvD Amsterdam aan dat de aan de advocaat verweten gedraging is komen vast te staan en dat de advocaat door zijn grove optreden de goede naam van de advocatuur onnodig heeft geschaad en derhalve niet heeft gehandeld zoals een behoorlijk advocaat betaamt. Alhoewel de RvD in principe van oordeel is dat de gedraging van de advocaat een zware maatregel rechtvaardigt, acht de raad in het onderhavige geval "nu verweerder voor dezelfde gedraging ook reeds strafrechtelijk is veroordeeld" de maatregel van enkele waarschuwing op zijn plaats³⁷⁶.

De belangrijkste overweging een beroep op het ne bis in idem beginsel af te wijzen als de advocaat zowel strafrechtelijk als tuchtrechtelijk wordt vervolgd is, dat het tuchtrecht en het strafrecht niet de bescherming van dezelfde belangen beogen. Uit de bovengenoemde uitspraken blijkt dat de tuchtrechter deze overweging niet nader motiveert. Aangenomen mag worden dat aan deze overweging ten grondslag ligt dat het tuchtrecht niet alleen een punitief doel heeft maar vooral ten doel heeft te waarborgen dat de aan het tuchtrecht onderworpen advocaten – in het belang van de rechtzoekenden – aan zodanige eisen voldoen dat het vertrouwen in de advocatuur niet wordt geschaad. Met andere woorden: het tuchtrecht heeft vooral een purgatoire functie³⁷⁷. Wat nu precies moet worden verstaan onder deze purgatoire functie wordt helder verwoord door Doornbos en De Groot-Van Leeuwen:

374 RvD Leeuwarden 07-05-1996, nr. 45/96, Advocatenblad 1997, p. 312.

375 HR 15-01-1985, NJ 1985, 450; HR 03-06-1986, NJ 1987, 84.

376 RvD Amsterdam 16-12-1996, nr. 96/075 H, niet gepubl.

377 Dit wordt met zoveel woorden overwogen in RvD Den Bosch 20-12-1993, nrs. H 27-1990 en H 91-1991, niet gepubl., waarbij de vraag centraal stond of onrechtmatig verkregen bewijs in een strafzaak mag worden gebruikt in een tuchtzaak. De RvD achtte dit wel toelaatbaar omdat in het tuchtrecht de purgatoire functie van overwegende betekenis is. Zie ook § 3.7.2.

"Door het tuchtrechtelijk optreden kan een geschonden aanzien, bijvoorbeeld door negatieve publiciteit, hersteld worden. Naar buiten toe laat de beroepsgroep met het tuchtrecht zien dat klachten serieus worden genomen; voor de beroepsgroep zelf kunnen via de klachten misstanden en tekortkomingen zichtbaar worden die vervolgens kunnen leiden tot beleidsaanpassingen. De uitspraken van de tuchtrechter dragen bij tot ethisch bewustzijn en normvormende discussie binnen de beroepsgroep. Dit versterkt de onderlinge band tussen advocaten. Tegelijkertijd kan aan beunhazen, charlatans, onwelkome nieuwlichters, dissidenten of concurrenten duidelijk worden gemaakt dat er voor hen geen plaats is binnen de beroepsgroep. Het tuchtrecht heeft zo een regulerende werking"³⁷⁸.

3.12.2 *Strafbare feiten en de uitoefening van het beroep*

Bij het overzicht van de gedragsregels in § 3.5.1.1 is aangegeven dat privé-gedragingen van advocaten alleen dan tuchtrechtelijk van belang zijn als er aanknopingspunten zijn met de praktijkuitoefening of indien de gedragingen als zodanig absoluut ongeoorloofd worden geacht. In de meeste gevallen wordt het plegen van strafbare feiten geschaard onder de laatste categorie, namelijk als een gedraging die absoluut ongeoorloofd wordt geacht, ook al is het strafbare feit niet gepleegd in verband met de beroepsuitoefening. Soms wordt aan het plegen van strafbare feiten in de tuchtrechtspraak de consequentie verbonden dat dit een belemmering is voor de uitoefening van het beroep van advocaat. De tuchtrechtelijke uitspraken die betrekking hebben op de vraag of een strafrechtelijke veroordeling een belemmering vormt voor de uitoefening van het beroep kunnen worden onderverdeeld in twee categorieën: de uitspraken die betrekking hebben op het verzet van de Raad van Toezicht tegen een inschrijving (als advocaat) vanwege een strafrechtelijke veroordeling van de jurist (aspirant-advocaat) die om inschrijving verzoekt en uitspraken die betrekking hebben op praktiserende advocaten tegen wie een strafvervolg is ingesteld.

3.12.2.1 *Verzet tegen inschrijving*

Artikel 46 Advocatenwet is alleen van toepassing op het handelen en nalaten van iemand gedurende de periode dat hij advocaat is³⁷⁹. Voorafgaande aan de beëdiging kan de Raad van Toezicht tegen de inschrijving als advocaat op grond van artikel 4 Advocatenwet verzet doen, onder andere indien de gegronde vrees bestaat dat de verzoeker als advocaat inbreuk zal maken op de voor de advocaten geldende wetten, verordeningen en besluiten of zich anderszins schuldig zal ma-

378 Doombos en De Groot-Van Leeuwen 1997, p. 16-17.

379 Dit lijkt vanzelfsprekend, maar wordt met zoveel woorden overwogen in RvD Den Haag 04-01-1988, nr. R 142/87.54, niet gepubl. Dit betreft een zaak waarin iemand voorafgaande aan zijn beëdiging werd vervolgd in het buitenland. Volgens de RvD kon hij hiervoor niet tuchtrechtelijk worden aangesproken, maar had de betrokkene dit wel moeten melden tijdens de gesprekken met de Raad van Toezicht over zijn beëdiging. In casu was het echter niet duidelijk of de betrokkene ten tijde van de gesprekken met de RvT op de hoogte was van het feit dat hij vervolgd werd.

ken aan enig handelen of nalaten dat een behoorlijke advocaat niet betaamt³⁸⁰. Het gevolg van een beschikking van de Raad van Toezicht houdende verzet is dat de aspirant-advocaat niet kan worden beëdigd³⁸¹. Tegen de beschikking houdende verzet kan de aspirant-advocaat op grond van artikel 5 Advocatenwet beklag doen bij het Hof van Discipline.

Uit de uitspraken van het HvD in zaken waarbij strafbaar handelen de grondslag vormt voor het doen van verzet blijkt, dat het niet nodig is dat de aspirant-advocaat onherroepelijk voor een strafbaar feit is veroordeeld. Reeds het feit van een veroordeling in eerste instantie rechtvaardigt volgens het HvD de vrees dat hij inbreuk zal maken op artikel 46 Advocatenwet. Wel kan de betrokkene hernieuwde inschrijving verlangen als hij in appel wordt vrijgesproken³⁸². Ook in een geval waarin de verzoeker tot inschrijving tegenover een RC in een faillissement had toegegeven dat hij zich schuldig had gemaakt aan valsheid in geschrifte en uitlokking van meened, acht het HvD voldoende grond aanwezig om te vrees dat de verzoeker zich schuldig zal maken aan overtreding van artikel 46 Advocatenwet, ook al is de betrokkene niet strafrechtelijk vervolgd. Daarbij oordeelt het HvD dat het er niet toe doet of de gedragingen strafrechtelijk als zodanig kunnen worden gekwalificeerd, met name omdat de misdrijven liggen op het terrein van het geven van juridische adviezen en het concipiëren van contracten³⁸³.

Zoals hierna zal blijken vormt de veroordeling voor een strafbaar feit voor de tuchtrechter soms een grond de betrokken advocaat van het tableau te schrappen. Het is mogelijk dat de gewezen advocaat na verloop van tijd een verzoek doet tot hernieuwde inschrijving. In dergelijke gevallen onderzoekt het HvD of de vrees voor overtreding van artikel 46 Advocatenwet nog actueel is. Daarbij gaat het HvD na of de instelling van de klager zodanig is gewijzigd dat deze weer tot de advocatuur kan worden toegelaten. Hierbij geldt het uitgangspunt dat het verleden iemand niet altijd kan worden nagedragen. Als de klager echter ondanks een onherroepelijke veroordeling blijft stellen dat hij ten onrechte is veroordeeld of in strijd met de waarheid zijn betrokkenheid bij een strafbaar feit blijft ontkennen, dan kan hierin aanleiding worden gezien de gegronde vrees voor overtreding van artikel 46 Advocatenwet nog steeds aanwezig te achten, ook indien het gaat om feiten die respectievelijk 19,5 en 13,5 jaren geleden zijn gepleegd³⁸⁴.

380 Art. 4 lid 2b Advocatenwet.

381 Art. 4 lid 1 Advocatenwet.

382 HvD 17-10-1988, nr. 1219, niet gepubl. Zie ook HvD 27-08-1990, nr. 1427, niet gepubl. waarin een verzet tegen een hernieuwde inschrijving wordt vernietigd omdat de betrokken advocaat, die in eerste aanleg was veroordeeld wegens uitlokking van diefstal en geweldpleging en zich van het tableau had laten afvoeren, in appel werd vrijgesproken. Het HvD komt op grond van studie van het strafdossier tot de conclusie dat een vrijspraak heeft plaatsgevonden omdat het hof de strafbare feiten niet bewezen achtte.

383 HvD 01-05-1989, nr. 1285, niet gepubl.

384 HvD 17-06-1991, nr. 1526, niet gepubl.: in deze zaak was de advocaat onherroepelijk veroordeeld wegens deelneming aan bedrieglijke bankbreuk en was ook het cassatieberoep tegen deze veroordeling verworpen. De klager, die geschrapt was van het tableau, bleef echter volhouden dat de feiten anders waren dan in de strafzaak was vastgesteld; HvD 30-01-1995, nr. 1941, Advocatenblad 1995, p. 1137: het verzet van de RvT wordt gegrond geacht, ook als is

3.12.2.2 *Bewijs van strafbaar feit*

De tuchtrechter beoordeelt zelfstandig de feiten die ten grondslag liggen aan de beschuldiging van een strafbaar feit. Indien de strafrechter onherroepelijk tot een veroordeling is gekomen dan staan deze feiten voor de tuchtrechter vast. Kijkt het echter niet tot een strafrechtelijke veroordeling dan onderzoekt de tuchtrechter de feiten zelfstandig. Dat betekent dat ook in een geval dat er een kennisgeving van niet verdere vervolging in de strafzaak is afgegeven, de tuchtrechter aan de hand van het strafdossier en de gegevens uit de tuchtzaak onderzoekt of er sprake was van het plegen van tuchtrechtelijk laakbaar handelen³⁸⁵. Daarbij doet het er niet toe of de feiten ook als strafbaar feit kunnen worden gekwalificeerd. Dit kan worden afgeleid uit een zaak waarin de advocaat zijn cliënte, die in verband met een drugsdelict in alle beperkingen zat, volmachten had laten tekenen waarbij zij haar dochter machtigde te beschikken over haar bankrekeningen. Deze volmachten had hij vervolgens zonder toestemming van de RC en buiten de mededeweten aan de dochter gegeven. De officier van justitie diende een klacht in wegens misbruik van vrij verkeer en medeplichtigheid aan heling. De RvD aanvaardde de klacht met betrekking tot het misbruik van vrij verkeer terecht, maar aanvaardde zich niet bevoegd te oordelen of de advocaat zich schuldig had gemaakt aan enig strafbaar feit en zag ook tuchtrechtelijk onvoldoende grondslag om de advocaat verantwoordelijk te stellen voor het gebruik van de eenmaal afgegeven volmachten³⁸⁶. Ook als de advocaat zelf bekend heeft strafbare feiten te hebben gepleegd of in de tuchtzaak de hem tenlastegelegde feiten onvoldoende heeft weersproken en het (nog) niet tot een strafrechtelijke vervolging is gekomen of niet tot een onherroepelijke veroordeling, dan gaat de tuchtrechter zelfstandig na of er sprake is van tuchtrechtelijk laakbaar handelen³⁸⁷.

dit gedaan 4 jaren na de veroordeling voor een strafbaar feit, omdat de advocaat nog steeds de onaanvaardbaarheid van zijn optreden dat heeft geleid tot de strafvervolging niet inziet; HvD 08-04-1991, nr. 1490, Advocatenblad 1992, p. 17: deze zaak heeft betrekking op 4 strafrechtelijke veroordelingen die dateren van resp. 19,5 en 13,5 jaren geleden. Bij zijn verzoek om herinschrijving heeft de ex-advocaat echter zijn betrokkenheid bij een van deze strafzaken ontkend en gesteld dat hij helemaal niet op de hoogte was gesteld van enige vervolging of veroordeling terzake, zulks in strijd met de feiten die door het OM aan de Raad van Toezicht ter kennis was gebracht.

385 Dit blijkt bijvoorbeeld uit RvD Leeuwarden 07-05-1996, nr. 45/96, Advocatenblad 1997, p. 312, waarin de RvD tot de conclusie komt dat het strafdossier onvoldoende bewijs bevat voor de betrokkenheid van de advocaat bij het laten verdwijnen van een vluchtauto die gebruikt was bij een bankoverval; HvD 03-04-1995, nr. 2020, niet gepubl.: waarin het HvD concludeert dat er onvoldoende is komen vast te staan dat de advocaat getuigen onder dreiging hun belastende verklaringen zou hebben laten intrekken.

386 RvD Den Bosch, 24-10-1988, Advocatenblad 1989, p. 570.

387 RvD Den Bosch 24-03-1997, nr. H 153-1996, niet gepubl.: in deze zaak had de advocaat bekend valsheid in geschrifte te hebben gepleegd. Hij was nog niet veroordeeld. Op grond van deze bekentenis stelt de RvD vast dat de advocaat tuchtrechtelijk laakbaar heeft gehandeld; HvD 14-03-1994, nr. 1886, Advocatenblad 1994, p. 945: de advocaat was van het tableau geschrapt wegens een nog niet in kracht van gewijsde gegaan strafbaar feit. Het HvD oordeelt dat een vonnis dat in nog niet in kracht van gewijsde is gegaan als zodanig niet als grondslag kan worden gebezigd voor een disciplinaire maatregel. Dit neemt volgens het HvD niet weg

3.12.2.3 *Tuchrechtelijke sancties bij handelingen die tevens een strafbaar feit (kunnen) inhouden*

Al vormt een strafrechtelijke vervolging of veroordeling vaak een aanleiding om verzet te doen tegen de inschrijving van een aspirant-advocaat met als gevolg dat deze niet tot de advocatuur wordt toegelaten, als een praktiserend advocaat strafrechtelijk wordt vervolgd of veroordeeld, dan wordt niet in alle gevallen de zwaarste maatregel, schrapping van het tableau, uitgesproken. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het een geval waarbij een advocaat voor het gooien van een straatklinker door de ruit van een ander advocatenkantoor de maatregel van enkele berisping kreeg opgelegd³⁸⁸. De advocaat die de echtgenote van een cliënt en een excliënte had gedwongen tot ontuchtige handelingen werd bestraft met een schorsing van drie maanden³⁸⁹. Verder kunnen nog de volgende uitspraken worden genoemd waarbij lichtere maatregelen dan een schrapping van het tableau werden opgelegd. In deze zaken is het niet gekomen tot een strafrechtelijke vervolging en/of veroordeling. In de meeste gevallen heeft de officier van justitie hetzij zelf een klacht ingediend³⁹⁰, hetzij de deken geïnformeerd, die vervolgens ambtshalve een klacht heeft ingediend:

- De betrokkenheid bij het opzetten van een schijnhuwelijk levert een advocaat een schorsing van twee weken op. In deze zaak was de advocaat blijkens getuigenverklaringen ervan op de hoogte dat het ging om een schijnhuwelijk en had hij de toekomstige huwelijkspartner van zijn cliënt geadviseerd over de voorwaarden waaraan hij moest voldoen. Verder had de advocaat bewust en in strijd met de waarheid aan de vreemdelingendienst bericht dat de toekomstige echtelieden elkaar al langer dan zes maanden kenden en dat zij de laatste drie maanden frequent met elkaar in contact waren geweest³⁹¹.
- Een advocaat die voor zijn cliënte gedurende een half jaar een stof in bewaring hield, die cocaïne bleek te zijn en ook zijn paspoort in bewaring hield kreeg een straf van berisping opgelegd. De advocaat had aanvankelijk geen idee om welke stof het ging, maar heeft deze later laten onderzoeken door een bevriende apotheker, die vaststelde dat het om cocaïne ging. Daarna heeft de advocaat de stof nog een half jaar onder zich gehouden alvorens zich te wen-

dat feiten niet deugdelijk zijn weersproken. Daarom acht het HvD de maatregel onjuist gemotiveerd, maar wel gegrond.

388 RvD Amsterdam 16-12-1996, nr. 96/075 H, niet gepubl.

389 HvD 26-08-1996, nr. 2269, Advocatenblad 1997, p. 621.

390 In de gevallen waarbij door het handelen van de advocaat tevens het opsporingsbelang was geschaad, nl: HvD 03-04-1995, nr. 2020, niet gepubl. en RvT Amsterdam, 15-10-1981, Advocatenblad 1982, p. 547.

391 HvD 03-04-1995, nr. 2020, niet gepubl. Dit werd al eerder beslist door RvD Amsterdam 16-11-1992, Advocatenblad 1993, p. 529, waarin de raad overweegt dat het een advocaat niet betaamt mee te werken aan het tot stand brengen van schijnrelaties om een allochtoon in aanmerking te laten komen voor een verblijfsvergunning.

den tot de deken met de vraag wat hij ermee moest doen. De deken heeft hem toen geadviseerd de stof bij de politie in te leveren. De RvT Amsterdam is van oordeel dat hij – gelet op de feiten waarvan zijn cliënte verdacht werd – van meet af aan had moeten vermoeden waar het om ging en dat hij de stof niet in bewaring had moeten nemen of meteen aan de politie had moeten afgeven. Als de advocaat van oordeel zou zijn dat de afgifte van de cocaïne nadelig zou kunnen zijn voor zijn cliënte, dan had hij de tussenkomst van de deken kunnen inroepen. Ook het in bewaring nemen van het paspoort (de cliënte had de Duitse nationaliteit) acht de RvT verwijtbaar omdat een vreemdeling op grond van de vreemdelingenwet zijn paspoort steeds bij zich moet dragen. Toen de vreemdelingendienst de advocaat om afgifte van het paspoort had gevraagd, had de advocaat dit geweigerd. Ook dit is tuchtrechtelijk laakbaar. Hij had het paspoort weliswaar niet aan de vreemdelingendienst behoeven af te geven maar had dit wel aan zijn cliënte moeten geven. Interessant – in verband met de hiervoor genoemde zaak met betrekking tot betrokkenheid bij een schijnhuwelijk – is verder, dat de advocaat zijn cliënte had medegedeeld dat zij niet zou worden uitgeleverd als zij de Nederlandse nationaliteit zou verwerven, bijvoorbeeld door een huwelijk met een Nederlander. De cliënte is daarop met een Nederlander getrouwd. Ook hierover werd door de hoofdofficier van justitie een klacht ingediend, omdat de advocaat zou hebben meegewerkt aan een schijnhandeling. De RvT acht een advies zoals door de advocaat gegeven in zijn algemeenheid niet ontoelaatbaar. De omstandigheid dat zijn cliënte vervolgens zelf het initiatief heeft genomen om tot een zodanig huwelijk te komen kan de advocaat niet worden aangerekend. Wel was het volgens de RvT verstandiger geweest dat de advocaat zich verder niet meer zou hebben ingelaten met het leggen van contacten terzake. Maar dit optreden was volgens de raad niet van dien aard dat hierdoor de belangen van de cliënte op ontoelaatbare wijze waren behartigd³⁹².

- Een reeds in hoofdstuk 2 genoemde zaak³⁹³ betreft de arrestatie van alle advocaten en medewerkers van het Advocatenkollektief-Noord te Amsterdam op 9 oktober 1980, vanwege het feit dat bij het kollektief een affiche voor de ramen hing met de oproep om deel te nemen aan het protest tegen de opening van de metro, welk affiche door het OM als opruiend werd beschouwd. De advocaten werden strafrechtelijk vervolgd voor het openbaar tentoonstellen van een opruiend geschrift, maar zijn door het Hof Amsterdam hiervan op 16 december 1981 vrijgesproken. In een tegen de advocaten aangespannen tuchtrechtelijke zaak wordt aan de advocaten door het Hof van Discipline uiteindelijk een enkele waarschuwing opgelegd, omdat bij het publiek de indruk zou kunnen hebben ontstaan dat de advocaten de handelingen die in het affiche opgesomd waren³⁹⁴ en die door het Hof van Discipline worden gekwalificeerd

392 RvT Amsterdam, 15-10-1981, Advocatenblad 1982, p. 547.

393 § 1.8.6.

394 Het affiche is in het Advocatenblad van 1980 afgedrukt en uit nostalgische overwegingen opnieuw in het jubileumnummer 75 jaar Advocatenblad, 1995, p. 1068 en daarin wordt onder

als oproeping tot opzettelijke zaakvernietiging, zouden goedkeuren. Dit wordt aangemerkt als een handelen dat een behoorlijk advocaat niet betaamt³⁹⁵.

- Vrij sensationeel is de zaak waarbij een advocaat betrokken was bij het beraamen en uitvoeren van een overval op het voor de Engelse kust gelegen eiland Sealand, waarvan een cliënt van de advocaat stelde eigenaar en soeverein te zijn en waarbij de zoon van de cliënt, waarvoor de advocaat eveneens als adviseur optrad, werd gegijzeld en per helikopter werd ontvoerd naar Scheveningen. In deze zaak is de klacht ingediend door de ex-client en uit de beslissing blijkt niet of het OM bemoeienis met de zaak heeft gehad. Het HvD overweegt dat de advocaat zich verre had moeten houden van dit soort gewelddadige acties en neemt het de advocaat vooral kwalijk dat deze gericht waren tegen zijn eigen cliënt. In de strafmaat wordt verdisconteerd dat de gebeurtenissen meer de advocaat hebben meegesleept dan dat deze zelf de gebeurtenissen heeft beïnvloed, alhoewel dat niet als excuus voor zijn gedrag kan gelden en hem wordt een schorsing voor de duur van twee weken opgelegd³⁹⁶.
- Tot slot kan nog de zaak worden genoemd waarbij een advocaat betrokken raakt in een handgemeen en tegenover de politie heeft bekend dat het goed mogelijk is dat hijzelf ook geschopt en geslagen heeft. Hij wordt door de politierechter veroordeeld wegens eenvoudige mishandeling en heeft tegen het vonnis hoger beroep ingesteld. De RvD stelt voorop dat de handelingen van de advocaat niet geschieden in zijn praktijkuitoefening en dat de advocaat als privé-persoon handelde. Een dergelijk handelen is volgens de raad slechts dan tuchtrechtelijk laakbaar indien de gedraging als absoluut ongeoorloofd voor een advocaat moet worden beschouwd en dat was volgens de raad het geval. Ook al was het vonnis van de politierechter niet onherroepelijk, het gedrag dat de advocaat tegenover de politie heeft erkend past absoluut niet bij de gedragsnormen waaraan een advocaat in het maatschappelijk leven dient te voldoen. Bovendien blijkt uit de feiten dat de advocaat zelf de problemen tot twee maal toe had opgezocht. Daardoor heeft de advocaat het vertrouwen in de advocatuur geschaad. De RvD legt een voorwaardelijke schorsing op van twee maanden³⁹⁷.

het motto "doe wat je wilt, als het maar protest is" een programma voorgesteld om o.a. metrowerken te saboteren, (voor liefhebbers) het metrotraject dat geopend wordt te bestoken met lichte en zwaardere middelen, en metrotreinen te bewerken.

395 HvD 16-11-1981, Advocatenblad 1983, p. 163.

396 HvD 04-02-1980, nr. 533, Advocatenblad 1980, p. 504.

397 RvD Den Bosch 06-11-1995, nr. R. 57-1995, niet gepubl.

Bij strafrechtelijke veroordelingen wegens de deelname van de advocaat (samen met cliënten) aan een criminele organisatie, bedrieglijke bankbreuk, valsheid in geschrifte of oplichting is in alle gevallen, die geleid hebben tot een tuchtrechtelijke vervolging (vijf) de maatregel van schrapping van het tableau opgelegd³⁹⁸.

3.12.2.4 Grensgevallen

Het plegen van strafbare feiten wordt door de tuchtrechter aangemerkt als een handelen dat een advocaat niet betaamt. In de gevallen dat er geen strafrechtelijke veroordeling is uitgesproken toetst de tuchtrechter of de feiten gekwalificeerd kunnen worden als handelingen die tuchtrechtelijk laakbaar zijn. Uit een aantal zaken dat hiervoor is genoemd, blijkt hoe vaag de grens is tussen wat tuchtrechtelijk wel en niet door de beugel kan. Illustratief zijn de twee zaken die vermeld zijn onder § 3.12.2.3 met betrekking tot het verlenen van medewerking aan het sluiten van een schijnhuwelijk. In het ene geval waarin de advocaat op de hoogte was van het aangaan van een schijnhuwelijk, in verband daarmee had geadviseerd en aan de vreemdelingendienst gegevens had verstrekt die in strijd met de waarheid waren, werd de advocaat de maatregel van schorsing van twee weken opgelegd³⁹⁹. In het andere geval, waarin de cliënt na een mededeling van de advocaat dat zij niet zou worden uitgeleverd als zij de Nederlandse nationaliteit zou verkrijgen door een huwelijk met een Nederlander, zelf het initiatief had ondernomen tot het aangaan van een schijnhuwelijk, achtte de RvT Amsterdam dit niet tuchtrechtelijk laakbaar, ook al had de advocaat zich ingelaten met het 'leggen van contacten terzake'⁴⁰⁰. Waar gaat het geven van juridisch advies over in ongeoorloofde betrokkenheid bij strafbare feiten? In hoeverre is de advocaat verantwoordelijk voor de acties die zijn cliënt onderneemt naar aanleiding van zijn juridische adviezen? Hoe ver moet de advocaat gaan in zijn controle naar de juistheid van de gegevens die zijn cliënt hem verstrekt? Twee zaken verdienen in dit verband aparte vermelding omdat deze betrekking hebben op het grensgebied van strafbare betrokkenheid van de advocaat bij criminele activiteiten en tuchtrechtelijk laakbaar handelen.

Het eerste geval heeft betrekking op de bemiddeling van een advocaat bij de terugbezorging van twee gestolen schilderijen van Van Gogh. De advocaat had aan de officier van justitie voorgesteld dat een cliënt die zich in voorlopige hech-

398 RvD Den Bosch 20-12-1993, nrs. H 27-1990 en H 91-1991, niet gepubl. (medeplegen van oplichting en poging tot oplichting en deelname aan een criminele organisatie); RvD Den Bosch 24-03-1997, nr. H 153-1996, niet gepubl. (valsheid in geschrifte); RvT Rotterdam 23-10-1986, nr. 683f, niet gepubl. (bedrieglijke bankbreuk; deze beslissing werd later door het HvD op formele gronden vernietigd omdat in verband met de inwerkingtreding van het nieuwe tuchtrecht de RvT niet meer bevoegd was om over de klacht te oordelen en de klacht had moeten worden doorgestuurd naar de Raad van Discipline); HvD 14-06-1993, nr. 1750, niet gepubl. (valsheid in geschrifte); HvD 14-03-1994, nr. 1886, Advocatenblad 1994, p. 945 (valsheid in geschrifte).

399 HvD 03-04-1995, nr. 2020, niet gepubl.

400 RvT Amsterdam, 15-10-1981, Advocatenblad 1982, p. 547.

tenis bevond, de teruggave kon bewerkstelligen van twee gestolen schilderijen van Van Gogh, in ruil waarvoor de cliënt een 'deal' wilde met betrekking tot de tegen hem lopende strafzaak. Het voorstel werd in eerste instantie door de officier van justitie afgewezen onder de mededeling dat in de executiefase van de lopende strafzaak verder overleg zou kunnen plaatsvinden. Een en ander lekte uit naar de pers en de advocaat werd benaderd door een journalist van het NRC Handelsblad. In een daaropvolgende publicatie d.d. 21 januari 1994 stond vermeld: "De advocaat zegt het vreemd te vinden dat zo moeilijk wordt gedaan over een paar maanden gevangenisstraf, terwijl de inzet "onvervangbaar cultuurbezit" is. Die lege plekken blijven ons maar aanstaren in Den Bosch, aldus de advocaat. Misschien zien ze bij WVC wat voor kans er ligt om deze schilderijen terug te krijgen". Uiteindelijk is tussen de advocaat en de procureur-generaal voor de datum van de behandeling van het hoger beroep in de strafzaak tegen de cliënt een afspraak gemaakt, die ertoe geleid heeft dat de twee gestolen Van Gogh's zijn teruggegeven en dat het door het openbaar ministerie ingestelde hoger beroep in de strafzaak alsnog is ingetrokken. Naar aanleiding van deze gang van zaken dient de Amsterdamse deken een klacht in tegen de advocaat luidende dat de advocaat zich bezig heeft gehouden met het "te gelde maken, althans het helpen bij het te gelde maken van gestolen goed, zonder dat dat gestolen goed direct verband hield met de strafzaak van de desbetreffende cliënt". Ook werd de advocaat verweten de 'deal' in de pers te hebben aangeprezen, zoals hiervoor is aangegeven. De RvD Amsterdam overweegt naar aanleiding van deze klacht:

"dat het bedingen van enig voordeel in verband met de teruggave van gestolen goed in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden, oplevert een handelen dat een behoorlijk advocaat niet betaamt. In de onderhavige zaak is de raad van oordeel dat van zodanige bijzondere omstandigheden sprake is en dat de verweerder deze grens van betamelijkheid, zoals genoemd in artikel 46 Advocatenwet, niet heeft overschreden en dat niet kan worden gezegd dat hij op oneigenlijke wijze gebruik heeft gemaakt van de op hem als advocaat rustende geheimhoudingsplicht. Als zodanige bijzondere omstandigheden zijn aan te merken het feit dat verweerder in deze gehandeld heeft in overleg met en met instemming van de vertegenwoordigers van het Openbaar Ministerie en het feit dat met de teruggave van de twee gestolen schilderijen van Van Gogh een aanmerkelijk maatschappelijk belang was gediend. Deze omstandigheden leveren voldoende rechtvaardiging op voor het gewraakte handelen van verweerder".

De deken stelt beroep in en voert daarin het volgende aan. Het is niet de eerste keer dat betrokken advocaat tuchtrechtelijk wordt aangesproken in verband met de bemiddeling bij de teruggave van gestolen goederen. In een eerdere uitspraak heeft de RvD Amsterdam geoordeeld dat de advocaat heeft gehandeld op een wijze die een behoorlijk advocaat niet betaamt. In die zaak betrof het een bemiddeling bij de teruggave aan de rechthebbende van gestolen spaarbrieven en overwoog de RvD:

"Verweerder heeft gehandeld op een wijze die een behoorlijk advocaat niet betaamt. Immers, het gewraakte optreden van verweerder kan niet anders worden aangemerkt dan als een verlenen van medewerking aan het te gelde maken van gestolen goed. Het is aannemelijk, zo niet voor de hand liggend, dat de cliënt van verweerder zich tot verweerder wendde vanwege

de geheimhoudingsplicht van verweerder als advocaat. Aldus wordt door de cliënt van verweerder op een oneigenlijke wijze gebruik gemaakt van deze geheimhoudingsplicht, waaraan verweerder hem de gelegenheid bood. Niet geheel uitgesloten is, dat zich in een soortgelyk geval zeer bijzondere omstandigheden voordoen, die een bemiddeling door een advocaat rechtvaardigen, maar dergelijke omstandigheden zijn hier niet aanwezig. Het financiële belang van N. bij de teruggave van de gestolen spaarbrieven is daartoe in elk geval niet voldoende.⁴⁰¹

De deken kan zich niet vinden in het oordeel van de RvD dat in de Van Ghezaak sprake zou zijn van zeer bijzondere omstandigheden zoals door de RvD in de eerdere uitspraak aangegeven. De advocaat heeft met zijn bemiddeling volgens de deken meegeholpen aan het te gelde of ter waarde maken van de gestolen waar en dat dit in overleg met en met instemming van het OM geschiedde, het aan het onjuist handelen van de advocaat niet af: "Immers zou een dergelijk indelen van een advocaat zijn toegestaan, dan zou daarmee het 'afzetgebied' aan het criminele circuit van gestolen waar aanmerkelijk worden vergroot, hetgeen strijd met de wet en het algemeen belang zou zijn. Dat zou volgens de deken alleen anders zijn indien de cliënt van de advocaat zelf één van de ontvreemders van de schilderijen zou zijn omdat in dat geval de verdachte met behulp van zijn advocaat (ingezins) terug komt op zijn schonevel. Volgens de deken is ook wel degelijk misbruik gemaakt van de geheimhoudingsplicht van de advocaat, omdat de houder van de gestolen waar ook zelf contact met het OM had kunnen opnemen, maar dat niet deed gelet op de daaraan voor hem verbonden risico's op strafrechtelijk gebied.

Maar het Hof van Discipline acht de bezwaren van de deken ongegrond en gaat voor wat betreft de toelaatbaarheid van de activiteiten van de advocaat nog verder dan de raad in deze en de eerdere beslissing aanvaardbaar achtte:

- "5. Het Hof kan zich niet verenigen met het algemene uitgangspunt van de Raad dat een advocaat, optredend in een strafzaak, zich in beginsel gedraagt zoals een behoorlijk advocaat niet betaamt als hij jegens het Openbaar Ministerie enig voordeel bedingt ten behoeve van zijn cliënt door middel van de teruggave van gestolen goed. Niet van principeel belang oordeelt het Hof daarbij of het gestolen goed al dan niet in verband staat met de zaak waarin de advocaat zijn cliënt bijstaat. Het dienen van het cliëntenbelang zou naar het oordeel van het Hof daardoor immers onnodig en op onredelijke wijze kunnen worden ingeperkt.
6. Een advocaat dient ervoor te waken dat hij bij zijn handelen in een geval als het onderhavige niet betrokken raakt bij criminele ondernemingen en organisaties. Voorts dient hij te vermijden dat zijn vrijheid en onafhankelijkheid in de uitoefening van zijn beroep in gevaar komt. Hij heeft derhalve – gelet op het openbaar belang bij een goede beroepsuitoefening – steeds beroepsethische afwegingen te maken.
7. In casu heeft verweerder van zijn cliënt, en derhalve niet van derden, vernomen dat de gestolen schilderijen zouden kunnen terugkomen als verweerders cliënt daarmee gehol-

401 RvD Amsterdam, 30-05-1994, nr. 93/84A, Advocatenblad 1995, p. 911.

pen zou kunnen worden. Niet aannemelijk is geworden dat verweerders handelen vervolgens niet voldaan heeft aan de hiervoor omschreven criteria.

8. Uit de beslissing van de Raad kan worden afgeleid dat de Raad een optreden als dat van verweerder onder meer in beginsel onbetamelijk oordeelt, omdat aldus op oneigenlijke wijze gebruik wordt gemaakt van de geheimhoudingsplicht van de advocaat.

Ook in dit oordeel kan het Hof de Raad niet volgen. Nog buiten beschouwing gelaten dat in casu in het geheel niet gebleken is dat de geheimhoudingsplicht een rol heeft gespeeld, het is in de opvatting van het Hof een zaak van maatschappelijk belang dat een advocaat tot geheimhouding is verplicht van al hetgeen hem met betrekking tot de behandeling van een zaak bekend wordt. De geheimhoudingsplicht strekt zich ook uit tot informatie met betrekking tot de herkomst van gestolen zaken die worden aangewend zoals in casu is geschied. Het daarmee verbonden bezwaar voor de waarheidsvinding moet wijken voor eerder genoemd maatschappelijk belang⁴⁰².

In deze uitspraak betrof het 'voordeel' van de cliënt een voordeel in de strafrechtelijke procedure⁴⁰³. Men kan zich voorstellen dat het iets anders is, als de advocaat met de eigenaar zelf onderhandelt over de teruggave van een gestolen goed, en daarbij voor zijn cliënt, die het goed gestolen of geheeld heeft, een (aanzienlijke) prijs bedingt. In een dergelijk geval fungeert de advocaat als verlengstuk van zijn cliënt om hem af te schermen. Bovendien ligt het in een dergelijke situatie meer voor de hand dat de advocaat zich tevens schuldig maakt aan medeplichtigheid aan een helingshandeling⁴⁰⁴. Toch is het verschil met de situatie van de twee gestolen schilderijen van Van Gogh subtiel. Verder is het ook maar de vraag of het nu zo veel uitmaakt of een advocaat van zijn cliënt of van derden verneemt dat de gestolen schilderijen zouden kunnen terugkomen. Derden die zich rechtstreeks tot de advocaat wenden zijn immers al gauw tevens 'cliënt'.

De tweede zaak betreft een advocaat die reeds zo uitvoerig met naam en toenaam in de publiciteit is geweest dat hier een uitzondering wordt gemaakt op de gebruikelijke anonimiteit. Het betreft de vervolging van mr. O. Hammerstein wegens medeplichtigheid aan het opstellen van valse aktes ten behoeve van een cliënt⁴⁰⁵. In de strafzaak wordt Hammerstein zowel in eerste aanleg als in appel vrijgesproken omdat zijn opzet met betrekking tot het opmaken van valse aktes niet bewezen wordt geacht. Het Hof Amsterdam overweegt in zijn arrest van 20 juni 1995:

402 HvD 22-01-1996, nr. 2083, Advocatenblad 1996, p. 1105.

403 Het HvD heeft het uitdrukkelijk over het optreden van een advocaat in een strafzaak (zie overweging 5). De annotator bij deze uitspraak meldt dat een beslissing in civilibus misschien anders zou kunnen luiden.

404 Dit was in feite ook de situatie in de hiervoor genoemde uitspraak RvD Amsterdam, 30-05-1994, nr. 93/84A, Advocatenblad 1995, p. 911. Een vergelijkbaar voorbeeld wordt genoemd door De Roos 1998, p. 17.

405 Deze zaak is ook aangehaald in § 1.12.3.

- "4. Dat neemt niet weg dat de omstandigheden waaronder aan verdachte advies is gevraagd en de wijze waarop de zaak ook naar zijn eigen verklaring aan hem is gepresenteerd, de conclusie rechtvaardigen dat hij lichtvaardig zijn diensten als advocaat heeft verleend. Daarbij is het in het bijzonder van belang:
- de inhoud van de aan verdachte bekende tekst van het gevorderde en door de rechter-commissaris ingewilligde rechtshulpverzoek;
 - de aan verdachte bekende gang van zaken met betrekking tot de overmakingen van het geld van Femis naar Bank Cantrade in Basel;
 - de wetenschap van verdachte dat mr. Van der G. voordien eveneens gedurende enige maanden heeft getracht het op het geld gelegde beslag opgeheven te krijgen en
 - dat verdachte geen zekerheid had dat G. en Van der G. elkaar hebben ontmoet of elkaar persoonlijk kenden; verdachte verklaarde uit de hem ter beschikking gestelde stukken te hebben afgeleid dat beiden elkaar kenden "althans op papier", maar daarvoor is in de stukken van het dossier geen steun te vinden.
5. Uit hetgeen hiervoor onder 4 is overwogen kan worden afgeleid dat verdachte bij het verlenen van zijn medewerking aan het doen opstellen van de beide in de tenlastelegging bedoelde aktes onzorgvuldig is te werk gegaan. Hij had zich behoren te realiseren dat er een niet te verwaarlozen kans bestond dat de inhoud van die aktes waarvoor hij de concepten heeft gemaakt strijdig met de waarheid waren. Onder die omstandigheden had hij een nader onderzoek dienen in te stellen naar de herkomst van het geld en de juistheid van de beweerdelijk door G. gestelde feiten dan wel het tastbare resultaat van het door een financieel deskundige in te stellen onderzoek dienen af te wachten, alvorens te besluiten zijn medewerking te verlenen aan het doen opstellen van genoemde twee naar later is gebleken valse aktes.
- Uit voormeld onzorgvuldig gedrag kan echter niet het voor een veroordeling vereiste opzet, ook niet in de voorwaardelijke vorm, worden afgeleid. De verdachte dient dan ook te worden vrijgesproken van het hem onder 1 en 2 tenlastegelegde"⁴⁰⁶.

Uit de overweging van het Hof Amsterdam blijkt dat het hof kennelijk de mening is toegedaan dat de zorgvuldigheid de advocaat gebiedt, dat hij zijn diensten moet weigeren zolang de stelling van een cliënt – dat hij de rechthebbende is op een tegoed – niet vast staat⁴⁰⁷. Naar aanleiding van de hiervoor geciteerde overwegingen van het hof stelt de Raad van Toezicht te Amsterdam een onderzoek in, op grond waarvan de Amsterdamse deken op 16 april 1996 aan Hammerstein laat weten na kennisneming van het strafdossier onvoldoende aanleiding te zien om conform het bepaalde in artikel 46f van de Advocatenwet een dekenbezwaar in te dienen bij de Raad van Discipline. Kennelijk is de RvT – in tegenstelling tot het Hof Amsterdam – van oordeel dat er geen zodanige feiten en omstandigheden

406 Het arrest van het Hof Amsterdam is niet gepubliceerd, maar deze overwegingen zijn opgenomen in: Geen schadevergoeding ex art. 89 Sv voor mr. O. Hammerstein wegens "verwijtbare betrokkenheid" bij strafbaar feit, Rubriek Advocatuur DD 1996, p. 274-275. Met verwijzing naar deze overwegingen heeft het Hof Amsterdam eveneens het verzoek van Hammerstein tot schadevergoeding wegens de ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis ex art. 89 Sv afgewezen.

407 In een interview in NRC Handelsblad van 23 december 1995 zegt Hammerstein dat hij in dat geval onderzoek had moeten doen naar een feit waar de FIOD na jaren onderzoek niet achter is gekomen.

zijn gebleken dat aanvaarding en behandeling van de bewuste zaak lichtvaardig en tuchtrechtelijk verwijtbaar genoemd kunnen worden⁴⁰⁸.

Uit deze uitspraken blijkt dat er zeer verschillend wordt gedacht over de vraag wat de zorgvuldigheidsnormen met zich meebrengen als het gaat om optreden van advocaten in het grensgebied van (strafbare) betrokkenheid bij criminele activiteiten. Het centrale uitgangspunt blijft dat de advocaat zelf geen strafbare feiten mag plegen. Indien een dergelijke betrokkenheid niet uit de feiten blijkt, dan is de tuchtrechter (in ieder geval het Hof van Discipline) niet snel geneigd aan te nemen dat de advocaat onzorgvuldig tewerk is gegaan bij de behartiging van de belangen van zijn cliënt. Zelfs de bemiddeling bij de teruggave van gestolen goederen waarbij voor de cliënt in de strafzaak een voordeel wordt bedongen behoort volgens het HvD tot een legitieme wijze van het dienen van een cliëntenbelang⁴⁰⁹. Naast het vermijden van strafbare betrokkenheid dient de advocaat volgens het HvD ook te voorkomen dat zijn vrijheid en onafhankelijkheid in de uitoefening van zijn beroep in het gedrang komt.

3.12.3 *Advocaat als medeverdachte van zijn cliënt*

Als een advocaat in de loop van een opsporingsonderzoek er rekening mee moet houden dat hij als medeverdachte van zijn cliënt wordt aangemerkt dan brengt dit in zijn algemeenheid met zich dat hij zich als raadsman moet terugtrekken. Dit is door het HvD uitgemaakt in een zaak waarbij een advocaat een cliënt bijstond, die ervan verdacht werd in zijn functie als voorzitter van een stichting een bedrag van f. 136.000,- te hebben verduisterd. Bijzonder was dat de advocaat ook bestuurslid was van dezelfde stichting en als getuige door de rijksrecherche werd gehoord. Bij deze gelegenheid was hem medegedeeld dat hij ook min of meer als medeverdachte zou kunnen worden beschouwd. De rechter-commissaris dient een klacht in tegen de advocaat. De RvD komt tot het oordeel dat het een advocaat niet past als raadsman voor een verdachte op te treden, wanneer deze advo-

408 Dit blijkt uit een uitspraak van de RvD Den Haag 2-12-1996, nr. R 1077/96.38, niet gepubl., naar aanleiding van een klacht van Hammerstein tegen de maatschap Boekel de Nerée te Amsterdam, die na zijn arrestatie druk op hem heeft uitgeoefend zijn medewerking te verlenen aan een overeenkomst tot uittrekking uit de maatschap en hem ook overigens in perspublicaties is afgevallen. Interessant in deze zaak is dat de RvD Amsterdam overweegt dat indien een advocaat wordt vervolgd in verband met zijn handelen als advocaat, de handhaving van het beginsel van de onafhankelijkheid van de advocaat en de rechten en verplichtingen ingevolge het lidmaatschap van een advocatenmaatschap met zich meebrengen, dat de verdachte advocaat erop moet kunnen vertrouwen dat de maatschap waar hij deel van uitmaakt of het kantoor waar hij werkzaam is, hem volledig steunt zolang niet bewezen is dat hij de strafbare feiten waarvan hij wordt verdacht heeft begaan. De RvD legt de leden van de maatschap de maatregel van berisping op. Het Hof van Discipline gaat het echter te ver van de maatschap een dergelijke solidariteit te vergen en het hof vernietigt de uitspraak van de RvD omdat er civielrechtelijk gezien voldoende gronden waren op een beëindiging van de maatschapsovereenkomst met Hammerstein aan te sturen: HvD 12-01-1998, nr. 2401, Advocatenblad 1998, p. 1227.

409 HvD 22-01-1996, nr. 2083, Advocatenblad 1996, p. 1105.

caat op een dergelijke wijze betrokken is bij een tenlastegelegd strafbaar feit en dat de advocaat zich had moeten terugtrekken op het moment dat hij wist wat de inhoud van de strafklacht was. Dat er volgens de advocaat geen sprake was van een strafbaar feit doet hieraan niet af. De raad legt de maatregel van waarschuwing op en heeft daarbij rekening gehouden met de omstandigheid dat de advocaat een goede vriend van de verdachte is, de advocaat duidelijk overtuigd is van de goede trouw van zijn cliënt, zonder enige vergoeding voor hem is opgetreden en dat van feitelijke collusie niets is gebleken. Het Hof van Discipline oordeelt echter anders. Ook het hof neemt als algemene leidraad dat de onafhankelijkheid van de advocaat meebrengt dat hij zich in het algemeen als raadsman zal moeten terugtrekken wanneer de vordering tegen zijn cliënt aldus luidt dat hij er rekening mee moet houden dat hij zelf als medeverdachte in de strafzaak zal worden betrokken. Datzelfde geldt volgens het hof voor de advocaat die weet dat hij een belangrijke getuige is in de betreffende zaak. Op deze regel zijn volgens het hof uitzonderingen mogelijk indien zich zwaarwegende omstandigheden voordoen die dat terugtrekken onwenselijk doen zijn. In casu doet zich volgens het hof een dergelijke uitzondering voor. Als omstandigheden neemt het hof, naast de omstandigheden die de raad betrokken heeft bij de bepaling van de op te leggen straf, in aanmerking dat de advocaat het zeer onwaarschijnlijk achtte dat het in de vordering tot gerechtelijk vooronderzoek omschreven feit ooit enig strafbaar feit zou kunnen opleveren en dat het OM zijn cliënt zodanig in opspraak had gebracht dat de advocaat het als desertie beschouwde zich, zonder dat zijn cliënt hem dat had verzocht, terug te trekken. Het hof is van oordeel dat de advocaat, gelet op de moeilijke positie waarin hij verkeerde, geen onjuiste beoordeling heeft gemaakt en dat niet gebleken is dat de advocaat zich door enig ander belang zou hebben laten leiden dan dat van zijn cliënt. Verder acht het hof het van belang dat de advocaat (uiteindelijk) in zijn opvolging heeft voorzien en nadat zijn cliënt daarmee akkoord ging, de verdediging in de strafzaak heeft neergelegd⁴¹⁰.

In de hiervoor genoemde zaak werd de advocaat nog niet als verdachte aangemerkt. Dit was wel het geval in een zaak waarin de advocaat werd verdacht van medeplichtigheid aan de aan zijn cliënt tenlastegelegde oplichting. De advocaat had zich niet als raadsman teruggetrokken, hoewel de officier van justitie tegenover hem zijn bedenkingen had geuit over diens optreden als raadsman. De RvT Den Haag oordeelde dat de advocaat onjuist had gehandeld door in de strafzaak tegen zijn cliënt als raadsman op te treden omdat hij daarmee de schijn gewekt had tegenover zijn cliënt niet de onafhankelijkheid in acht te nemen die van een raadsman moet worden verwacht⁴¹¹.

Uit voorgaande uitspraken blijkt dat het voornaamste argument tegen het optreden als raadsman in een zaak, waarin de raadsman zelf als medeverdachte wordt beschouwd van zijn cliënt, is, dat hierdoor de onafhankelijkheid van de raadsman in het geding komt. Hoewel dat in de uitspraken niet met zoveel woorden wordt overwogen, ligt het voor de hand dat het belangrijkste probleem is, dat de raadsman als medeverdachte een eigen belang heeft, dat strijdig kan zijn met het be-

410 HvD 29-09-1980, nr. 559, Advocatenblad 1981, p. 428.

411 RvT Den Haag, 19-06-1984, Advocatenblad 1985, p. 69.

lang van de verdachte. Daarom loopt de raadsman het gevaar niet meer in staat te zijn in volle vrijheid en onafhankelijkheid de belangen van zijn cliënt te behartigen. De raadsman heeft bijvoorbeeld een eigen belang bij de verklaringen die de verdachte al dan niet aflegt en de proceshouding die de verdachte aanneemt. De cliënt kan hem immers belasten of ontlasten. De RvT Den Haag acht alleen de schijn van aantasting van de onafhankelijkheid al voldoende om een dergelijk optreden als raadsman af te wijzen. Een ander probleem, waarbij echter niet het cliëntenbelang maar het justitiebelang speelt, is dat de advocaat, die de medeverdachte is van zijn cliënt, in staat zal zijn door middel van de verklaringen van zijn cliënt de waarheidsvinding te beïnvloeden, bijvoorbeeld door met de cliënt af te spreken dat zij de verklaringen op elkaar zullen afstemmen. Uit de eerstgenoemde uitspraak in de zaak van de stichtingsvoorzitter die van verduistering werd verdacht, blijkt dat de vraag of er sprake is geweest van collusie in de beslissing van de RvT en het HvD een rol heeft gespeeld bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van het handelen van de advocaat. Tot slot speelt er ook een probleem met betrekking tot de geheimhouding, als de raadsman zelf wordt vervolgd voor een feit waar ook zijn cliënt voor vervolgd wordt. Bij de bespreking van de tuchtrechtelijke handhaving van de geheimhoudingsplicht⁴¹² is gewezen op een uitspraak waarin het HvD heeft uitgemaakt dat de advocaat die medeverdachte is van zijn cliënt geheimhouding verschuldigd blijft van gegevens waarvan mededeling niet noodzakelijk is in zijn eigen verdediging. Omdat in het onderhavige geval de advocaat deze norm al had overtreden, heeft het HvD in het midden gelaten of het in zijn algemeenheid toelaatbaar is dat een advocaat die verdacht wordt van een strafbaar feit zijn geheimhoudingsplicht schendt ten behoeve van zijn eigen verdediging⁴¹³. In feite doen zich hier dezelfde problemen voor als bij cliënten met tegenstrijdige belangen, met dien verstande dat het de advocaat zelf is, wiens belangen tegenstrijdig kunnen zijn met zijn cliënt. Dat gegeven noodzaakt tot grote voorzichtigheid. Een cliënt moet niet in de problemen komen doordat zijn advocaat als medeverdachte in zijn eigen zaak in de verleiding komt zijn geheimhoudingsplicht in het belang van zijn eigen verdediging te schenden en de advocaat manoeuvreert zichzelf met het oog op zijn eigen verdediging ook in een onmogelijke positie. Daarom is de algemene richtlijn van het HvD, dat een advocaat zich in beginsel zal moeten terugtrekken als hij als medeverdachte wordt beschouwd, op zichzelf terecht. Van de andere kant kan het justitie ook goed uitkomen een bepaalde advocaat 'uit te schakelen' door hem als medeverdachte van zijn cliënt aan te merken⁴¹⁴. Wil de advocaat in overleg met zijn cliënt desalniettemin de verdediging niet neerleggen, dan zal hij goede argumenten

412 § 3.8.6.

413 HvD 26-09-1983, nr. 662, Advocatenblad 1984, p. 248.

414 Dat dit kan spelen blijkt bijvoorbeeld uit Rb Amsterdam 10-04-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, 146, waarin de advocaat als medeverdachte wordt aangemerkt en na zijn invrijheidstelling na aandrang van de zijde van de rechter-commissaris besloten heeft zich terug te trekken. In de strafzaak wordt door de verdediging onder andere het verweer gevoerd dat de advocaat slechts als verdachte is aangehouden teneinde de verdachte zijn gekozen raadsman te ontnemen. De rechtbank Amsterdam acht dit verweer echter van onvoldoende deugdelijke grondslag voorzien.

moeten hebben om aan te tonen dat een uitzondering op het door het HvD geformuleerde uitgangspunt gerechtvaardigd is.

3.12.4 De Bruyninckx-richtlijnen

Zoals in § 1.12.5.2 is besproken, heeft de Nederlandse Orde van Advocaten in 1995 richtlijnen uitgevaardigd die moeten voorkomen dat de advocaat betrokken raakt bij criminele handelingen, kortweg de Bruyninckx-richtlijnen genoemd naar de voorzitter die de commissie heeft voorgezeten die de richtlijnen heeft opgesteld⁴¹⁵. Voor de algemene bespreking van deze richtlijn wordt verwezen naar § 1.12.5.2. De in deze paragraaf beschreven samenvatting van de richtlijnen wordt hier voor het lezersgemak herhaald en vervolgens zal de hiermee samenhangende tuchtrechtspraak worden besproken.

3.12.4.1 Samenvatting richtlijnen

De Bruyninckx-richtlijnen dienen als een uitwerking van artikel 46 Advocatenwet en Regel 1 van de Gedragsregels 1992 te worden gelezen, met name van de hierin vervatte normen dat de advocaat verantwoordelijk is voor zijn eigen handelen en voor het handelen voor zijn cliënt en zich zodanig dient te gedragen dat het vertrouwen in de advocatuur en zijn eigen beroepsuitoefening niet wordt geschaad⁴¹⁶.

In de richtlijnen worden twee kwesties geregeld:

1. in de eerste plaats de rechteplicht van de advocaat met het doel om te voorkomen dat de advocaat wegens zijn beroepsgeheim wordt gebruikt voor het afschermen of ondersteunen van financiële transacties in het kader van witwassen van crimineel geld (art. 1-5);
2. en in de tweede plaats het doen en ontvangen van betalingen waaronder het honorarium (art. 6).

De relatie tussen een onderzoekspllicht en de vertrouwensrelatie tussen advocaat en cliënt is geregeld in artikel 1 van de richtlijnen waarin staat dat de advocaat mag afgaan op de juistheid van de door de cliënt verstrekte gegevens zolang redelijke aanwijzingen van het tegendeel ontbreken. Bij de aanvaarding van de opdracht moet de advocaat zich wel vergewissen van de identiteit van de cliënt en nagaan of er aanwijzingen bestaan dat de opdracht strekt tot voorbereiding ondersteuning of afscherming van onwettige activiteiten (artikel 2). In de toelichting op dit artikel wordt een aantal indicaties gegeven die de advocaat lout moeten doen ruiken, zoals:

415 Richtlijnen ter voorkoming van betrokkenheid van advocaten bij criminele handelingen, Advocatenblad 1995, p. 809-814, ook gepubliceerd in Vademecum Advocatuur, Wet- & regelgeving 2000, p. 289-304. Zie ook De Roos, Vademecum Strafrecht, suppl. 83, 2.7-2.7.2.4.

416 Zie toelichting, Advocatenblad 1995, p. 810 of Vademecum Advocatuur, Wet- & regelgeving 2000, p. 292.

- ongebruikelijke opdrachten die niet tot het normale dienstverleningspatroon behoren, zoals het in bewaring nemen van documenten of goederen;
- een ongebruikelijke wijze van betaling, bijvoorbeeld contante betaling van financiële transacties of betaling door middel van derden;
- ongebruikelijk betalingsverkeer zoals het opdracht geven aan de advocaat tot in depot houden van grote bedragen, of het via de advocaat betalen van derden, of door de advocaat cheques laten verzilveren;
- cliënten die zich laten vertegenwoordigen door tussenpersonen en hun identiteit niet willen prijsgeven of cliënten die worden geïntroduceerd door een bank, gevestigd in een land dat bekend staat om de striktheid van het bankgeheim of het milde belastingklimaat.

Indien op grond van dergelijke indicatoren twijfel rijst bij de advocaat, dient de advocaat een nader onderzoek in te stellen naar de achtergrond van de cliënt en het doel van de opdracht (art. 3).

Indien de advocaat twijfelt aan de juistheid van de door de cliënt verstrekte gegevens dan dient hij ook een onderzoek naar deze gegevens in te stellen (art. 4):

- als er zich omstandigheden voordoen die gereede twijfel aan de juistheid van de gegevens rechtvaardigen;
- indien gegevens in aanmerking komen voor verwerking in een financiële administratie;
- en als de opdracht strekt tot het beheren van een bankrekening, postbus of besturen van een rechtspersoon of het uitvoeren van financiële transacties.

De advocaat die van zijn cliënt niet de gevraagde informatie krijgt of aanwijzingen krijgt dat zijn diensten strekken tot de voorbereiding, ondersteuning of afscherming van onwettige praktijken, dient zich te onthouden van dienstverlening. En de advocaat mag slechts goederen van zijn cliënt in ontvangst nemen of bewaren indien dit in een door hem behandelde zaak een redelijk doel dient (art. 5).

Ten aanzien van het betalingsverkeer is in artikel 6 in zijn algemeenheid bepaald dat de advocaat in het kader van zijn praktijkuitoefening geen betalingen per kas verricht of aanvaardt van hoger dan f. 25.000,-. Ten aanzien van het honorarium is in het tweede lid bepaald dat het de advocaat steeds vrij staat een honorarium of een voorschot daarop te ontvangen indien het noodzakelijke bijstand betreft, de aan die honorering ten grondslag liggende declaratie redelijk is en de betaling geheel giraal geschiedt. Uit de samenhang van de twee leden van artikel 6 kan worden opgemaakt dat een contante betaling van maximaal f. 25.000,-⁴¹⁷ als honorarium mag worden geaccepteerd. Opvallend is dat ten aanzien van het ontvangen van contante of girale betalingen geen rechercheplicht naar de herkomst van de betaalmiddelen geldt. De achtergrond hiervan is dat de Orde het college

417 Waarvan in de toelichting wordt gezegd dat dit geldt voor de honorering per zaak en niet per betaling, het is dus niet toegestaan in een zaak meer contante betalingen te accepteren die gezamenlijk een bedrag van f. 25.000,- overstijgen.

van procureurs-generaal heeft verzocht een vrijwaringsregeling tot stand te brengen voor de advocaten die zich houden aan artikel 6 van de richtlijnen, namelijk een redelijke honorering voor noodzakelijke rechtsbijstand en girale betaling, maar ten aanzien waarvan toch mogelijke betrokkenheid bij bijvoorbeeld heling blijkt⁴¹⁸. Het college van procureurs-generaal heeft echter na de inwerkingtreding van de richtlijnen de Orde bericht dat er geen ruimte is voor een algehele strafrechtelijke vrijwaring van advocaten die zich aan de richtlijn houden⁴¹⁹.

3.12.4.2 Tuchtrechtelijke jurisprudentie

Na de inwerkingtreding van de Bruyninckx-richtlijnen per 30 juni 1995 is er tot 1 september 2000 welgeteld één tuchtrechtelijke uitspraak gepubliceerd naar aanleiding van een klacht van de deken, dat een advocaat artikel 5 van de richtlijnen, waarin staat vermeld dat de advocaat slechts goederen van zijn cliënt in ontvangst mag nemen of bewaren indien dit in een door hem behandelde zaak een redelijk doel dient, had overtreden. In deze zaak heeft de deken tegen de advocaat een bezwaar ingediend, inhoudende dat de advocaat, in strijd met artikel 46 Advocatenwet en artikel 5 van de richtlijnen, gelden onder zich heeft gehouden van een *cliënt teneinde te voorkomen dat die gelden door beslagmaatregelen van derden zouden kunnen worden getroffen*. Volgens de deken past deze dienstverlening niet binnen het normale patroon van de dienstverlening van de advocaat. De feiten liggen als volgt. De advocaat heeft een cliënt bijgestaan in verband met een door de officier van justitie in beslag genomen geldbedrag. Een jaar na de inbeslagname beslist de rechtbank dat de in beslag genomen bedragen moeten worden teruggegeven aan de vennootschappen waarvan de cliënt directeur is. Na verhaal door de fiscus op het terug te geven bedrag wordt de overblijvende som op de rekening van de advocaat gestort. De advocaat neemt volgens de instructies van zijn cliënt het bedrag enige dagen later contant op en stelt het aan zijn cliënt ter beschikking, die hem echter vraagt het geld in contanten onder zich te houden, omdat hij vreest dat justitie of de belastingdienst het geld opnieuw in beslag zullen nemen. Drie maanden later verzoekt de cliënt aan zijn advocaat een bedrag van f. 400.000,- contant ter beschikking te stellen, hetgeen de advocaat doet. Drie dagen later neemt de advocaat hetzelfde bedrag op verzoek van zijn cliënt weer in bewaring. Twee dagen later verzoekt de cliënt de advocaat hem het gehele bedrag van f. 600.000,- ter beschikking te stellen hetgeen vervolgens de dag daarop geschiedt. Diezelfde dag wordt een persoon met f. 700.000,- op zijn lichaam op de luchthaven Schiphol aangehouden. De persoon kan geen afdoende verklaring geven omtrent de herkomst en de eigendom van het geld, dat vervolgens door de FIOD in beslag is genomen.

De RvD Amsterdam overweegt dat de norm die in artikel 5 van de richtlijnen is verwoord pas formele gelding heeft vanaf 30 juni 1995, maar dat voorheen ook soortgelijke normen waren af te leiden uit de gedragsregels en tuchtrechtelijke uitspraken. Die norm komt er volgens de raad op neer dat een advocaat ervoor

418 Richtlijnen advocaat en money laundering, Rubriek Advocatuur DD 1995, p. 284-285.

419 Strafvervolgning van advocaten, Rubriek OM en rechter, DD 1996, p. 76.

dient te waken op enige wijze betrokken te raken bij onwettige activiteiten en dat hij dient te vermijden dat zijn vrijheid en onafhankelijkheid in de uitoefening van het beroep in gevaar komt⁴²⁰. De raad komt tot het oordeel dat de advocaat deze normen niet heeft overschreden en neemt daarbij in aanmerking dat het bewuste bedrag door justitie is teruggegeven nadat de fiscus zich tevoren op het surplus had verhaald, zodat de advocaat ervan mocht uitgaan dat de fiscus was bevredigd en in elk geval van overheidswege geen aanspraak op dat bedrag werd gemaakt. Tevens kon de advocaat er op die basis van uitgaan dat het bedrag niet van misdrijf afkomstig was noch anderszins 'besmet' was; overigens is ook naderhand niet gebleken van een verband met enige criminele onderneming of organisatie. Afgezien van de bepalingen van de niet aan de orde zijnde Boekhoudverordening, kan volgens de raad niet worden gezegd dat er in het algemeen een tuchtrechtelijke verhindering is voor de advocaat om het geld in contanten onder zich te houden. Hij deed dit op verzoek van zijn cliënt, die het bedrag voor eventuele beslagen veilig wilde stellen en in wiens kringen het gebruikelijk was gelden contant te bewaren. Voorts kan niet in zijn algemeenheid worden geoordeeld dat het in strijd is met artikel 46 van de Advocatenwet, de cliënt te behoeden voor het verhaal van derden of de kans daarop te beperken. Volgens de raad is niet gebleken van feiten of omstandigheden die dit hier anders maken. Er is niet gesteld of gebleken dat de advocaat voor het geval ten laste van zijn cliënt beslag onder hem zou zijn gelegd, het voornemen had te verzwijgen de gelden contant onder zich te hebben⁴²¹.

De annotator merkt bij deze uitspraak op dat de raad zich terecht niet heeft ingelaten met de intrigerende vraag wat nu eigenlijk de achtergrond is van het gedrag van de cliënt, nadat de advocaat een bedrag van f. 600.000,- voor hem had ontvangen. Bij de overweging van de raad dat de advocaat zijn cliënt mag behoeden voor (de kans op) verhaal van derden, gaan bij de annotator echter "de tuchtrechtelijke vlinders in zijn binnenste" toch wel een beetje fladderen. Ook al zou de advocaat niet van plan zijn geweest ingeval van beslag te verzwijgen dat hij het geld onder zich had, de advocaat werkt toch mee aan het spelen van verstopperij. Een schuldeiser zal niet zo snel naar beslagmogelijkheden bij de advocaat zoeken en de vertrouwensrelatie tussen de advocaat en de cliënt werkt in een geval als het onderhavige toch in de hand dat schuldeisers het spoor gemakkelijk bijster raken. Volgens de annotator moet een advocaat daaraan niet meewerken. Bovendien kan hierin gemakkelijk een aanknopingspunt door politie en justitie worden gevonden om een aanval op het beroepsgeheim te doen.

Over de betaling van honorarium met mogelijk 'besmet' geld zijn drie tuchtrechtelijke uitspraken te vinden, die dateren van (ver) vóór de Bruyninckx-richtlijnen. De Raad van Toezicht Den Bosch overweegt in 1954 dat het in het algemeen onjuist is te achten, dat een advocaat bij een hem onbekende derde geld gaat afhalen

420 De raad verwijst in dit verband naar de zaak met betrekking tot de twee gestolen Van Gogh schilderijen waarnaar ook is verwezen in § 3.12.2.4: HvD 22-01-1996, nr. 2083, Advocatenblad 1996, p. 1105.

421 RvD Amsterdam, 17-06-1997, Advocatenblad 1997, p. 677.

ten verzoeken van zijn cliënt ter voldoening van zijn honorarium en dat de advocaat in het onderhavige geval uitermate voorzichtig had moeten zijn omdat zijn cliënt werd verdacht van het plegen van een tweetal inbraken en de herkomst van het geld hem niet bekend was⁴²². In 1955 werd een advocaat door de Amsterdamse Raad van Toezicht bestraft voor het feit dat hij de reclasseringsambtenaar van zijn cliënte – een vrouw van slecht levensgedrag die zich aan prostitutie had overgegeven en die hij had bijgestaan in verband met een beroving – had voorgesteld samen met hem geld op te halen bij een derde, bij wie zijn cliënte geld in bewaring had gegeven, om daaruit het restant van zijn declaratie te voldoen. Dit voorstel alleen al leverde de advocaat een tuchtrechtelijke veroordeling op⁴²³. Tot slot heeft het Hof van Discipline een uitspraak van de Raad van Toezicht bevestigd, waarin de raad overweegt dat het door een advocaat aan zijn cliënt gedane voorstel om hem ter vergoeding van zijn werkzaamheden f. 10.000,- te betalen uit diens vermeende 'zwarte geld' volstrekt ongeoorloofd is. Een advocaat dient zich te distantiëren van iedere fraude door een cliënt. Hij moet ook niet voorstellen om hem te betalen met geld dat door fraude is verkregen⁴²⁴.

Tot slot dient hier nog te worden verwezen naar de in § 1.12.5.2 besproken pogingen van de advocaten Spong en Mols een principiële uitspraak uit te lokken over artikel 6 van de Bruyninckx-richtlijnen. Zij hebben zich tot de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten gewend met het verzoek artikel 6 van de Bruyninckx-richtlijnen aan te passen wegens strijd met de geheimhoudingsplicht en de presumptie van onschuld. In dit kader hebben zij de Algemene Raad medegedeeld dat zij in een strafzaak een bedrag van f. 125.000,- in contanten hebben geaccepteerd. De Algemene Raad heeft de kwestie naar de Raden van Toezicht in de arrondissementen waar de advocaten ingeschreven zijn verwezen. De Raden van Toezicht van Den Haag en Maastricht zijn vervolgens van oordeel dat het in strijd met artikel 6 van de Bruyninckx-richtlijnen accepteren van een honorarium in contanten van meer dan f. 25.000,- op zich zelf nog geen tuchtrechtelijk verwijt oplevert. Een advocaat die handelt conform artikel 6 lid 2 van deze richtlijnen is in beginsel gevrijwaard van een vervolging wegen schuldheiling. Een advocaat die daarmee in strijd handelt, mist deze bescherming, maar handelt niet per se in strijd met de norm van artikel 46 Advocatenwet. De raden van toezicht zien in het onderhavige geval geen aanleiding tot het indienen van een ambtshalve klacht⁴²⁵.

422 RvT Den Bosch, 21-12-1954, nr. 666, Advocatenblad 1956, p. 428.

423 Dit valt te lezen in HvD 28-04-1955, nr. 31, Advocatenblad 1956, p. 110. In appel stond deze kwestie overigens niet meer ter discussie. Het appel was door de advocaat ingediend tegen de beslissing van de RvT in dezelfde zaak dat de toon van de gesprekken die hij met zijn cliënte had gevoerd onjuist en verwerpelijk was: hij had met zijn cliënte over het zijn van prostituee gesproken en haar gezegd dat dit verwerpelijk was en dat zij er bovendien te oud voor was.

424 HvD 26-09-1983, nr. 662, Advocatenblad 1984, p. 248.

425 Overtreding Bruyninckx-richtlijnen niet in strijd met art. 46 Advocatenwet, Rubriek Advocatuur DD 1997, p. 1064-1066; De Roos 1998, p. 19; Spong 1997, p. 190-198.

3.13 Samenvatting en conclusies

In dit hoofdstuk is de tuchtrechtelijke jurisprudentie onderzocht met betrekking tot het optreden van advocaten in strafzaken. De rechtsbijstand die advocaten aan hun cliënten verlenen wordt inhoudelijk genormeerd door artikel 46 Advocatenwet en de hierop gebaseerde tuchtrechtspraak en gedragsregels. De primaire functie van de advocaat is het verlenen van advies en bijstand aan cliënten. Centrale uitgangspunten zijn daarbij: principiële partijdigheid, het waarborgen van de vertrouwensrelatie, kwalitatief goede dienstverlening en het ondersteunen van een goede rechtsbedeling.

3.13.1 *Procedurele aspecten*

Wat de procedurele aspecten van de tuchtrechtelijke procedure betreft is het voor het onafhankelijk functioneren van de advocaat in strafzaken van belang, dat klachten van officieren van justitie en rechters tegen advocaten niet ontvankelijk zijn als deze betrekking hebben op de inhoud van de bijstand aan de cliënt, omdat alleen de cliënt wordt geacht daar een belang bij te hebben. Op dit uitgangspunt is in de jurisprudentie een uitzondering gemaakt indien de advocaat tijdens zittingen geheel verstek laat gaan. Het gaat dan niet zozeer om de inhoud van de verleende bijstand maar om het ontbreken van bijstand. Wel ontvankelijk zijn klachten die betrekking hebben op het gedrag van de advocaat als professionele procesdeelnemer, mits de officier van justitie of rechter direct bemoeienis heeft met de zaak waarin de advocaat optreedt.

Gelet op het doel van de tuchtrechtspraak, namelijk het publieke belang bij een behoorlijk functionerende balie, wordt het in de meerderheid van de tuchtzaken niet van belang geacht of de informatie waarop de klacht is gebaseerd afkomstig is uit onrechtmatig verkregen bewijs in een strafzaak. In tuchtzaken geldt bovendien voor de aangeklaagde advocaat het nemo tenetur-beginsel niet en heeft de advocaat een informatieplicht. Soms kan dit problemen opleveren indien de advocaat door zijn cliënt, die geen partij is in de tuchtzaak, aan zijn geheimhoudingsplicht wordt gehouden. De tuchtrechtspraak is verdeeld over de vraag in welke omstandigheden een advocaat met een beroep op zijn geheimhoudingsplicht informatie in de tuchtprocedure kan weigeren.

3.13.2 *De relatie tussen de advocaat en de cliënt*

Volgens de huidige gedragsregels dient de vrije advocatenkeuze van de cliënt te worden gerespecteerd en mogen regels die betrekking hebben op overname van zaken en de financiële afwikkeling daarvan geen belemmering vormen voor de vrije advocatenkeuze.

De advocaat is steeds verplicht zijn cliënt voor te lichten over de mogelijkheden om in aanmerking te komen voor gefinancierde rechtsbijstand. De cliënt kan hiervan wel afzien. De afstand van gefinancierde rechtsbijstand dient door de advocaat schriftelijk te worden bevestigd.

Volgens regel 9 Gedragsregels 1992 draagt de advocaat volledige verantwoordelijkheid voor de behandeling van de zaak en kan hij zich aan deze verantwoorde-

lijkheid niet onttrekken door een beroep te doen op een opdracht van zijn cliënt. Daar staat tegenover dat de advocaat volgens dezelfde regel geen handelingen mag verrichten tegen de kennelijke wil van zijn cliënt. Bij onoverbrugbare meningsverschillen moet de advocaat zich terugtrekken. Het wordt ontoelaatbaar geacht dat de advocaat een meningsverschil met zijn cliënt naar buiten toe kenbaar maakt. Regel 9 geeft geen eenduidig antwoord op de vraag wie uiteindelijk de strategie in een (straf)zaak bepaalt. In de tuchtrechtspraak wordt regelmatig geoordeeld dat de advocaat – zij het in overleg met de cliënt – zelfstandig dient te bepalen welk beleid hij in een strafzaak voert en dat er pas sprake is van tuchtrechtelijk laakbaar handelen in het geval de cliënt zich niet laat overtuigen of zich tegen bepaalde beslissingen tijdig heeft verzet of is blijven verzetten, de advocaat kennelijk onjuist optreedt of adviseert en de belangen van de cliënt daardoor schaadt of kan schaden. Weliswaar heeft de verdachte over de te voeren verdediging uiteindelijk het laatste woord, de prijs die hij moet betalen voor het doorzetten van zijn eigen verdedigingsstrategie kan hoog zijn: namelijk dat de advocaat de verdediging neerlegt. In de praktijk toetst de tuchtrechter slechts of de cliënt kan aantonen dat de advocaat tegen diens kennelijke wil heeft gehandeld of is blijven handelen en ligt de bewijslast hiervoor bij de cliënt.

De klachten van cliënten over nalatigheid van hun raadsman hebben deels betrekking op te weinig bezoek en onvoldoende voorbereiding van de zaak. Opmerkelijk is dat in de tuchtrechtspraak bij gegrondbevinding van dit soort klachten de oplegging van een tuchtrechtelijke maatregel achterwege blijft, als de cliënt daarvan geen feitelijk nadeel heeft ondervonden in de strafzaak. Pas indien er sprake is van grove verwaarlozing worden er maatregelen opgelegd. Een ander deel van de klachten heeft betrekking op beroepsfouten zoals het vergeten van instellen van hoger beroep en het geven van onjuiste juridische adviezen.

De handhaving van het beroepsgeheim wordt in de tuchtrechtspraak als een van de wezenlijkste beroepsplichten gezien, waarop slechts in overmachtssituaties een inbreuk mag worden gemaakt. De vraag of de advocaat, die zelf als verdachte wordt aangemerkt, volledig gehouden blijft aan zijn geheimhoudingsplicht, is in de tuchtrechtelijke jurisprudentie nog niet beantwoord⁴²⁶. Wel is uitgemaakt dat een advocaat, die samen met zijn cliënt als verdachte in een strafzaak wordt aangemerkt, zich in ieder geval dient te onthouden van het doen van mededelingen die zijn cliënt kunnen schaden, terwijl die niet noodzakelijk zijn voor zijn eigen verdediging.

De ratio van het verbod van het behartigen van tegenstrijdige belangen is dat de cliënt er onvoorwaardelijk op moet kunnen vertrouwen dat een advocaat uitsluitend zijn belangen behartigt en zijn beroepsgeheim in acht neemt. De tuchtrechtspraak met betrekking tot het behartigen van tegenstrijdige belangen heeft in strafzaken een extra dimensie, doordat klachten hierover voornamelijk afkomstig zijn van het OM of de rechter-commissaris. Het betreft in de meeste gevallen een situatie waarin een advocaat meer verdachten in dezelfde strafzaak bijstaat en waarbij op de achtergrond het onderzoeksbelang een rol speelt: verdachten die door één advocaat worden bijgestaan kunnen hun verdediging op elkaar afstem-

426 Zie § 3.8.6.1.

men, hetgeen niet altijd in het belang van justitie is. De beslissingsmarge van de advocaat om meer cliënten in één zaak bij te staan wordt daardoor van strategische betekenis. Van principieel belang is de uitspraak van het HvD, dat een cliënt zijn eigen procesopstelling kiest, hetgeen impliceert dat hij kan afzien van een bepaalde strategie die voor hemzelf gunstig kan zijn, maar ongunstig is voor zijn medeverdachte. In een dergelijke situatie hoeft een advocaat zich niet terug te trekken wegens (dreigende) tegenstrijdige belangen, maar is het zijn verantwoordelijkheid de betrokken cliënten zorgvuldig te adviseren en waarborgen te scheppen dat de cliënten hun keuze in vrijheid kunnen maken en wijzigen.

3.13.3 *Verdediging en waarheidsvinding*

De tuchtrechtelijke jurisprudentie die betrekking heeft op de activiteiten van de raadsman in het kader van het onderzoek naar de feiten wordt gedomineerd door de regel dat de raadsman zich dient te onthouden van alles wat redelijkerwijs de rechtmatige waarheidsvinding door justitiële autoriteiten nadeel zou kunnen berokkenen. Uit de tuchtrechtspraak blijkt dat een advocaat die een zelfstandig onderzoek instelt naar de feiten door de justitiële autoriteiten met argusogen wordt bekeken, met name als het gaat om contacten met (potentiële) getuigen⁴²⁷. In zijn algemeenheid heeft de tuchtrechter een ruimere opvatting over wat in het kader van zelfstandig onderzoek door de verdediging toelaatbaar is dan het OM of de rechter-commissaris die een klacht indienen en toetst de tuchtrechter of de waarheidsvinding door de advocaat daadwerkelijk op onrechtmatige wijze is belemmerd. Dat ligt anders bij klachten over misbruik van vrij verkeer. Met name bij de activiteiten van de advocaat bij de verdediging van een voorlopig gehechte cliënt worden door de tuchtrechter strenge maatstaven aangelegd en wordt in de meeste gevallen niet het criterium gehanteerd of het onderzoek is belemmerd, maar dát dit had kunnen gebeuren. Nog strenger is de tuchtrechtspraak als aan de cliënt alle beperkingen zijn opgelegd. In dat geval geldt voor de advocaat een absolute verplichting zich te onthouden van iedere gedraging die door het opleggen van beperkingen wordt beoogd, namelijk dat er geen contact tussen de cliënt en de buitenwereld ontstaat. Als aan de cliënt beperkingen zijn opgelegd dan doet het er niet toe of de waarheidsvinding door de advocaat zou kunnen worden belemmerd door het handelen in strijd met de beperkingen. Centraal staat dan het belang dat het vertrouwen in de advocatuur niet wordt geschaad, gelet op de instandhouding van de privileges van de advocatuur bij de verdediging in strafzaken.

Een ander probleem punt is of van de raadsman geëist kan worden dat deze bepaalde informatie uit het strafdossier aan zijn cliënt onthoudt. Naar aanleiding van klachten tegen advocaten die afschriften van processen-verbaal aan hun cliënten hadden verschaft heeft het HvD geoordeeld dat de raadsman in strafzaken hiertoe zonder meer de vrijheid heeft, nu hij wat betreft de kennisneming van de processtukken een van de verdachte afgeleide bevoegdheid heeft. Over de vraag of de advocaat verantwoordelijk is voor wat een cliënt met de gegevens uit

427 Zie § 3.9.1.

een procesdossier onderneemt, bijvoorbeeld 'verhaal' halen bij een getuige die hem belast of deze getuige bewegen zijn verklaring in te trekken, verschillen de meningen. Sommigen vinden dat de advocaat passages uit het proces-verbaal onleesbaar zou mogen maken, bijvoorbeeld om te voorkomen dat een cliënt de woonplaats van een belastende getuige kan achterhalen. Een dergelijke handelwijze staat echter op gespannen voet met het gegeven dat de verdachte een zelfstandige bevoegdheid heeft tot kennisneming van de (volledige) processtukken. Bij de afgifte van dossiers aan derden heeft de advocaat in de eerste plaats de toestemming nodig van zijn cliënt. Verder speelt ook hier weer de mogelijke belemmering van de waarheidsvinding een rol, met name als de advocaat processen-verbaal aan medeverdachten verstrekt. In dergelijke situaties wordt al snel aangenomen dat hierdoor de waarheidsvinding wordt belemmerd. Verder dient de advocaat ook rekening te houden met (privacy)belangen van derden.

In het vooronderzoek wordt van de advocaat een voorzichtige en terughoudende opstelling verwacht, als het gaat over het onderzoek naar de feiten. Bij de verdediging ter terechtzitting daarentegen, krijgt de advocaat een grote vrijheid voor de wijze waarop hij zijn verdediging voert. Hij hoeft er in zijn uitlatingen geen rekening mee te houden dat deze door derden als grievend worden ervaren, mits *deze uitlatingen een verdedigingsbelang dienen. De advocaat mag echter geen feiten* poneren waarvan hij weet dat deze niet juist zijn – hetgeen iets anders is dan het weergeven van de visie van zijn cliënt – en ook derden niet beschuldigen van gedrag dat niet met feiten kan worden onderbouwd.

Een advocaat mag zijn medewerking geven aan publiciteit via de media, mits hij zich ervan verzekerd heeft dat zijn cliënt daarvoor toestemming geeft. Met opsporingsbelangen hoeft de advocaat hierbij geen rekening te houden. Voor de uitlatingen in de pers ten opzichte van derden, de justitiële instanties inbegrepen, gelden dezelfde criteria als bij het voeren van het woord tijdens zittingen.

3.13.4 *Eerbied voor de rechterlijke macht en behoorlijke procesorde*

Uit de tuchtrechtspraak blijkt dat de advocaat ook tegenover de rechterlijke macht een grote vrijheid wordt gegund. Hij moet weliswaar eerbied tonen voor de gerechtelijke autoriteiten en mag zich niet onnodig grievend uitlaten, maar dit mag geen belemmering zijn alles te kunnen zeggen wat hij voor de behandeling van een strafzaak van belang acht.

Tuchtzaken waarbij de advocaten verweten wordt met ongeoorloofde middelen de verdediging te voeren of misbruik te maken van procesrecht zijn dun gezaaid. Uit de schaarse uitspraken kan worden afgeleid dat het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs voor de verdediging, de raadsman alleen dan verweten wordt als hij in redelijkheid niet tot overlegging heeft kunnen besluiten. Dit zal het geval zijn indien door de overlegging geen verdedigingsbelang wordt gediend.

Het verdedigingsbelang is ook doorslaggevend bij de gebruikmaking van procesuele middelen. Zo werd het neerleggen van de verdediging, om de rechtbank te dwingen de behandeling van een strafzaak aan te houden na een ingrijpende wijziging van de tenlastelegging, gerechtvaardigd geacht en niet als misbruik van procesrecht aangemerkt.

3.13.5 *Betrokkenheid bij strafbare feiten*

Als de advocaat betrokken raakt bij het plegen van strafbare feiten dan kan hij zowel strafrechtelijk als tuchtrechtelijk worden vervolgd. De tuchtrechter toetst zelfstandig of het gedrag van de advocaat wordt aangemerkt als een handelen dat de advocaat op grond van artikel 46 Advocatenwet niet betaamt. Een veroordeling wegens het plegen van strafbare feiten kan, afhankelijk van de aard van het strafbare feit reden zijn bezwaar te maken tegen de inschrijving van de betrokkene als advocaat of aanleiding vormen om de advocaat te schrappen van het tableau. Afhankelijk van de ernst van het strafbare feit worden ook mildere tuchtrechtelijke maatregelen opgelegd.

De zorgvuldigheidsnormen die de advocaat in acht moet nemen als hij zich begeeft in het grensgebied van (strafbare) betrokkenheid bij criminele activiteiten zijn in de tuchtrechtspraak nauwelijks uitgekristalliseerd. Uit de uitspraak met betrekking tot bemiddeling van een advocaat bij de teruggave van twee gestolen Van Gogh schilderijen in ruil voor een voordeel in de strafrechtelijke vervolging van een cliënt van de advocaat blijkt, dat het HvD niet snel geneigd is aan te nemen dat een advocaat, indien hij zelf geen strafbare feiten pleegt, onzorgvuldig handelt bij de belangenbehartiging van zijn cliënt.

De advocaat die als medeverdachte van zijn cliënt wordt aangemerkt dient zich in beginsel als raadsman terug te trekken omdat hij, gelet op zijn eigen verdedigingsbelangen die tegenstrijdig kunnen zijn met de belangen van zijn cliënt, de onafhankelijkheid die nodig is voor een partijdige belangenbehartiging verliest.

De door de Orde uitgevaardigde richtlijnen ter voorkoming van betrokkenheid van advocaten bij criminele handelingen hebben voornamelijk betrekking op witwas-activiteiten⁴²⁸. Advocaten moeten hun diensten weigeren indien deze strekken tot het voorbereiden, ondersteunen of afschermen van onwettige praktijken en in verband hiermee hebben zij tot op zekere hoogte een onderzoeksplicht. Advocaten kunnen ook betrokken raken bij witwas-activiteiten doordat hun honorarium wordt betaald met geld dat uit misdrijf afkomstig is. De helingsproblematiek die hierin schuilt⁴²⁹ wordt min of meer omzeild door de bepaling dat een advocaat een honorarium van meer dan f. 25.000,- niet in contanten mag accepteren. Deze handelwijze vrijwaart de advocaat echter nog niet van een vervolging wegens heling. Uit de schaarse uitspraken die naar aanleiding van deze richtlijnen zijn gedaan kan worden afgeleid dat het aannemen van een hoger bedrag in contanten dan f. 25.000,- als honorarium op zichzelf geen tuchtrechtelijk vergrijp oplevert en dat het in zijn algemeenheid niet in strijd wordt geoordeeld met artikel 46 Advocatenwet dat de advocaat zijn cliënt behoedt voor het verhaal van derden of de kans daarop beperkt.

⁴²⁸ Zie § 3.12.4.

⁴²⁹ Zie § 1.12.5.1.

Hoofdstuk 4

Slotbeschouwing en aanbevelingen

4.1 Een drieluik

In dit boek is de normering van het optreden van advocaten in strafzaken vanuit drie invalshoeken beschreven, namelijk uit historisch, strafprocessueel en gedragsrechtelijk perspectief. In deze slotbeschouwing zal worden nagegaan welke gezichtspunten dit drieluik oplevert. Daarbij zal eerst worden ingegaan op de relatie tussen de structuur van het strafproces en de positie van de verdediging. Daarna worden de strafvorderlijke normen die betrekking hebben op de positie van de raadsman vergeleken met de gedragsrechtelijke normen. Tot slot wordt een aantal aanbevelingen gedaan.

4.2 Het verband tussen de positie van de verdediging en de structuur van het strafproces

De opvattingen en denkbeelden over de positie van de advocaat in het strafproces, die in het eerste hoofdstuk zijn beschreven maken duidelijk hoezeer de plaats die de advocaat in het strafproces inneemt, bepaald wordt door de aard en de structuur van het strafproces zelf.

De Nederlandse strafrechtspleging bevat in overeenstemming met de Europese continentale traditie veel inquisitoire elementen¹. Het strafproces is een onderzoek naar de materiële waarheid onder leiding van de opsporende, vervolgende en rechterlijke instanties, waarin op de verdachte dwangmiddelen kunnen worden toegepast om de waarheid aan het licht te brengen. Het meer op tegenspraak gesteelde eindonderzoek ter terechtzitting fungeert nauwelijks als forum voor waarheidsvinding maar eerder als evaluatie en controle van het onderzoek naar de feiten dat voorafgaande aan de terechtzitting heeft plaatsgevonden². De advocaat kan in het proces van waarheidsvinding slechts een marginale rol spelen en vaak niet meer doen dan de rechtmatigheid van de toegepaste dwangmiddelen controleren en de verdachte (moreel) ondersteunen op momenten dat deze niet gehoord wordt. In het vooronderzoek wordt de advocaat op kritieke punten geweerd. Bij de politieverhoren heeft de verdachte geen recht zich te laten bijstaan. Belangrijke getuigen worden in de meeste gevallen in eerste instantie door de politie buiten aanwezigheid van de verdediging gehoord en processtukken kunnen gedurende het (gerechtelijk) vooronderzoek in het belang van het onderzoek aan de verdediging worden onthouden. Vrijwel alle bevoegdheden van de verde-

¹ Zie voor een vergelijking van de structuur en maatschappelijke inbedding van de inquisitoire en accusatoire procesvormen Damaška 1986; Jörg e.a., 1995. Zie ook Nijboer 1992, waarin Nijboer op p. 21 constateert dat in Nederland nog steeds de 'inquisitoire stijl van procederen' domineert.

² Dit wordt nog eens bevestigd door Groenhuijsen en Knigge 2000, Algemeen deel, p. 25.

diging kunnen in het belang van het onderzoek worden beperkt. Zelfstandige activiteiten van de raadsman in het onderzoek naar de feiten zijn al op voorhand suspect, omdat verondersteld wordt dat hij ervoor zal zorgen, dat als er belastend materiaal boven water komt, dit voor justitie onder water zal blijven. Het buiten de daartoe bestemde kanalen, dat wil zeggen buiten de controle van de RC of de zittingsrechter om, benaderen van getuigen wordt door veel officieren van justitie en rechters met argusogen bekeken. Dat de vervolgende instantie ook een (psychologisch) belang heeft bij het succesvol verlopen van een vervolging en berechting en daarbij wel eens ontlastend materiaal over het hoofd ziet of weglaat, of ruimschoots de gelegenheid heeft getuigen voor te bereiden, wordt niet echt als een probleem gezien³. Van zowel de politie als het openbaar ministerie wordt immers verwacht dat zij de objectieve waarheid nastreven. Er is in zijn algemeenheid een groot vertrouwen in de wijze waarop politie en justitie zich van hun taak bij de misdaadbestrijding kwijten en in de professionaliteit en onafhankelijkheid van de rechter. Ook al gaan opsporingsambtenaren in hun ijver wel eens in de fout, er bestaat een heilige overtuiging dat dit in het kader van het goede doel (het algemeen belang) gebeurt.

Eigenlijk is pas tijdens de gezagsrevolte van de jaren zestig en zeventig meer oog gekomen voor de rechtsbescherming van de verdachte. Doordat er aandacht komt voor de politieke dimensie van het strafproces, wordt ook erkend dat de belangen van de verdachte niet noodzakelijkerwijs parallel hoeven te lopen met de belangen van de samenleving. Overheidsgezag wordt niet meer als vanzelfsprekend aanvaard. Ook het van oudsher patriarchale gezag van de professioneel betrokkenen bij de rechtspleging, zoals de rechterlijke macht, het OM en de advocatuur staat onder druk. Deze wijziging in de maatschappijvisie en de afbraak van de vanzelfsprekendheid van het overheidsgezag en maatschappelijke instituties zorgen voor een accusatoire invloed op het strafproces, die wordt versterkt door de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot artikel 6 EVRM, waarin het recht van de verdachte op een contradictoire procedure wordt benadrukt. Deze accusatoire tendensen hebben echter niet tot gevolg gehad dat de aard van de Nederlandse strafrechtspleging verschuift in de richting van een op tegenspraak gericht strafproces waarin de verdachte van begin af aan als procespartij wordt beschouwd en waarin de nadruk ligt op de gelijkwaardigheid van de procespartijen. Rechtsbescherming wordt in een inquisitoire cultuur op een andere wijze geconstrueerd dan in de accusatoire traditie. Omwille van de gemeenschapsbelangen vertoont het strafproces gelijktijdig de trekken van een evenwicht en een ongelijkheid tussen de verdachte en het OM⁴. Daar waar de verdachte door de voor-

3 Dit komt heel expliciet aan de orde in HR 24-10-2000, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, waarin ter zitting bleek dat de politieambtenaren die door de verdediging als getuigen werden opgeroepen een training hadden ondergaan en HR 06-10-1998, NJ 1999, 25, waarin de Hoge Raad overweegt dat de enkele omstandigheid dat de officier van justitie contact heeft gehad met getuigen die door de verdediging zijn opgeroepen geen schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde oplevert. Aan advocaten is het op grond van regel 16 lid 2 van de Gedragsregels 1992 niet toegestaan getuigen die door het OM zijn gedagvaard of opgeroepen vooraf te horen.

4 Meijers 1996, m.n. p. 966.

rang die wordt gegeven aan het onderzoeksbelang en de waarheidsvinding een achtergestelde positie heeft, is het primair de rechter die de achterstandspositie van de verdachte moet compenseren⁵. De gelijkheid van partijen komt in het strafproces niet zozeer tot uiting in gelijke onderzoeksbevoegdheden, maar in het toepassen van hoor en wederhoor over het door het OM in het vooronderzoek verzamelde en tijdens de zitting gepresenteerde bewijsmateriaal⁶.

Sommige elementen van een eerlijk proces die voortvloeien uit artikel 6 EVRM, zoals het recht op een onpartijdige en onafhankelijke rechter, externe openbaarheid, de presumpctie van onschuld, het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel zijn goed inpasbaar in de Nederlandse strafprocessuele structuur. Het zijn met name de contradictoire noties in artikel 6 EVRM, die samenhangen met het recht op verdediging, zoals de interne openbaarheid en het beginsel van equality of arms, die leiden tot spanningen⁷. Het pijnpunt gezien vanuit de inquisitoire invalshoek is, dat de voorwaarden van een eerlijk proces, die de verdachte een zekere ruimte garanderen om zich te verdedigen en zijn procespositie te bepalen, onvermijdelijk tevens mogelijkheden bieden de waarheidsvinding te bemoeilijken, vooropgesteld dat de verdachte zich van deze mogelijkheden bewust is. Dit gegeven is van wezenlijke invloed op de wijze waarop de positie van de verdediging in het Nederlandse strafproces is vormgegeven. Bij vrijwel alle processuele bevoegdheden van de verdediging in het vooronderzoek, waaronder ook het recht op vrij verkeer en kennisneming van de processtukken, is ingebouwd dat de uitoefening van deze bevoegdheden kunnen worden beperkt in het belang van het onderzoek. Onder invloed van met name de Straatsburgse jurisprudentie is echter duidelijk geworden dat deze beperkingen niet zover mogen gaan, dat het recht van de verdachte om zich te kunnen verdedigen illusoir wordt. Het recht op een eerlijk proces mag niet ondergeschikt worden gemaakt aan opsporings- en vervolgingsbelangen⁸. Bij een beperking van verdedigingsrechten moet steeds worden beoordeeld of de verdachte in de procedure als geheel de mogelijkheid heeft om zich effectief te verdedigen. Dit betekent dat aan de beperking van verdedigingsrechten grenzen zijn gesteld⁹.

5 Een mooi voorbeeld is de Wet bedreigde getuigen, art. 226a e.v. Sv, waarin het gebrek aan mogelijkheden voor de verdachte om de anonieme getuige te ondervragen geacht wordt te zijn gecompenseerd door de zorgvuldigheid die de RC in acht moet nemen bij het horen van een anonieme getuige.

6 Zie Brants en Field 1995.

7 Zie Prakken 1999 II, p. 6, waarin zij opmerkt: "Het strafrechtelijk systeem reageert op het verdrag als een lichaam op transplantatie van vreemde organen: het probeert ze eerst af te stoten en als dat niet lukt worden ze geassimileerd".

8 Zoals uitdrukkelijk verwoord in de Kostovski-zaak, EHRM 20-11-1989, NJ 1990, 245, waarin het EHRM in § 44 overweegt: "The right to a fair administration of justice holds so prominent a place in a democratic society (...) that it cannot be sacrificed to expediency". In dezelfde zin heeft het EHRM overwogen in de zaak Teixeira de Castro, EHRM 09-08-1998, Reports 1998-IV.

9 § 2.11.1.

Rechtsbijstand van een advocaat vergroot de kans dat de verdachte ook optimaal van zijn procedurele mogelijkheden gebruik maakt¹⁰. De wetsgeschiedenis van het zwijgrecht en de cautie is hiervan een illustratief voorbeeld. In artikel 30 ORO (het huidige artikel 29 Sv) was zowel het zwijgrecht als de cautie opgenomen. Bij de invoeringswet van 29 juni 1925¹¹ werd de cautieplicht van de rechter ter terechtzitting opgeheven. In 1937¹² werd het zwijgrecht weliswaar gehandhaafd, maar werd de cautieplicht geheel geschrapt, omdat men de verdachte meer verplicht achtte aan de waarheidsvinding mee te werken. Op 1 januari 1974 werd de cautieplicht weer zonder enige beperking zowel voor het vooronderzoek als het onderzoek ter terechtzitting ingevoerd¹³. Het zwijgrecht als zodanig wordt wel erkend, maar uit het gemanoeuvreren met de cautie blijkt dat men eigenlijk niet wil dat de verdachte zich daar al te zeer bewust van is¹⁴. De advocaat is bij uitsiek degene die de verdachte van zijn zwijgrecht op de hoogte kan brengen. Dit is de belangrijkste reden de advocaat bij het politieverhoor te weren. Bovendien is de zwijgende verdachte beter bestand tegen de psychische druk in een verhoorsituatie, als zijn advocaat bij dit verhoor aanwezig kan zijn. Een bekentenis wordt gemakkelijker verkregen als er geen advocaat bij is¹⁵. Bij de naleving van de processuele vormvoorschriften speelt de advocaat een gelijksoortige rol: hij maakt de verdachte bewust van de mogelijkheid procedurele verweeren te voeren en hiervan strategisch gebruik te maken. Dat leidt tot het verwijt aan raadslieden in strafzaken, dat zij te gefixeerd zijn op de procedurele aspecten van het strafproces ten koste van de materiële waarheidsvinding¹⁶. De vraag is of dit verwijt terecht is, omdat het belang dat wordt gehecht aan de naleving van procedurele voorschriften inherent is aan de structuur van het Nederlandse strafproces, waarin het legaliteitsbeginsel ook in de strafvordering geldt. De rechter toetst en controleert het optreden van de opsporende en vervolgende instanties en verbindt strafprocessuele consequenties aan het niet naleven van vormen in het vooronderzoek¹⁷. In een systeem waarin het onderzoek ter terechtzitting meer is gericht op verificatie van het bewijsmateriaal en het controleren van de rechtmatigheid van opsporingsgedrag, is het niet zo vreemd dat de verdediging meer gericht is op de

10 Volgens de analyse van Damaška 1986, p. 173-178, staat in de inquisitoire procesvorm de procedure in dienst van een goed en inhoudelijk correct resultaat en hebben alle professionele deelnemers idealiter in beginsel datzelfde gemeenschappelijke doel. Ook de rol van de advocaat als partijdige belangenbehartiger dient in het inquisitoire proces-model primair in het teken van het bereiken van een correcte uitkomst te staan. Deze rol wordt problematisch zodra de verdachte de voortgang of een "correcte" uitkomst van het proces – in de ogen van justitie – frustreert en de advocaat hem daarbij, binnen de kaders van zijn wettelijke bevoegdheden, ondersteunt.

11 Stb. 1925, 308.

12 Wet van 22 mei 1937, Stb. 202.

13 Wet van 26 oktober 1973, Stb. 509.

14 Zie het debat tussen Goudsmit en Van Agt, weergegeven in § 1.9.

15 § 1.9.2.1.

16 Zie § 1.10.5-§ 1.11.1.

17 Art. 359a Sv.

procedure en op de normering van de opsporing, dan op de inhoud van het bewijs: daar valt voor de verdediging immers vaak het meeste te halen¹⁸.

Over de taak van de advocaat in het strafproces, die vrij consequent wordt omschreven als het verlenen van rechtsbijstand en persoonlijke steun aan de verdachte en het uitoefenen van controle op de naleving van de strafprocessuele regels, bestaat op zichzelf niet zoveel verschil van mening. Met name de wijze waarop deze taak wordt vervuld, zorgt voor de nodige discussies. Een steeds terugkerend thema hierbij is het spanningsveld tussen de partijdigheid van de advocaat en het belang van een efficiënte strafrechtspleging waarin de materiële waarheidsvinding voorop staat. Enerzijds wordt erkend dat zonder partijdigheid geen effectieve verdediging kan plaatsvinden, anderzijds vormt de partijdigheid van de advocaat, gezien vanuit het overheidsperspectief, een bedreiging. De advocaat is de enige professionele procesdeelnemer, wiens taak gedomineerd wordt door een eenzijdige belangenbehartiging. Dat betekent dat voor de advocaat niet de waarheidsvinding voorop staat, maar het belang van de verdachte¹⁹.

Wat er gebeurt als verdachten de gelegenheid krijgen om zich, mede door een adequatere rechtsbijstand, meer te manifesteren als procespartij wordt duidelijk in de ontwikkelingen vanaf de jaren tachtig. Een alertere verdediging en de uitbreiding van de procedurele mogelijkheden van de verdachte om invloed uit te oefenen op de loop van het strafproces, leiden tot een afnemende bereidheid van de rechter verantwoording te nemen voor het recht van de verdachte op een eerlijk proces. Daarmee raakt de rechtsbescherming, die in de inquisitoire structuur voor een belangrijk deel leunt op een actieve rol van de rechter, uit balans. De rechter trekt zich min of meer terug uit zijn rechtsbeschermende functie ten opzichte van de verdachte. De verdachte – met name diens advocaat – moet er zelf voor zorgen dat de procedurele waarborgen van het strafproces worden geëffectueerd²⁰. Gelijktijdig worden in de wetgeving en jurisprudentie sancties op het niet naleven van procedurele waarborgen afgezwakt en de bevoegdheden tot het toepassen van dwangmiddelen uitgebreid²¹. De assertievere houding van strafrechtadvocaten en de noodzakelijke procedurele marge die de verdediging op grond van de Straatsburgse jurisprudentie moet worden gelaten, om het recht van de verdachte op een eerlijk proces te kunnen effectueren, hebben geleid tot meer tegenreacties, die het doel hebben de 'schade' voor de materiële waarheidsvinding en het efficiënt verloop van het strafproces, te neutraliseren:

18 Zie Cape en Spronken 1998, p. 291-322, m.n. p. 298.

19 T. Blom en Hartman 2000, Bijzonder deel, stellen op p. 202 zelfs: "De verdediging neemt als gevolg van zijn niet-publieke functie derhalve niet actief deel aan de waarheidsvinding (curs. TS) zoals dat in het strafproces wordt nagestreefd". Dit is echter niet geheel juist. De verdediging neemt wel degelijk deel aan de actieve waarheidsvinding, echter alleen voorzover de verdachte hierdoor wordt ontlast, tenzij de verdachte zelf belastende feiten wil toegeven. Zie Spronken 1998 III, p. 198.

20 § 1.10.4.

21 § 1.10.3.1-§ 1.10.3.3.

- Daar waar de uitoefening van een verdedigingsrecht problematisch wordtgeacht met het oog op het onderzoeksbelang of een efficiënte rechtsplegg, wordt dit verdedigingsrecht exclusief aan de raadsman toegekend. Dit geburt bijvoorbeeld bij het horen van (anonieme) getuigen in het vooronderzoek bij de inzage van processtukken en bij de berechting van de afwezige verdachte. In feite vervult de raadsman daarbij een alibifunctie: als de raadsman eenbevoegdheid kan uitoefenen, wordt verondersteld dat aan de rechten van de erdediging voldoende tegemoet is gekomen. Aan vragen of met dergelijke onstructies de effectieve verdediging daadwerkelijk is gediend en wat de cosequenties voor de relatie tussen de verdachte en zijn raadsman zijn, wrdt nauwelijks aandacht besteed²².

- Als het gaat om uitoefening van procedurele bevoegdheden die in beginsel niet kunnen worden ingeperkt, zoals het aanwenden van rechtsmiddelen, wordt er een appel gedaan op de professionele onafhankelijkheid van deadvocaat die zijn kennis van het strafproces niet ten behoeve van zijn cliënt oumogen aanwenden om de voortgang van het strafproces te frustreren²³. Iet problematische van dit appel op de 'publieke verantwoordelijkheid' vardeadvocaat is, of een dergelijke verantwoordelijkheid niet tegengesteld is aan de principieel partijdige positie van de raadsman en met het aan het Wetboek van Strafvordering ten grondslag liggende uitgangspunt dat de verdachte vrij is zijn eigen proceshouding te bepalen. De verdachte is niet gehouden om mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Hij hoeft ook niet in te stemmen met de normatieve grondslagen van de strafvordering. De verdachte is steeds bevoegd zichzelf te verdedigen en is niet verplicht is zich door een raadsman te doen bijstaan. Kortom, in de structuur van het Wetboek van Strafvordering behoudt de verdachte in beginsel het recht om zichzelf te verdedigen en heeft hij de vrijheid om te bepalen op welke wijze hij dat doet. De verdachte is procespartij, de advocaat die hem bijstaat niet. De verdachte is dominus litis, dat betekent dat er voor de raadsman geen ruimte is te handelen in strijd met de wil van de verdachte. Bij onderlinge meningsverschillen over de te voeren verdediging, die niet kunnen worden opgelost, moet de raadsman zich terugtrekken. Deze positie van de verdachte verdraagt zich niet met een publieke verantwoordelijkheid van zijn raadsman, die verder strekt dan dat de raadsman zich bij de verdediging moet houden aan de grenzen van de (straf)wet.

- Een andere constructie, die de uitoefening van de verdedigingsrechten aan banden moet leggen, wordt geschetst door Groenhuijsen en Knigge in het eerste Interim rapport van het onderzoeksproject Strafvordering 2001. Zij stellen dat de verdedigingsrechten geen autonome status hebben, maar mogen worden afgewogen tegen andere aspecten van 'the general principle of the proper administration of justice'. In dat verband zijn zij van mening dat inkadering van de verdedigingsrechten in een op vlotte afdoening ingericht strafproces

22 Zie § 2.4.7.9-§ 2.4.7.11 en § 2.6.4.

23 § 2.4.10.2 en § 2.7-§ 2.7.5.

aangewezen is. Zij leggen geen zelfstandige verantwoordelijkheid voor de uitoefening van de verdedigingsrechten bij de raadsman, maar objectiveren het verdedigingsbelang door te stellen dat dit niet identiek is aan de belangen van de verdachte. Volgens hen is het verdedigingsbelang geen autonome grootheid, waaraan de verdachte zelf inhoud kan geven, maar is dit gerelateerd aan het doel van het strafproces: waarheidsvinding en het voorkomen van bestraffing van onschuldigen. Naar hun mening zou de rechter de vrijheid moeten krijgen de uitoefening van de verdedigingsrechten te toetsen aan dit uitgangspunt. Ook zij definiëren de taak van de raadsman als een 'volstrekt partijdige en volstrekt eenzijdige' belangenbehartiger, echter niet van de belangen van de verdachte maar van het door hen geobjectiveerde verdedigingsbelang: het voorkomen van bestraffing van onschuldigen²⁴. De consequentie van deze redenering is dat alleen die inperkingen op de verdedigingsrechten ongeoorloofd zijn, die het risico dat een onschuldige wordt gestraft op onaanvaardbare wijze vergroten. Daarmee wordt de uitoefening van verdedigingsrechten direct gerelateerd aan de schuld of onschuld van de verdachte. Opmerkelijk is, dat de door Groenhuijsen en Knigge gebruikte argumenten identiek zijn aan de argumenten die voorafgaande aan de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 werden gebruikt om de uitbreiding van de rechten van de verdediging tegen te gaan²⁵. In § 2.7.3 is al opgemerkt dat de beperkte opvatting van Knigge en Groenhuijsen van het 'verdedigingsbelang', dat zich in hun visie niet verder uitstrekt dan het belang van een onschuldige verdachte bij vrijspraak – een schuldige verdachte heeft dus nauwelijks een verdedigingsbelang – procestheoretische consistentie ontbeert. Het recht op "intellectuele autonomie" van de verdachte, die de vrijheid behoudt zichzelf te verdedigen en zijn eigen proceshouding te bepalen²⁶, verraagt zich niet met een beperking van het verdedigingsbelang tot het belang van een onschuldige verdachte bij vrijspraak. Een dergelijk geobjectiveerd verdedigingsbelang staat bovendien op gespannen voet met de presumptie van onschuld, omdat de uitoefening van verdedigingsbevoegdheden niet behoren te worden getoetst aan de vraag of de verdachte al dan niet schuldig is²⁷. De volstrekte partijdigheid van de raadsman heeft nauwelijks betekenis, als deze partijdigheid zich alleen mag uitstrekken tot een geobjectiveerd verdedigingsbelang, zoals dat door Groenhuijsen en Knigge wordt gedefinieerd.

Bovengenoemde constructies vertonen ieder voor zich innerlijke tegenstrijdigheden. Dat kan ook moeilijk anders. Het is immers niet mogelijk een consistent systeem te bedenken waarin de effectieve uitoefening van de verdedigingsrechten wordt gewaarborgd en waarin deze rechten tegelijkertijd ondergeschikt worden gemaakt aan het opsporingsbelang en een efficiënte rechtspleging. De klassieke

24 Groenhuijsen en Knigge 2000, p. 24 en p. 35.

25 Zie § 1.2.1.2, met name de stelling van Blok, *Handelingen NJV 1918 II*, p. 91-104 dat de belangen van een schuldige verdachte geen rechtmatige belangen zijn.

26 Zie Groenhuijsen en Knigge 2000, Algemeen deel, p. 33.

27 Zie § 2.7.3.

benadering bij de toekenning van verdedigingsbevoegdheden in een inquisitoire procescultuur is, dat een afweging wordt gemaakt tussen het verdedigings- en vervolgingsbelang. Dat aan deze belangenafweging, met name door de Straatsburgse jurisprudentie, grenzen worden gesteld in die zin dat niet iedere beperking van de verdedigingsbevoegdheden kan worden gerechtvaardigd door een (zwaar-der wegend) opsporings- of vervolgingsbelang is een relatief nieuwe ontwikkeling, waaruit kan worden afgeleid dat verdedigingsrechten een zelfstandige waarde hebben. Deze ontwikkeling leidt weer tot reacties die typerend zijn voor een inquisitoire procescultuur. Als een beperking van een verdedigingsrecht niet verenigbaar is met het recht op een eerlijk proces, dan wordt de uitoefening van dit verdedigingsrecht voorbehouden aan de raadsman met uitsluiting van de verdachte. Hierbij wordt de fictie gehanteerd dat de raadsman deze bevoegdheden in de plaats van de verdachte kan uitoefenen. Een andere 'oplossing' is dat het verdedigingsbelang wordt geobjectiveerd en beperkt. Het gevolg hiervan is, dat de raadsman in een schizofrene positie wordt gemanoeuvreerd, doordat hij min of meer gedwongen wordt rekening te houden met het algemeen belang van opsporing en vervolging, hetgeen in strijd is met zijn functie als partijdige belangenbehartiger.

Ook de bevoegdheden die gerelateerd zijn aan de verdedigersrol van de advocaat, het vrij verkeer en het verschoningsrecht, worden ondergeschikt gemaakt aan het onderzoeksbelang. Het vrij verkeer moet in de beginfase van het onderzoek tijdens de politieverhoren plaats maken voor de voortgang van de verhoren²⁸ en het verschoningsrecht is door de invoering van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden in het belang van een effectieve opsporing nauwelijks meer met effectieve waarborgen omgeven²⁹.

4.3 Een vergelijking tussen de strafprocessuele en gedragsrechtelijke normering

Een van de vragen die in dit onderzoek centraal staat is, hoe de gedragsrechtelijke normen die kunnen worden ontleend aan het tuchtrecht aansluiten bij de strafprocessuele bepalingen die de positie van de raadsman normeren.

4.3.1 *De onafhankelijkheid en vrijheid van de verdediging*

In het tweede hoofdstuk is geconcludeerd dat het Wetboek van Strafvordering geen expliciete inhoudelijke normen bevat voor de wijze waarop de verdediging moet worden gevoerd, maar een stelsel van rechten en bevoegdheden bevat waarvan de verdediging naar eigen inzicht gebruik kan maken. Het Wetboek van Strafvordering kent de raadsman, voorzover het gaat om de uitoefening van de van de verdachte afgeleide bevoegdheden geen eigen verantwoordelijkheid toe. De verdachte en zijn raadsman zijn vrij de verdediging naar eigen inzicht te voe-

28 § 2.9.2.

29 § 2.10.7.2-§2.10.7.3.

ren en de rechter mengt zich in beginsel niet in de verhouding tussen de raadsman en de verdachte³⁰. Dit uitgangspunt is ook terug te vinden in de uitspraken van het EHRM. De overheid heeft alleen een positieve verplichting in te grijpen in een situatie dat de raadsman overduidelijk zijn plichten verzaakt hetgeen pas wordt aangenomen als de raadsman geheel verstek laat gaan³¹. Meijers leidt uit deze jurisprudentie van het EHRM af dat het verdragsrecht ook aan de raadsman verplichtingen oplegt als het gaat om kwaliteitseisen, vakmanschap en het gebruik van de voorhanden processuele mogelijkheden³². Of een zo vergaande horizontale werking van het EVRM mag worden aangenomen, waag ik echter te betwijfelen. Het feit dat de staat aansprakelijk wordt gehouden voor de omstandigheid dat een raadsman zijn verplichtingen in het kader van de verdediging volkomen verwaarloost omdat, indien dit kenbaar is, de staat een positieve verplichting heeft te zorgen voor effectieve rechtsbijstand, betekent nog niet dat het EHRM van toepassing is op de (privaatrechtelijke) relatie tussen de raadsman en zijn cliënt³³. Bovendien blijkt uit de jurisprudentie van het EHRM, dat het EHRM zich juist *niet* inlaat met de wijze waarop de verdediging wordt gevoerd en de keuzes die door de raadsman in het kader van de verdedigingsstrategie worden gemaakt, ook al wijzen de feiten erop dat de raadsman tekortgeschoten is³⁴. Aan zowel de nationale strafvorderlijke regelgeving en jurisprudentie als de jurisprudentie van het EHRM ligt ten grondslag dat de overheid zich niet dient te mengen in de wijze waarop de verdediging wordt gevoerd. Dit is een belangrijke waarborg voor de vrijheid van verdediging, die net als andere klassieke grondrechten zoals de vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy, beschermd moet worden tegen overheidsinmenging. Ingrijpen in de vrijheid van verdediging is slechts toelaatbaar, als de voortgang van de strafprocedure onmogelijk wordt gemaakt, zoals bijvoorbeeld bij het verstoren van de orde tijdens de zitting of bij een gebruik van bevoegdheden waarbij de verdachte geen enkel rechtens te respecteren belang kan hebben³⁵. De vrijheid van de verdediging wordt ook in de tuchtrechtspraak erkend, doordat klachten van officieren van justitie en rechters die betrekking hebben op de inhoud van de verdediging niet ontvankelijk worden verklaard, omdat alleen cliënten hierbij als belanghebbenden worden aangemerkt³⁶. Het uitgangspunt van vrijheid van de verdediging komt eveneens tot uitdrukking in de tuchtrechtspraak

30 § 2.4.7.3.

31 § 2.11.9.

32 Meijers 2000.

33 Van Dijk/Van Hoof 1998, p. 22-26 en Verheij 1992, p. 48 e.v. en p. 174 e.v.

34 Zie § 2.11.10. en § 2.11.9, met name de daar geciteerde overweging uit EHRM 24-11-1993, Imbrioscia, NJ 1994, 459: "However that may be, the applicant did not at the outset have the necessary legal support, but "a state cannot be held responsible for every shortcoming on the part of a lawyer appointed for legal purposes". (...) Owing to the legal professions' independence, the conduct of the defense is essentially a matter between the defendant and his representative; under Article 6 § 3 c the contracting States are required to intervene only if a failure by counsel to provide effective representations is manifest or sufficiently brought to their attention".

35 § 2.7.4.

36 § 3.7.1.

met betrekking tot het optreden ter terechtzitting, de contacten met de media en het gebruik van procedurele middelen. Advocaten wordt een grote vrijheid toegekend de verdediging te voeren op een wijze die hen goeddunkt en er wordt niet snel aangenomen dat hierbij de grenzen van het toelaatbare worden overschreden³⁷. De grens wordt gelegd bij het uiten van schadelijke of kwetsende beschuldigingen ten opzichte van derden, waarvan de advocaat weet dat deze onjuist zijn, of die hij niet geverifieerd heeft. Dergelijke beschuldigingen, ook al zijn zij juist, mogen ook niet geuit worden indien op geen enkele wijze duidelijk wordt welk verdedigingsbelang daarmee gediend is. Voor het overige mag de advocaat afgaan op de mededelingen van zijn cliënt met betrekking tot de feiten en is hij ook vrij de visie van de cliënt op de feiten voor het voetlicht te brengen, ook al is deze (kennelijk) onjuist. Voorzichtig moet de advocaat echter zijn met feiten die hij uit eigen wetenschap aan de orde stelt. Voor de juistheid van deze feiten draagt de advocaat een eigen verantwoordelijkheid.

Dezelfde ruime vrijheid heeft de advocaat bij het uiten van kritiek op justitiële en rechterlijke instanties. Uit de tuchtrechtspraak kan worden afgeleid dat indien vermoedens van misstanden kunnen worden beargumenteerd, de advocaat vrijheid van meningsuiting heeft. Hij mag daarbij ook waardeoordelen uitspreken over het (dis)functioneren van de rechterlijke macht³⁸. Uit Straatsburgse jurisprudentie blijkt dat het EHRM van oordeel is dat een advocaat, gelet op zijn centrale positie in de rechtspleging als intermediair tussen de burgers en de gerechten, zekere restricties kunnen worden opgelegd met betrekking tot zijn vrijheid van meningsuiting met het oog op het belang van het vertrouwen in de rechtspleging en het respect voor de rechterlijke autoriteiten³⁹. In de zaak Schöpfer⁴⁰ achtte het EHRM het niet in strijd met artikel 10 EVRM dat van een advocaat, alvorens hij beschuldigingen uit over het disfunctioneren van rechterlijke autoriteiten in de pers, geëist wordt dat hij zijn bezwaren eerst via de geëigende juridische kanalen aan de orde stelt. Het EHRM voegt daaraan echter toe dat bij de afweging tussen het recht van het publiek op informatie en de vereisten van een goede rechtspleging en waardigheid van het juridische beroep, aan de betrokken autoriteiten een zekere beleidsvrijheid toekomt bij het bepalen van de grenzen van het toelaatbare. Uit de Nederlandse tuchtrechtspraak kan worden afgeleid dat het klimaat wat dit aangaat in Nederland veel liberaler is dan in Zwitserland, waar Schöpfer tuchtrechtelijk werd gestraft wegens kritiek op de justitiële autoriteiten in de pers, omdat hij had nagelaten eerst te pogen de justitiële kanalen te bewandelen om aan de door hem gesignaleerde misstanden een einde te maken. Volgens de Nederlandse tuchtrechtspraak hoeft de advocaat bij contacten met de media geen rekening te houden met opsporingsbelangen als het erom gaat een cliënt van verdenking te zuiveren. Evenmin is de advocaat tuchtrechtelijk gebonden aan regels van fair play, op grond waarvan de officier van justitie door de advocaat tevoren zou

37 § 3.9.5.1.

38 § 3.10.4.

39 § 2.11.9.

40 EHRM 22-05-1998, Schöpfer, Reports 1998-II.

moeten worden ingelicht over de informatie die de advocaat aan de media verstrekt⁴¹.

Wat het oneigenlijk gebruik van procedurele bevoegdheden aangaat, kan uit de (spaarzame) tuchtrechtspraak worden afgeleid dat de advocaat van de tuchtrechter een ruime marge krijgt om de belangen van de cliënt te behartigen. Bij de belangenafweging die de advocaat moet maken speelt het cliëntenbelang een doorslaggevende rol. Zo is het overleggen van onrechtmatig verkregen bewijs niet ontoelaatbaar indien dit voor de cliënt ontlastende feiten bevat, die niet op een andere manier kunnen worden achterhaald en wordt het ook toelaatbaar geacht dat de advocaat de verdediging neerlegt om een aanhouding van de behandeling van de zaak te forceren, als daarmee het verdedigingsbelang wordt gediend⁴². Ook het bedingen van een voordeel bij het OM door middel van de teruggave van een gestolen goed is volgens het Hof van Discipline geen ongeoorloofd middel om het cliëntenbelang te dienen, mits de advocaat niet zelf betrokken raakt bij criminele ondernemingen en organisaties en vermijdt dat zijn vrije en onafhankelijke beroepsuitoefening in gevaar komt⁴³.

4.3.2 *De verantwoordelijkheden van de raadsman*

Wat de inhoud van de verdediging aangaat, vindt de normering van het optreden van advocaten via het tuchtrecht plaats, dat als algemeen doel heeft een behoorlijke beroepsuitoefening te waarborgen. De belangrijkste uitgangspunten van een behoorlijke beroepsuitoefening zijn: de principiële partijdigheid van de advocaat, het waarborgen van een vertrouwensrelatie, een kwalitatief goede dienstverlening en het bevorderen van een goede rechtsbedeling⁴⁴.

Tussen de principiële partijdigheid en het bevorderen van een goede rechtsbedeling zit een spanningsveld dat onder andere tot uitdrukking komt in Regel 9 van de Gedragsregels 1992. Hierin wordt enerzijds bepaald dat de advocaat volledig verantwoordelijk is voor de behandeling van de zaak en zich niet aan deze verantwoordelijkheid kan onttrekken met een beroep op een opdracht van zijn cliënt, en anderzijds dat de advocaat geen handelingen mag verrichten tegen de kennelijke wil van zijn cliënt. Bij een blijvend meningsverschil dient de advocaat zich terug te trekken. In deze regel wordt de onafhankelijkheid van de advocaat ten opzichte van zijn cliënt tot uitdrukking gebracht. De cliënt kan de advocaat niet dwingen tot bepaalde handelingen en in de onderlinge relatie moet de advocaat zich onafhankelijk te opzichte van zijn cliënt kunnen opstellen. De vraag is nu hoe deze gedragsregel moet worden uitgelegd als de advocaat een cliënt in een strafzaak bijstaat. Zoals hiervoor beschreven kan op grond van de analyse van de strafvorderlijke bepalingen en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie worden geconcludeerd dat de verdachte bij zijn verdediging *dominus litis* is⁴⁵. De

41 § 3.10.2.

42 § 3.11.

43 § 3.12.2.4.

44 § 3.5.

45 § 4.1.

advocaat heeft blijkens gedragsregel 9 echter een eigen verantwoordelijkheid voor de behandeling van de zaak. Deze regel geeft geen duidelijkheid tot hoever de advocaat de wil van zijn cliënt moet opvolgen en wanneer hij zijn eigen verantwoordelijkheid moet nemen. Wanneer is een handeling in strijd met een goede rechtsbedeling? Onomstreden is dat de advocaat zich in ieder geval moet houden aan de grenzen van de wet. Maar hoe zit het met handelingen waarvan de advocaat het nut niet inziet, zoals bijvoorbeeld het voeren van een bepaald verweer of het oproepen van een bepaalde getuige? In één tuchtzaak heeft het HvD aangenomen dat de advocaat in een strafzaak, ook al ziet hij de zin van een bepaalde proceshandeling niet in, aan de wensen van de cliënt tegemoet moet komen, voorzover dat in redelijkheid en binnen de grenzen van de wet mogelijk is⁴⁶. In de overige tuchtrechtspraak waar deze kwestie aan de orde is wordt echter in zijn algemeenheid het standpunt ingenomen dat de advocaat de leiding van de verdediging heeft en zelfstandig beslissingen mag nemen. De advocaat handelt pas tuchtrechtelijk laakbaar als zijn cliënt zich tegen de wijze waarop hij de verdediging voert uitdrukkelijk (blijft) verzet(ten) of indien de cliënt in zijn verdediging wordt geschaad⁴⁷.

Ik ben van mening dat de eerstgenoemde uitspraak van het Hof van Discipline, waarin het hof heeft uitgemaakt dat de advocaat in een strafzaak, ook al ziet hij de zin van een bepaalde proceshandeling niet in, aan de wensen van de cliënt tegemoet moet komen voorzover dat in redelijkheid en binnen de grenzen van de wet mogelijk is, beter aansluit bij positie van dominus litis die de verdachte in het strafproces inneemt dan de jurisprudentie waarin wordt aangenomen dat de raadsman in beginsel de regie van de verdediging heeft. Dat de raadsman de wil van de verdachte moet respecteren kan ook worden afgeleid uit de uitspraak van het HvD van 8 november 1999 met betrekking tot de vraag hoe de advocaat zich dient op te stellen indien hij het verzoek krijgt cliënten bij te staan met mogelijk tegenstrijdige belangen⁴⁸. In deze uitspraak oordeelt het HvD dat het de verdachte zelf is die uiteindelijk beslist welke procesopstelling hij kiest en of hij afziet van een voor hem gunstige strategie, die in het nadeel is van een medeverdachte. De taak van de advocaat is volgens het hof in een dergelijke situatie de betrokken verdachte zorgvuldig te adviseren en schriftelijk te wijzen op de implicaties van een gekozen proceshouding. Verder dient de advocaat waarborgen te scheppen dat de cliënt ook de vrijheid behoudt zijn processtrategie te wijzigen. In deze uitspraak wordt tot uitdrukking gebracht dat de taak van de advocaat bij de keuze van de verdedigingsstrategie ligt in een goede voorlichting en advisering van de cliënt, zodat deze een verantwoorde keuze kan maken met betrekking tot de te voeren strategie. Dit is een andere benadering, dan het uitgangspunt dat de advocaat de strategie bepaalt en 'slechts' rekening hoeft te houden met de mening van de cliënt als deze uitdrukkelijk protesteert.

46 HvD 18-03-1991, nr. 1477, Advocatenblad 1992, p. 552.

47 § 3.8.4.

48 HvD 08-11-1999, Advocatenblad 2000, p. 508; zie § 3.8.7.2.

4.4 Het gebruik van de aan de raadsman toekomende geprivilegieerde bevoegdheden

Als het gaat om de aan de raadsman toekomende privileges, zijn uit de strafvorderlijke bepalingen wel normen af te leiden, waaraan de raadsman gebonden is bij zijn verdedigingsactiviteiten. Wat het vrij verkeer betreft is de belangrijkste norm dat het vrij verkeer niet mag worden gebruikt om de opsporing van de waarheid te belemmeren⁴⁹. Bij het verschoningsrecht is van belang dat dit recht niet wordt gezien als een recht waarop de cliënt aanspraak kan maken, maar als een recht van de advocaat. De advocaat heeft voor de uitoefening van dit recht een eigen verantwoordelijkheid.

4.4.1 *Vrij verkeer en waarheidsvinding*

Op grond van artikel 50 lid 2 Sv kan het vrij verkeer tussen de verdachte en zijn raadsman worden beperkt als hierdoor de waarheidsvinding in het gedrang komt. Dit kan gebeuren als de raadsman informatie heeft waarvan de verdachte volgens de officier van justitie of rechter-commissaris tijdelijk onkundig moet blijven⁵⁰, of indien de raadsman pogingen doet om het onderzoek naar de waarheid te belemmeren⁵¹. Uit de jurisprudentie blijkt dat het merendeel van de gevallen waarin op grond van artikel 50 lid 2 Sv het contact tussen de raadsman en zijn cliënt tijdelijk is verboden, betrekking heeft op situaties waarin een raadsman meer verdachten in een zaak bijstaat of situaties waarin raadsliden van medeverdachte onderling contact hebben. Het is de vraag of de beperking van het vrij verkeer, om andere redenen dan misbruik, de toets aan het EVRM kan doorstaan. Uit de Straatsburgse jurisprudentie blijkt dat collusiegevaar, doordat advocaten van verschillende verdachten in één zaak de verdediging coördineren, door het EHRM niet als grondslag wordt geaccepteerd het vrij verkeer te ontzeggen of aan toezicht te onderwerpen⁵². De tuchtrechtspraak loopt echter aan de leiband van de strafvorderlijke waarheidsvinding. De raadsman dient zich in zijn algemeenheid te onthouden van alles wat redelijkerwijs de rechtmatige waarheidsvinding door justitiële autoriteiten nadeel zou kunnen berokkenen⁵³. Deze regel geldt in versterkte mate als de verdachte cliënt in verzekering is gesteld of in voorlopige hechtenis zit. Als aan de verdachte bovendien door de officier van justitie of de rechter-commissaris alle beperkingen zijn opgelegd⁵⁴, dan dient de advocaat zich te onthouden van iedere gedraging die indruist tegen het doel dat door de oplegging van de beperkingen wordt beoogd. Dit betekent dat de advocaat geen inhoudelijke informatie van de cliënt naar buiten mag brengen of bij derden mag controleren en dat de advocaat de cliënt ook geen informatie van derden mag geven. Daarbij acht de tuchtrechter het irrelevant of het onderzoek daadwerkelijk is be-

49 § 2.9.3.1.

50 § 2.9.3.2.

51 § 2.9.3.1.

52 § 2.11.12. Zie met name EHRM 28-11-1991, S v. Zwitserland, NJ 1994, 88.

53 § 3.9.1.

54 Ex art. 222 en art. 225 Invoeringswet Wetboek van Strafvordering.

lemmerd. Opmerkelijk is dat in een aantal tuchtrechtelijke uitspraken dit strenge criterium ook wordt gehanteerd als aan de verdachte géén beperkingen zijn opgelegd⁵⁵. Doorslaggevend voor de tuchtrechter is in dit soort situaties niet het verdedigingsbelang, maar het belang van het in stand houden van de privileges van de advocatuur bij de verdediging in strafzaken en het belang dat het vertrouwen in de advocatuur niet wordt geschaad.

4.4.2 *Verschoningsrecht en geheimhoudingsplicht*

Wat het verschoningsrecht en de geheimhoudingsplicht aangaat, zijn er vanuit strafvorderlijk oogpunt twee situaties te onderscheiden: de situatie waarbij de advocaat het zelf in de hand heeft of hij zijn geheimhoudingsplicht al dan niet schendt en de situatie waarbij gegevens die onder de geheimhoudingsplicht vallen buiten zijn weten in handen van justitie komen. In de eerstgenoemde situatie is de advocaat getuige of wordt bij hem een huiszoeking gedaan, in de laatstgenoemde situatie gaat het om het toepassen van opsporingsbevoegdheden waarbij buiten medeweten van de advocaat ook gegevens kunnen worden verzameld die afkomstig zijn uit vertrouwelijke contacten tussen de advocaat en zijn cliënt.

*Ondanks de omstandigheid dat de schending van de geheimhoudingsplicht een strafbaar feit oplevert*⁵⁶, bieden de strafvorderlijke bepalingen de advocaat alle ruimte om het verschoningsrecht te doorbreken. Als de advocaat als getuige wordt opgeroepen, dan mag hij zelf bepalen of hij zijn geheimhoudingsplicht al dan niet schendt. Als er voor de advocaat kenbare dwangmiddelen worden toegepast, zoals bijvoorbeeld een huiszoeking, dan wordt de toepassing van het dwangmiddel toelaatbaar geacht als de advocaat toestemming verleent, ook al schendt hij daarbij zijn geheimhoudingsplicht. Uit strafvorderlijk oogpunt is de bescherming van de geheimhoudingsplicht een verantwoordelijkheid van de advocaat. Over het antwoord op de vraag of de advocaat ook een verschoningsplicht heeft verschillen in de literatuur de meningen⁵⁷. Vanuit tuchtrechtelijk perspectief ligt dat anders. De handhaving van het beroepsgeheim wordt in de tuchtrechtspraak als een van de wezenlijkste beroepsplichten gezien, waarop slechts in overmachtsituaties een inbreuk mag worden gemaakt⁵⁸.

Bij de toepassing van dwangmiddelen is in de strafvorderlijke jurisprudentie een ontwikkeling zichtbaar, waarbij de zeggenschap van de advocaat over wat er wel en niet onder zijn geheimhoudingsplicht valt, komt te vervallen op het moment dat de advocaat als verdachte wordt aangemerkt. Vertrouwelijke gegevens, uitgewisseld met cliënten die als medeverdachte van de advocaat worden beschouwd, vallen dan niet meer onder de geheimhoudingsplicht c.q. het verschoningsrecht. In dergelijke gevallen dient de rechter-commissaris, eventueel in samenspraak met de plaatselijk deken van de Orde van Advocaten ervoor te waken dat er geen gegevens worden prijsgegeven aan het strafrechtelijke onderzoek, die

55 § 3.9.2.

56 Art. 272 Sr.

57 § 2.10.2.

58 § 3.8.6.1.

wel onder de geheimhoudingsplicht vallen. Verontrustend is, dat bij de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden vertrouwelijke gegevens in het geheel niet meer zijn afgegrensd. Deze opsporingbevoegdheden kunnen ook op advocaten worden toegepast die niet als verdachte zijn aangemerkt. Weliswaar geldt voor gegevens die onder de geheimhoudingsplicht vallen een vernietigingsplicht ex artikel 126aa lid 2 Sv, maar vernietiging vindt pas plaats nádat de justitiële autoriteiten kennis hebben genomen van de vertrouwelijke gegevens. Bovendien komt de beoordeling van de vraag welke gegevens vertrouwelijk zijn in eerste instantie toe aan de officier van justitie. Het is de vraag of deze verregaande inbreuk op het beroepsgeheim in overeenstemming is met de Straatsburgse jurisprudentie waarin geëist wordt dat bij advocaten die als verdachten worden aangemerkt een zorgvuldige en precieze procedure moet worden gevolgd bij het scheiden van vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke gegevens. Hierbij wordt rechterlijke toezicht van belang geacht, evenals de aanwezigheid van een onafhankelijk persoon. Deze zorgvuldigheidsnormen moeten in acht worden genomen bij advocaten die zelf verdachte zijn. Het EHRM heeft zich nog niet uitgelaten over de toepassing van opsporingsbevoegdheden die een inbreuk maken op de vertrouwelijke contacten met advocaten die niet als verdachte worden aangemerkt. Het is maar zeer de vraag of het onderzoeksbelang een voldoende grondslag biedt voor een zo vergaande inbreuk op de vertrouwelijke contacten tussen advocaten en cliënten, als door de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden wordt mogelijk gemaakt. Duidelijk is in ieder geval dat de zorgvuldigheidseisen, zoals de betrokkenheid van de deken als onafhankelijk persoon bij het scheiden van vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke gegevens en het rechterlijk toezicht daarop, volstrekt onder de maat zijn uitgewerkt bij de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden⁵⁹.

4.5 Aanbevelingen

Op grond van de resultaten van het in dit boek beschreven onderzoek worden de volgende aanbevelingen gedaan, die enerzijds betrekking hebben op de strafprocessuele positie van de raadsman en anderzijds betrekking hebben op zijn beroepsmatige verplichtingen.

4.5.1 Aanbevelingen ten aanzien van het strafproces

1. Voor de invulling van de taak en rol van de raadsman is van belang, dat erkend wordt dat de verdachte en de raadsman verschillende processuele functies hebben. Het recht van de verdachte om zichzelf te verdedigen en het recht zich te laten bijstaan door een raadsman zijn geen inwisselbare alternatieven. Beide vormen van verdediging hebben een eigen functie en vullen elkaar aan. In dit verband is het van belang dat uitlatingen van de raadsman niet als bewijs tegen de verdachte kunnen worden gebruikt. Alleen de verdachte zelf

59 § 2.10.7.3.

kan van één van beide verdedigingsvormen afstand doen⁶⁰. De regeling van artikel 279 Sv, waarbij de verdachte de raadsman kan machtigen de verdediging bij zijn afwezigheid te voeren, met als consequentie dat in dat geval een behandeling op tegenspraak wordt geacht te hebben plaatsgevonden, dient te worden afgeschaft. Deze gaat immers uit van de fictie dat de raadsman de verdachte zou kunnen vervangen. Bovendien is deze regeling niet in het leven geroepen om de kwaliteit van het onderzoek ter terechtzitting te verbeteren, maar om de executiemogelijkheden te vergemakkelijken. Als een behandeling bij verstek mogelijk is, dan zijn er geen legitieme argumenten de raadsman niet tot de verdediging toe te laten met de toekenning van de volledige bevoegdheden, voorzover de raadsman van oordeel is dat hij deze namens de verdachte kan uitoefenen.

Een verplichte procesvertegenwoordiging is toelaatbaar als de juridische gecompliceerdheid van de procedure dat eist. Een verplichte procesvertegenwoordiging dient echter niet, zoals in de huidige cassatieregeling⁶¹, te worden gecombineerd met een door de raadsman in te dienen verplichte cassatieschriftuur op straffe van niet ontvankelijkheid. Hierdoor wordt van de advocaat verwacht dat hij zich gedraagt als een vooruitgeschoven post van de Hoge Raad, *hetgeen zich niet verdraagt met de partijdige positie die hij inneemt*.

2. Aan de raadsman dienen geen bevoegdheden te worden toegekend die niet aan de verdachte toekomen. Dit betekent dat indien de verdachte een getuigenverhoor niet mag bijwonen, dit recht evenmin aan de raadsman toekomt. Dit geldt ook voor de kennisneming van de processtukken. Dit uitgangspunt is niet alleen van belang voor de handhaving van het recht van de verdachte zijn eigen processtrategie te bepalen, maar ook voor de instandhouding van de vertrouwensrelatie tussen de verdachte en zijn raadsman. Tevens kan dan worden voorkomen dat de bevoegdheidsuitoefening door de raadsman als 'alibi' gaat fungeren in die zin, dat wordt aangenomen dat aan de rechten van de verdediging voldoende tegemoet is gekomen als deze door de raadsman worden uitgeoefend. Indien aan de raadsman en de verdachte steeds gelijke bevoegdheden toekomen, wordt ook een zuiverder afweging gemaakt of de verdachte bij het onthouden van bepaalde verdedigingsrechten nog wel een eerlijk proces heeft gehad. Een principieel gelijke bevoegdheidstoekenning laat onverlet dat raadsman en verdachte in overleg kunnen afspreken dat alleen de raadsman of alleen de verdachte een bevoegdheid zal uitoefenen. Het behoort tot de vrijheid van de verdachte om te bepalen op welke wijze hij zich wil verdedigen.
3. Als aan de raadsman het recht wordt toegekend namens de verdachte bevoegdheden uit te oefenen in diens afwezigheid en de verdachte gehouden wordt aan eenmaal door zijn raadsman ingenomen standpunten, dan is een desaveu-procedure op zijn plaats waarin de verdachte verzet kan doen tegen

60 § 2.11.2.

61 § 2.4.10.1 en § 2.4.10.2.

- een handelen of nalaten van zijn raadsman, indien deze niet conform de instructies of zonder instructies van de verdachte heeft gehandeld⁶².
4. Het versplinterde systeem van toekenningen van bevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering aan de verdediging zoals beschreven in de § 2.4 e.v. kan worden vervangen door één bepaling waarbij aan de verdachte het recht wordt toegekend zich te laten bijstaan door een raadsman. Hierbij kan worden gedacht aan een gelijksoortige bepaling als thans geldt voor het gerechtelijk vooronderzoek en het onderzoek ter terechtzitting, namelijk dat elke bevoegdheid die toekomt aan de verdachte ook toekomt aan de raadsman die de verdachte bijstaat. Daarbij kan worden opgenomen dat de raadsman zonodig opmerkingen kan maken, vragen kan stellen en/of aanwijzingen kan geven en verklaringen woordelijk in proces-verbaal kan laten opnemen. De verspreid in het Wetboek van Strafvordering voorkomende bepalingen waarin afzonderlijk is vermeld dat de verdachte zich kan laten bijstaan of dat ook de raadsman wordt gehoord, kunnen dan komen te vervallen.
5. Het recht op bijstand van de verdachte, zoals thans geformuleerd in artikel 28 Sv, zou duidelijker moeten worden vastgelegd, in die zin in dat de verdachte steeds wanneer hij daartoe behoefte heeft contact kan opnemen en kan overleggen met zijn raadsman en vice versa. Als de verdachte in toenemende mate wordt aangemerkt als zelfstandige en volwaardige procespartij⁶³, dient daaraan ook de consequentie te worden verbonden dat hij zich moet kunnen laten adviseren en bijstaan. Dit geldt zeker tijdens de politieverhoren, waarin de verdachte vitale beslissingen moet nemen ten aanzien van de door hem in te nemen proceshouding. Recentelijk gedane voorstellen om tot audiovisuele registratie van verdachtenverhoren over te gaan⁶⁴, vormen geen alternatief voor de bijstand van een raadsman tijdens deze verhoren. Weliswaar wordt door audiovisuele registratie een betere controle mogelijk op wat er tijdens het verhoor gebeurt, deze controle kan echter de rechtsbijstand en advisering door een raadsman niet vervangen⁶⁵. Niet valt in te zien waarom het onderzoeksbelang een legitiem argument is de verdachte tijdens zijn verhoren bijstand te onthouden⁶⁶. De voortgang van het onderzoek kan evenmin een argument vormen om overleg tussen de verdachte en de raadsman te weigeren of op te schorten, tenzij van het recht op overleg misbruik zou worden gemaakt. Van misbruik is slechts sprake als de advocaat de contacten met zijn cliënt doelbewust aanwendt om te voorkomen dat zijn cliënt door de politie gehoord wordt of om opsporende instanties te hinderen termijnen na te komen waaraan

62 § 2.6.4.2.

63 Zie Groenhuijsen en Knigge 2000, Algemeen deel, p. 34; Meijers 1993 en zie ook § 1.10.4.

64 Audiovisuele registratie van verdachtenverhoren, Advies van de Recherche Adviescommissie aan de minister van justitie 27 maart 1998, uitgebracht op verzoek van de minister van justitie Sorgdrager naar aanleiding van een pleidooi hiertoe van het advocatenkantoor Seegers, Meijering, Ficq & Van Kleef te Amsterdam, zie bijlagen bij het advies van de RAC.

65 Zie voor eenzelfde standpunt: Lensing 1998, p. 40 en 45.

66 Zie § 1.9.2 e.v. en § 2.11.7.

zij zich hebben te houden, zoals bijvoorbeeld de voorgeleiding voor de officier van justitie bij de invezekeringstelling of de voorgeleiding bij de RC ex artikel 59a Sv in verband met de toetsing van de rechtmatigheid van de invezekeringstelling. Van misbruik zou ook sprake kunnen zijn als de raadsman door zijn optreden tijdens het verhoor de orde zodanig verstoort dat een verhoor niet meer mogelijk is. Ingeval van weigering of opschorting van het vrij verkeer zou eenzelfde regeling in het leven kunnen worden geroepen als thans geldt bij de beperking van het vrij verkeer op grond van artikel 50 lid 2 Sv: overleg kan alleen schriftelijk gemotiveerd worden geweigerd als er aanwijzingen zijn dat hiervan misbruik wordt gemaakt. Een weigering overleg toe te staan of de raadsman aanwezig te laten zijn bij een verhoor dient door de rechtbank ambtshalve te worden getoetst, vergelijkbaar met de regeling van artikel 50 lid 3 Sv.

6. Op grond van de onder punt 5 genoemde argumenten dienen de mogelijkheden om het vrij verkeer te ontzeggen op grond van artikel 50 lid 2 Sv wegens het belang van het onderzoek of misbruik van het vrij verkeer te worden afgeschaft. Deze regeling staat op gespannen voet met het recht van de verdachte op bijstand. De toevoeging van een vervangend raadsman op grond van artikel 50a Sv biedt geen effectieve oplossing voor dit probleem⁶⁷. Als de raadsman wordt verdacht van misbruik van vrij verkeer kan de tuchtrechtelijke weg worden bewandeld. Dit voorstel werd ook gedaan door de Commissie Moons, maar hieraan werd niet de voorkeur gegeven omdat de Advocatenwet niet voorziet in een mogelijkheid om de raadsman hangende een onderzoek in de uitoefening van zijn beroep te schorsen⁶⁸. Thans is een wetsontwerp bij de Tweede Kamer aanhangig, waarin wordt voorgesteld een procedure in de Advocatenwet op te nemen op grond waarvan een advocaat bij een onbehoorlijke praktijkuitoefening kan worden geschorst of anderszins voorlopige voorzieningen kunnen worden getroffen⁶⁹. Hoewel deze regeling bedoeld is om snel maatregelen te kunnen nemen voor een niet functionerende praktijk, zou een analoge regeling kunnen worden getroffen voor een advocaat ten aanzien waarvan aanwijzingen bestaan dat hij de waarheidsvinding op onrechtmatige wijze belemmert.

7. De procedurele bescherming van het beroepsgeheim na de invoering van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden is ver onder de maat en kan mijns inziens de toets aan de artikelen 6 en 8 EVRM niet doorstaan⁷⁰. In de eerste plaats zou ten aanzien van een aantal opsporingsbevoegdheden moeten worden bepaald dat deze niet mogen worden ingezet tegen een professionele geheimhouder. Dit zou moeten gebeuren ten aanzien van alle bevoegdheden die gericht tegen een advocaat kunnen worden ingezet, zoals bijvoorbeeld het on-

67 Zie § 2.9.3.4.

68 Commissie Moons 1990, p. 125-127.

69 TK 1999-2000, 26 940.

70 § 2.10.7.2 en § 2.11.11.

der observatie houden van een advocatenkantoor, het af luisteren van de telefoonansluitingen van een advocatenkantoor, het direct af luisteren van een advocatenkantoor of het inzetten van informanten of infiltranten in een advocatenkantoor. Het ontbreken van selectiviteit, dat als belangrijk argument wordt gebruikt om te verantwoorden dat bij een telefoontap op een verdachte de geheimhoudingsplicht niet absoluut te waarborgen is, speelt bij de inzet van deze opsporingsbevoegdheden niet. Verder dient de procedurele bescherming van het beroepsgeheim beter te worden geregeld. De vernietigingsplicht van vertrouwelijke gegevens ex artikel 126aa Sv biedt onvoldoende rechtsbescherming, met name omdat de schifting tussen vertrouwelijke en niet vertrouwelijke gegevens in eerste instantie geschiedt door de officier van justitie. Er dient in ieder geval een regeling te komen die inhoudt, dat de schifting tussen vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke gegevens door de rechter dient te geschieden waarbij de positie van de deken als onafhankelijk persoon moet worden geformaliseerd. Bovendien moet een rechtsgang in het leven worden geroepen voor advocaten om de rechtmatigheid van de toepassing van deze opsporingsbevoegdheden door de rechter te laten toetsen en om vernietiging van vertrouwelijke gegevens die zich in de informatiesystemen van justitie bevinden te kunnen vorderen⁷¹.

8. Het recht op vrije advocatenkeuze zou ook bij ambtshalve toevoegingen moeten worden gewaarborgd.
9. Tot slot is het voor de verdediging van belang dat het vrij verkeer in de penitentiare inrichtingen in mindere mate ondergeschikt worden gemaakt aan het regiem in de inrichting als thans het geval is. De bloktijdenregeling voor advocatenbezoek dient te worden afgeschaft en de telefoonfaciliteiten dienen te worden verruimd.

4.5.2 *Aanbevelingen ten aanzien van de gedragsregels*

De gedragsregels voor advocaten "brengen normen onder woorden, die naar de heersende opvatting binnen de kring van advocaten behoren te worden inachtgenomen bij de uitoefening van het beroep van advocaat", aldus de Inleiding op de Gedragsregels 1992. Deze regels gelden als richtlijn voor de advocaat in de dagelijkse praktijk en zijn ook voor de tuchtrechter bij de toetsing van het handelen van advocaten aan artikel 46 Advocatenwet van belang. De gedragsregels zijn, een enkele uitzondering daargelaten, niet specifiek geschreven voor de raadsman in het strafproces. Aan het nut van een meer specifiek op de strafpraktijk gerichte gedragscode wordt getwijfeld, omdat de algemene regels een afdoende kader bieden voor het optreden van advocaten in strafzaken en omdat gevreesd wordt dat de speelruimte van de verdediging daardoor wordt verkleind⁷². De dilemma's waarmee advocaten in strafzaken geconfronteerd worden, wijken echter af van

71 Zie EHRM 24-08-1998, Lambert, Reports 1998-V.

72 Zie De Roos, 1995, p. 164.

die in andere rechtsgebieden, waarin de advocaat (meestal) niet te maken heeft met cliënten die van hun vrijheid zijn beroofd en waarin in mindere mate sprake is van een overheidsingrijpen dat verregaand de privé-sfeer van cliënten raakt. Daarom is het mijns inziens wel van belang in de gedragsregels bepalingen op te nemen die specifiek betrekking hebben op het optreden van advocaten in strafzaken. Het is niet mijn bedoeling om hier gedetailleerde gedragsregels uit te werken, maar ik kan wel een paar voorzetten geven van onderwerpen die in de gedragsregels zouden kunnen worden verwerkt.

1. In de gedragsregels kan worden aangegeven wat de specifieke taak van de raadsman in strafzaken is. Deze taak is driedig. In de eerste plaats dient hij de verdachte voor te lichten over zijn positie, te adviseren bij beslissingen die de verdachte in het kader van zijn verdediging moet nemen en hem bij de uitvoering daarvan te ondersteunen. In de tweede plaats dient de raadsman toe te zien op de correcte naleving van de procedureregels en de vereisten van een eerlijk proces en in overleg met zijn cliënt zonodig actie te ondernemen, indien deze regels geschonden worden. Ten derde is de raadsman de woordvoerder van de verdachte en staat hij hem bij tijdens onderzoekshandelingen, tijdens verhoren en op zittingen⁷³.
2. Aansluitend op het voorgaande punt, zou een nadere uitwerking moeten komen van regel 9 Gedragsregels 1992 waarin de verantwoordelijkheid voor de behandeling van de zaak bij de advocaat wordt gelegd. Zoals hiervoor onder § 4.3.2 is aangegeven is het niet duidelijk hoe deze regel zich verhoudt tot het uitgangspunt dat de verdachte in het strafproces *dominus litis* is. De huidige gedragsregel laat, zoals blijkt uit de daarop betrekking hebbende tuchtspraak, mijns inziens te veel ruimte over om aan te nemen dat de advocaat bij de verdediging de regie bepaalt, zolang de cliënt daartegen niet uitdrukkelijk protesteert en legt te weinig nadruk op het gegeven dat in het strafproces de verdachte *dominus litis* is⁷⁴.
3. Er zouden waarborgen moeten worden geschapen voor de cliënt, dat de wijze waarop de raadsman de verdediging voert, tot stand komt in overleg met de cliënt en geschiedt conform de wil van de cliënt. Voorbeelden over de wijze waarop aan deze waarborgen vorm kan worden gegeven zijn te vinden in de tuchtrechtelijke jurisprudentie met betrekking tot het behartigen van tegenstrijdige belangen⁷⁵, de voorlichting van de cliënt om in aanmerking te komen voor gefinancierde rechtsbijstand⁷⁶ en de advisering van de cliënt⁷⁷. Hierbij gaat het er met name om, hoe aan een zorgvuldige advisering vorm moet

73 Zie de 'Havana Principles' van de VN, genoemd in § 2.11.

74 Zie ook § 3.8.4.

75 § 3.8.7.2.

76 § 3.8.2.

77 Zie met name RvD Amsterdam 03-03-2000, nr. 99-127H, niet gepubl., met betrekking tot de advisering over het maken van video-opnamen van het verhoor van de cliënt in § 3.8.5.

worden gegeven. In toenemende mate wordt in de tuchtrechtspraak het belang van regel 8 Gedragsregels 1992 benadrukt dat een schriftelijke bevestiging of vastlegging van de consequenties en risico's van een bepaalde processtrategie noodzakelijk is. In feite gaat het om scheppen van waarborgen voor een 'informed consent' van de cliënt voor de wijze waarop de advocaat de strafzaak behandelt en de cliënt bijstaat. Schriftelijke vastlegging van gemaakte afspraken en gekozen strategieën is ook van belang als de cliënt de advocaat verzoekt de verdediging in zijn afwezigheid te voeren.

4. Mijns inziens zou de uiterst voorzichtige jurisprudentie van de tuchtrechter met betrekking tot een mogelijke belemmering van de waarheidsvinding door de advocaat moeten worden bijgesteld. Deze jurisprudentie laat de advocaat in het vooronderzoek te weinig ruimte de verdedigingsbelangen effectief te behartigen. De grens voor het optreden van de advocaat moet mijns inziens worden gelegd bij het daadwerkelijk belemmeren van de waarheidsvinding, in plaats van bij 'de schijn' of de 'kans' dat dit gebeurt. Ook de regel dat de advocaat geen contact mag hebben met de door de officier van justitie opgeroepen getuige kan vervallen. Waar het immers om gaat is dat de advocaat een getuige niet mag bewegen onwaarheid te spreken, of dit nu een getuige à charge of à décharge is.
5. Ook de grondlijnen die in de tuchtrechtspraak kunnen worden gevonden met betrekking tot de contacten met de media kunnen in gedragsregels worden opgenomen. Hierbij denk ik aan de voorwaarde van schriftelijke toestemming van de cliënt en de beperkingen die aan de vrijheid van meningsuiting worden gesteld, met name als het gaat om informatie waarvan de advocaat weet dat deze onjuist is of informatie die grievend is voor derden en waarvan de bekendmaking geen enkel verdedigingsbelang dient⁷⁸.
6. Vastgelegd kan worden dat de advocaat een grote vrijheid toekomt op welke wijze hij in en buiten rechte de verdediging voert. Daarbij kan ook aandacht worden besteed aan grenzen die de advocaat hierbij in acht moet nemen. Het poneren van feiten uit 'eigen wetenschap', waarvan de advocaat weet dat deze niet juist zijn, is ongeoorloofd. Het vertolken van de visie van cliënt over de feiten, ook al kan de advocaat weten dat deze onjuist is, is echter wel toegestaan. Vastgelegd kan ook worden dat de advocaat vrij is feiten die nadelig of kwetsend zijn voor derden naar voren te brengen, tenzij daarmee geen enkel verdedigingsbelang is gediend.

4.6 Een statuut voor de verdediging

Op het moment van het afsluiten van dit onderzoek wordt in wetenschappelijke kring in breed verband gediscussieerd over aanpassingen van het strafprocesrecht

78 § 3.10 e.v.

die zouden moeten uitmonden in een nieuw Wetboek van Strafvordering⁷⁹. Net als voorafgaande aan de invoering van ons huidige wetboek in 1926, is de positie van de verdediging hierbij een discussie-onderwerp en speelt de invulling van rol en taak van de raadsman een belangrijke rol⁸⁰. Het kenmerk van deze discussie is, dat er veel onduidelijkheid is over wat nu de kern van de taak en rol van de advocaat in strafzaken is. De strafvorderlijke en gedragsrechtelijke bepalingen bieden – terecht – ruimte om hieraan invulling te geven en vormen als het ware het kader waarbinnen de raadsman kan functioneren. Dit moet vooral zo blijven omdat hiermee de vrijheid en onafhankelijkheid van de verdediging wordt gewaarborgd. Dat laat echter onverlet dat het zinvol is om vast te stellen wat het meest wezenlijke element is van de rol van de raadsman in het strafproces. Partijdige belangenbehartiging en onafhankelijkheid zijn weliswaar belangrijke aspecten van de beroepsuitoefening van de advocaat, maar vormen geen doelen op zichzelf. Uit hoofdstuk 1 blijkt dat de steeds terugkerende centrale vraag is, of de rol van de raadsman verbonden is met het doel van het strafproces in de zin van materiële waarheidsvinding of dat het zwaartepunt moet worden gezocht in de realisering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces, dat eveneens een doel van het strafproces is.

Mijns inziens dient de invulling van de rol en taak van de raadsman in het strafproces aan te sluiten bij de grondslagen van het recht op een eerlijk proces, die nauw verbonden zijn met de bescherming van de individuele vrijheid in een democratische rechtstaat. De kern van de taak van de advocaat in het strafproces is dan ook gelegen in het waarborgen van de *vrijheid* van de individuele verdachte om voor zijn belang op te komen⁸¹. Dit is de centrale richtsnoer voor de uitwerking van de meer specifieke taken en verplichtingen van de raadsman, die een consistent geheel moeten vormen met de uitgangspunten die ten grondslag liggen aan het Wetboek van Strafvordering en de mensenrechtenverdragen. Deze uitgangspunten houden in dat de verdachte het recht heeft zichzelf te verdedigen en de vrijheid heeft zijn eigen proceshouding te bepalen. De positie van de raadsman is afgeleid van die van de verdachte en gebaseerd op een vertrouwensrelatie, waarbij de verdachte ervan verzekerd moet zijn dat de raadsman eenzijdig voor zijn belangen opkomt, voorzover dit binnen de grenzen van de wet mogelijk is. Essentieel is, dat de verdachte door de raadsman in staat wordt gesteld zijn pro-

79 Hierbij wordt met name bedoeld op het hiervoor in § 4.2. aangehaalde onderzoeksproject Strafvordering 2001, waaraan de strafrechtelijke vakgroepen van de Rijksuniversiteit Groningen en de Katholieke Universiteit Brabant deelnemen. Zie Groenhuijsen en Knigge 2000. Tot nu toe zijn naar aanleiding van de resultaten van onderzoek twee congressen georganiseerd met het doel de voorstellen van de projectgroep in breed verband te bespreken. Het eerste congres over het onderzoek ter terechtzitting naar aanleiding van het Eerste interim-rapport van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 heeft plaatsgevonden op 7 oktober 1999. Het tweede congres, over het strafvorderlijke vooronderzoek, heeft plaatsgevonden op 23 november 2000. De hierop betrekking hebbende rapportage kon vanwege de afronding van dit onderzoek per 1 september 2000, niet in dit onderzoek worden betrokken. Zie ook Knigge 1994; De Roos 1994 II en Sorgdrager 1994.

80 Franken en Prakken 1999 II.

81 Zie § 1.11.1

ceshouding en verdedigingsstrategie te bepalen. De raadsman heeft daarbij geen publieke taak, in die zin dat hij de voorrang zou moeten geven aan andere belangen dan die van de verdachte. Partijdige belangenbehartiging en onafhankelijkheid vormen voor het realiseren van de taak van de advocaat de belangrijkste basisvoorwaarden.

Binnen het strafproces vinden belangrijke veranderingen plaats, niet alleen op nationaal niveau, maar ook op internationaal niveau in Europees verband. De nadruk hierbij ligt vooral op de vergroting van de efficiency van de misdaadbestrijding. De rechtsbescherming van de individuele verdachte dreigt daarbij in de verdrukking te raken en de positie van de raadsman wordt gemarginaliseerd⁸². Daarom is het hoog tijd dat vanuit de advocatuur wordt gewerkt aan een statuut voor de verdediging, waarin de grondbeginselen van de rol en taak van de advocaat in het strafproces worden vastgelegd⁸³. Het gaat daarbij niet alleen om het formuleren van uitgangspunten waar de advocaat in strafzaken voor behoort te staan, maar ook om garanties die door de overheid moeten worden gegeven om een effectieve verdediging mogelijk te maken. Hierbij kan aansluiting worden gezocht bij de Havana Principles van de VN⁸⁴. Deze verplichten de overheid de onafhankelijkheid en de vrijheid van meningsuiting van de advocatuur te waarborgen, het verschoningsrecht en beroepsgeheim te garanderen en ervoor in te staan dat advocaten niet bedreigd worden met strafrechtelijke vervolging of andere sancties als zij hun werk verrichten overeenkomstig de voor de beroepsuitoefening erkende maatstaven en gedragsnormen.

82 Zie bijvoorbeeld Spronken 1999 II, p. 122. e.v. en de voorgenomen wijzigingen van de Europese witwasrichtlijn, zie § 1.12.5 en § 2.10.4.1.

83 Zie ook Prakken 1999 II, p. 26. Zij stelt dat het nodig is om te komen tot een Europees statuut voor de verdediging waarin elementaire processuele bevoegdheden worden gegarandeerd, de principiële onafhankelijkheid van de advocaat wordt vastgelegd en gedragsethische regels kunnen worden opgenomen.

84 § 2.11.

Samenvatting

In dit boek staat centraal op welke wijze het optreden van advocaten in strafzaken wordt genormeerd. Het onderzoek valt uiteen in drie delen. In het eerste hoofdstuk worden de denkbeelden over de rol en taak van de advocaat in strafzaken in Nederland in kaart gebracht. Dit gebeurt aan de hand van de discussie die door juristen (waaronder advocaten) en de wetgever vanaf het eind van de negentiende eeuw over de taak en rol van de strafrechtadvocaat is gevoerd. In het tweede hoofdstuk wordt geanalyseerd welke normen voor het optreden van de advocaat in strafzaken kunnen worden ontleend aan de strafprocessuele bepalingen en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie. Wat de toepasselijke internationale verdragen betreft is met name aandacht besteed aan de jurisprudentie met betrekking tot het EVRM over de rol en functie van de advocaat in het strafproces. In het derde hoofdstuk komen het tuchtrecht en de gedragsregels aan de orde, die zijn onderzocht aan de hand van de tuchtrechtspraak over het optreden van advocaten in strafzaken. Tot slot zijn de strafprocessuele en gedragsrechtelijke normen met elkaar vergeleken en is bezien in hoeverre deze een consistent geheel vormen.

Bij de invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 is een einde gemaakt aan de volstrekt rechteloze positie van de verdachte in het vooronderzoek, door hem in deze fase recht te geven op rechtsbijstand, op vrij verkeer met zijn raadsman en op kennisneming van processtukken. Aan de invoering van het nieuwe wetboek is een fundamentele discussie voorafgegaan over het belang en de betekenis van de verdediging in strafzaken. In deze discussie speelt de inquisitoire traditie van de Nederlandse strafrechtspleging die primair gericht is op waarheidsvinding een dominante rol. Velen zien de noodzaak van rechtsbijstand niet in, omdat de waarheidsvinding in handen is van een onafhankelijke en objectieve magistratuur, waarvan de integriteit buiten discussie staat en die ook tot taak heeft rekening te houden met de belangen van de verdachte. Men wil nog wel toegeven dat rechtsbijstand voor de waarheidsvinding nuttig kan zijn, maar dit aspect weegt nauwelijks op tegen de dreiging dat de advocaat de waarheidsvinding kan belemmeren. Dat de verdachte in het Wetboek van Strafvordering van 1926 meer waarborgen en rechten krijgt zich te verdedigen, is het gevolg van de in die periode, ook in parlementaire kringen, aan gezag winnende opvatting, dat voor een evenwichtige waarheidsvinding tegenspraak mogelijk moet zijn. In deze visie is rechtsbijstand noodzakelijk ter voorkoming van onterechte veroordelingen. De bescherming van de belangen van de verdachte wordt als een blijk van beschaving en dus ook als een publiek belang gezien. Daarbij wordt veelvuldig verwezen naar de Angelsaksische op fairness gebaseerde open, mondelinge en onmiddellijke procedure.

Het verschil in benadering van de wijze waarop de waarheidsvinding in het strafproces tot stand zou moeten komen – door een onderzoek van overheidswege of in een contradictoire procedure waarop ook de verdachte invloed kan uitoefenen

— werkt door in de opvattingen over de taak die de advocaat in het strafproces heeft. De partijdigheid van de advocaat is hierbij een heikel punt. De voorstanders van een contradictoire procedure zien in de partijdigheid een waarborg voor een tegensprekelijk debat, waardoor de rechter zich een evenwichtiger oordeel kan vormen. Daarbij is het niet relevant of de advocaat op de hoogte is van de eventuele schuld van zijn cliënt. De advocaat mag twijfel zaaien over het bewijs, ook als de verdachte schuldig is. Het is immers de rechter die over de schuld moet oordelen en niet de advocaat. De aanhangers van de inquisitoire traditie leggen bij hun opvattingen over de taak van de advocaat de nadruk op de orafhankelijkheid en objectiviteit van de raadsman ten opzichte van zijn cliënt en zien alleen hierin een legitimatie voor het optreden van de advocaat. De partijdigheid van de advocaat is beperkt tot het in het belang van de verdachte erop toezien dat wettelijke bepalingen worden nageleefd en tot het voorzien van de rechter van informatie die ten gunste van de verdachte kan werken. In deze opvatting mag de advocaat op geen enkele wijze meewerken aan de vrijspraak van een schuldige verdachte. Dat de mogelijkheid tot tegenspraak de kwaliteit van de rechterlijke beslissing kan bevorderen, wordt, gelet op het vertrouwen dat men in de rechterlijke autoriteiten stelt, bijna als een belediging voor de magistratuur opgevat.

Op het moment van invoering van het Wetboek van Strafvordering in 1926 is het hoogtepunt van de contradictoire en liberale, op de individuele rechten van de verdachte gerichte, stroming, die gezorgd heeft voor de opwaardering van de positie van de verdediging, al voorbij. De traditionele inquisitoire praktijk blijft ondanks het gewijzigde Wetboek van Strafvordering de boventoon voeren. Daar komt nog bij, dat onder invloed van het totalitaire politieke klimaat in de jaren dertig, de rechten van de verdachte onder druk komen te staan en de weerstand tegen een partijdige verdediging sterker wordt. In deze tijd ontstaan ook de ideeën over een van overheidswege aangestelde ambtelijke verdediger die een publieke functie heeft en bij de uitoefening van zijn taak ook het algemeen belang nastreeft: de verdediger als magistraat en staatsorgaan. Deze ambtelijke verdediger zou tegenover de verdachte een objectieve houding moeten aannemen. Alhoewel een dergelijke verregaande verambtelijking van de verdediging weinig weerklank vindt, blijft de opvatting dat ook de advocaat in strafzaken het algemeen belang moet nastreven en daarin een eigen publieke verantwoordelijkheid heeft, opgeld doen. Zo wordt van de balie verwacht dat ook voor de advocaat het belang dat schuldigen worden bestraft voorop dient te staan en dat de rechten van de verdediging moeten worden aangewend om de waarheid aan het licht te brengen en niet om de betrokken cliënt vrij te krijgen. Ook zou de advocaat geen verweren mogen voeren waarvan hij weet dat deze feitelijk niet juist zijn en waardoor het recht zijn loop niet kan hebben of waardoor aan derden nadeel wordt toegebracht. Als de advocaat twijfelt aan de juistheid van feitelijke mededelingen van zijn cliënt, is hij verplicht de feiten te controleren. Al zijn er binnen de balie ook advocaten die vasthouden aan de liberale uitgangspunten van een partijdige verdediging, een actieve verdediging in strafzaken lijkt niet van de grond te komen. Dit komt voornamelijk doordat de advocatuur niet in de verdediging in strafzaken is geïnteresseerd.

Tegen het einde van de jaren zestig hebben de veranderingen binnen het politieke klimaat en de brede maatschappijkritiek op de overheid ook hun weerslag op het

strafrecht en de positie van de verdediging daarin. Binnen het strafrechtelijk denken ontstaan twee stromingen die min of meer elkaar tegenpolen vormen: het functionalisme of instrumentalisme waarin het strafrecht wordt gezien als een van de maatschappelijke sturingsinstrumenten en een stroming die de nadruk legt op het belang van rechtsbescherming en als zodanig een tegenwicht vormt van het functionele denken. De persoon van de verdachte/dader komt meer centraal te staan: in de functionele richting met het oog op resocialisering en in de richting die de nadruk legt op rechtsbescherming met het oog op de emancipatie van de burger en het respect voor diens individuele vrijheid. In beide stromingen wordt van de advocaat in strafzaken een actievere inbreng verwacht, dan tot dan toe het geval is geweest. De functionele benadering gaat uit van de *ultimum remedium*-functie van het strafrecht. De advocaat moet zich meer richten op doelmatigheidsaspecten en straftoemingsvragen. Zonodig moet hij het aan het recht ten grondslag liggende normen- en waardestelsel ter discussie stellen, als dit te ver verwijderd is van de maatschappelijke realiteit. Voor deze taak is een onafhankelijke houding ten opzichte van de overheid en de andere procesdeelnemers noodzakelijk, evenals een andere organisatie van het werkverband, de opleiding en de honorering van de advocaat. Specialisering wordt onontbeerlijk geacht. Naast deze functionele benadering – en min of meer ook daartegenover – wint de opvatting terrein, dat de grondslag van de taak van de advocaat vooral gezocht moet worden in de bescherming van de individuele vrijheid van de verdachte, die de kans moet krijgen in het strafproces zijn eigen waardepatroon en belevingswereld aan de orde te stellen en zoveel mogelijk de vrijheid moet krijgen om zijn eigen procespositie te bepalen. Daarom moet de advocaat zich richten op de bewaking van de procedurele normen in het strafproces, die de individuele vrijheid van de verdachte beschermen. Deze taakopvatting heeft ook implicaties voor de verhouding tussen advocaat en cliënt. Niet de advocaat bepaalt wat goed is voor de cliënt en welke strategie het beste gevoerd kan worden, maar de cliënt is *dominus litis* en beslist, nadat hij door zijn advocaat is voorgelicht over alle (procedurele) aspecten en mogelijkheden in zijn zaak, over de te voeren verdediging. Deze laatste taakopvatting is dominant bij de verdedigers die optreden in politieke strafzaken.

De aandacht voor individuele rechtsbescherming heeft ook zijn weerslag op de procespositie van de verdachte in het vooronderzoek, die in deze periode wordt versterkt door de herziening van de regeling van voorlopige hechtenis en het invoeren van de piketdienst, waardoor aan iedere verdachte die in verzekering wordt gesteld een advocaat wordt toegevoegd. Intensief is er gediscussieerd over de vraag of de verdachte ook recht heeft op rechtsbijstand tijdens het politieverhoor. Ondanks de erkenning dat het zwaartepunt van het strafproces, met name door de toelating van de auditu-bewijs, in toenemende mate is verschoven naar het vooronderzoek en het politieverhoor van de verdachte een essentiële fase is in de verdere vervolging, blijkt rechtsbijstand bij het politieverhoor een brug te ver. Halverwege de jaren tachtig komt een einde aan de "due process" lente van de jaren zeventig, waarin de rechtsbescherming van de verdachte in het middelpunt van de belangstelling staat. Er komt een omslag in de criminele politiek en de criminaliteitsbestrijding gaat de boventoon voeren, waardoor de rechtsbescherming onder druk komt te staan. De zelfstandige betekenis van strafprocessuele

waarborgen als normering van overheidsingrijpen, oftewel de rechtstatelijkheid van het strafproces, is echter een factor, die de positie van de verdediging bijvend heeft versterkt. Langzaamaan ontstaat een gespecialiseerde strafrechtadvocatuur, waarin kennis en vaardigheden worden ontwikkeld die nodig zijn om een vlwaardiger tegenspel te bieden aan het OM. De strafrechtadvocatuur wordt professioneler en maakt volop gebruik van processuele verweren, die vanaf de jaren zeventig mede door een actieve en kritische opstelling van advocaten en de invloed van het EVRM in de Nederlandse strafpraktijk, zijn uitgebreid. Deze accusatoire tendensen stuiten op weerstand in de nog steeds inquisitoir georiënteerde strafrechtspiegeling. De rechter betoont zich steeds minder een ambtshalve hoeder van de belangen van de verdachte, hoewel hij de relatief zwakke processuele positie van de verdediging zou moeten compenseren. De verdachte, en vooral diens advocaat, moeten een actieve proceshouding aannemen, willen rechten die aan processuele waarborgen verbonden zijn, niet worden verspeeld. De assertiviteit van de zijde van de raadslieden en de gelijktijdige opleving van de criminaliteitsbestrijding zorgen voor een zekere polarisering en verharding. Daarbij speelt de toegenomen aandacht voor het strafrecht in de media in een tijdperk waarin beeldvorming bij het publiek een onmiddellijke politieke impact en commercieel belang heeft, een belangrijke rol. Er worden vraagtekens gezet bij de ethiek van de partijadvocatuur van de advocaat, die openlijk belijdt geen boodschap te hebben aan de materiële waarheidsvinding, voorzover deze niet in het voordeel is van zijn cliënt. Ethische vraagstukken worden zowel binnen als buiten de advocatuur een 'hot issue'. Centraal staat hierbij de vraag of de advocaat ook rekening heeft te houden met het publieke belang van een effectieve rechtspleging.

Uit de analyse van normen die voor het optreden van de advocaat in strafzaken kunnen worden ontleend aan de strafprocessuele bepalingen blijkt dat het Wetboek van Strafvordering geen expliciete inhoudelijke normen bevat, voor de wijze waarop de verdediging moet worden gevoerd. Het wetboek bevat een stelsel van rechten en bevoegdheden waarvan de verdediging naar eigen inzicht gebruik kan maken. Kenmerkend voor dit stelsel is dat de verdachte het recht heeft zichzelf te verdedigen en dat de bevoegdheden hiertoe ook primair aan de verdachte worden toegekend. De bevoegdheden van de raadsman zijn daarvan afgeleid. Kenmerkend is verder dat vrijwel alle verdedigingbevoegdheden in het vooronderzoek kunnen worden beperkt als het belang van het onderzoek zich tegen uitoefening hiervan verzet. Het Wetboek van Strafvordering deelt de raadsman voorzover het gaat om de uitoefening van de, van de verdachte afgeleide, verdedigingsrechten of bevoegdheden geen eigen verantwoordelijkheid toe. Het uitgangspunt dat de verdachte dominus litis is en steeds bevoegd is zelfstandig de hem toekomende bevoegdheden uit te oefenen en het gegeven dat de verdachte niet hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling, brengen met zich, dat de raadsman in zijn functie als partijdige belangenbehartiger geen verplichtingen heeft rekening te houden met opsporings- of vervolgingsbelangen of belangen van een efficiënte rechtspleging. Daar waar onderzoeks- of efficiency-belangen in het gedrang komen wordt afgeweken van de bovenomschreven structuur van toekenning van bevoegdheden aan de verdediging. Zo worden soms bevoegdheden van de verdachte uitsluitend aan de raadsman toegekend. Dit blijkt uit uit-

zonderingen die in de jurisprudentie worden gemaakt op het uitgangspunt dat de verdachte recht heeft op kennisneming van de processtukken, de regeling van het horen van anonieme getuigen, de wettelijke regeling van verdediging van de afwezige verdachte en de verplichte procesvertegenwoordiging en schriftuur in cassatie.

Naast van de verdachte afgeleide bevoegdheden worden aan de raadsman in het Wetboek van Strafvordering ook zelfstandige rechten en bevoegdheden toegekend die verbonden zijn aan zijn rol van verdediger, namelijk het recht op vrij verkeer en het verschoningsrecht. Bij de uitoefening van de hiermee verbonden bevoegdheden heeft de advocaat, in tegenstelling tot bij de afgeleide bevoegdheden, wel een zelfstandige verantwoordelijkheid. Hij mag van deze bevoegdheden geen misbruik maken.

Het recht op vrij verkeer houdt een recht op vertrouwelijke communicatie in. Het toezicht en de regulering van het verkeer tussen de raadsman en zijn cliënt mogen contacten niet onmogelijk maken en de vertrouwelijkheid van deze contacten niet aantasten. In de praktijk en in de penitentiaire regelgeving zijn de afgelopen 20 jaren de mogelijkheden van bezoek en telefonisch contact in toenemende mate beperkt en ondergeschikt gemaakt aan de interne organisatie van de penitentiaire inrichting. Bovendien is het toezicht verscherpt. Een gevolg van de toenemende controle is dat de vertrouwelijkheid van de contacten tussen de raadsman en zijn gedetineerde cliënt onder druk komt te staan.

Het professionele verschoningsrecht moet een cliënt de garantie bieden dat alles wat de advocaat in het kader van de rechtsbijstandverlening te weten komt, vertrouwelijk blijft. Het verschoningsrecht en de daarmee verbonden geheimhoudingsplicht worden in Nederland niet alleen in het belang geacht van de individuele rechtzoekende. Het is ook een publiek belang dat burgers zich vrijelijk kunnen wenden tot een advocaat, zonder angst voor openbaarmaking van hetgeen zij de advocaat toevertrouwen en hetgeen de advocaat in het kader van zijn bijstand te weten komt. Dit publieke belang brengt met zich dat de advocaat een eigen verantwoordelijkheid heeft bij de uitoefening van het verschoningsrecht. Een cliënt kan hem van deze verantwoordelijkheid niet ontheffen. De in het Wetboek van Strafvordering opgenomen waarborgen tegen inbreuken op het beroepsgeheim worden door recente wetgeving met betrekking tot het toepassen van bijzondere opsporingsbevoegdheden en de Europese regelgeving ter bestrijding van het witwassen in toenemende mate ondergeschikt gemaakt aan het belang van de waarheidsvinding.

Van de internationale strafprocessuele normen zijn met name de artikelen 6 en 8 EVRM van belang voor de verdediging. In zijn algemeenheid kan worden geconcludeerd dat de positie van de raadsman in het Nederlandse strafproces in de pas loopt met de vereisten die daaraan in de Straatsburgse jurisprudentie worden gesteld. Ten aanzien van sommige aspecten is echter een andere c.q. afwijkende benaderingswijze zichtbaar. Het EHRM toetst of de verdedigingsrechten effectief kunnen worden uitgeoefend en heeft daardoor een minder formalistische benadering dan in de Nederlandse strafrechtspleging gebruikelijk is. Dit komt tot uitdrukking bij: het aanvangsmoment van het recht op rechtsbijstand; de verdedigingsmogelijkheden bij verstek; de toekenning van verdedigingsbevoegdheden

uitsluitend aan de raadsman; de verplichte vertegenwoordiging in cassatiezaken en de beperkingen van het recht op vrij verkeer en van het verschoningsrecht.⁷⁰⁰ In het derde hoofdstuk is de tuchtrechtelijke jurisprudentie onderzocht met betrekking tot het optreden van advocaten in strafzaken. De rechtsbijstand die advocaten aan hun cliënten verlenen wordt inhoudelijk genormeerd door artikel 46 Advocatenwet en de hierop gebaseerde tuchterspraak en gedragsregels. De primaire functie van de advocaat is het verlenen van advies en bijstand aan cliënten. Centrale uitgangspunten zijn daarbij: principiële partijdigheid, het waarborgen van de vertrouwensrelatie, kwalitatief goede dienstverlening en het ondersteunen van een goede rechtsbedeling. Wat de normering van het optreden van advocaten in strafzaken betreft zijn de belangrijkste conclusies die uit het tuchtrecht getrokken kunnen worden, dat het strafvorderlijke uitgangspunt dat de verdachte in de relatie met zijn advocaat dominus litis is, in het tuchtrecht niet helder tot uitdrukking komt. Verder loopt de tuchterspraak aan de leiband van de strafvorderlijke waarheidsvinding. De raadsman dient zich in zijn algemeenheid te onthouden van alles wat redelijkerwijs de rechtmatige waarheidsvinding door justitiële autoriteiten nadeel zou kunnen berokkenen. Deze regel geldt in versterkte mate als de verdachte cliënt in verzekering is gesteld of in voorlopige hechtenis zit. Als aan de verdachte bovendien door de officier van justitie of de rechter-commissaris alle beperkingen zijn opgelegd, dan dient de advocaat zich te onthouden van iedere gedraging die indruist tegen het doel dat door de oplegging van de beperkingen wordt beoogd. Doorslaggevend voor de tuchtrechter is in dit soort situaties niet het verdedigingsbelang, maar het belang van het in stand houden van de privileges van de advocatuur bij de verdediging in strafzaken en het belang dat het vertrouwen in de advocatuur niet wordt geschaad. Voor het optreden ter terechtzitting, de contacten met de media en het gebruik van procedurele middelen geldt in de tuchterspraak echter het uitgangspunt van de vrijheid van de verdediging. Advocaten wordt een grote vrijheid toegekend de verdediging te voeren op een wijze die hen goedgeeft en er wordt niet snel aangenomen dat hierbij de grenzen van het toelaatbare worden overschreden.

In de slotbeschouwing wordt geconcludeerd dat de plaats, die de advocaat in het strafproces inneemt, bepaald wordt door de aard en de structuur van het strafproces zelf. De Nederlandse strafrechtspleging bevat, in overeenstemming met de Europese continentale traditie, veel inquisitoire elementen. Het strafproces is een onderzoek naar de materiële waarheid onder leiding van de opsporende, vervolgende en rechterlijke instanties, waarin op de verdachte dwangmiddelen kunnen worden toegepast om de waarheid aan het licht te brengen. Het meer op tegenspraak gestoelde eindonderzoek ter terechtzitting fungeert nauwelijks als forum voor waarheidsvinding maar eerder als evaluatie en controle van het onderzoek naar de feiten dat voorafgaande aan de terechtzitting heeft plaatsgevonden. De advocaat kan in het proces van waarheidsvinding slechts een marginale rol spelen en vaak niet meer doen dan de rechtmatigheid van de toegepaste dwangmiddelen controleren en de verdachte (moreel) ondersteunen op momenten dat deze niet gehoord wordt. In het vooronderzoek wordt de advocaat op kritieke punten geweerd. Over de taak van de advocaat in het strafproces, die vrij consequent wordt omschreven als het verlenen van rechtsbijstand en persoonlijke steun aan de ver-

dachte en het uitoefenen van controle op de naleving van de strafprocessuele regels, bestaat op zichzelf niet zoveel verschil van mening. Met name de wijze waarop deze taak wordt vervuld, zorgt voor de nodige discussies. Een steeds terugkerend thema hierbij is het spanningsveld tussen de partijdigheid van de advocaat en het belang van een efficiënte strafrechtspleging waarin de materiële waarheidsvinding voorop staat. Enerzijds wordt erkend dat zonder partijdigheid geen effectieve verdediging kan plaatsvinden, anderzijds vormt de partijdigheid van de advocaat, gezien vanuit het overheidsperspectief, een bedreiging. De advocaat is de enige professionele procesdeelnemer, wiens taak gedomineerd wordt door een eenzijdige belangenbehartiging. Dat betekent dat voor de advocaat niet de waarheidsvinding voorop staat, maar het belang van de verdachte. De assertievere houding van strafrechtadvocaten en de noodzakelijke procedurele marge die de verdediging op grond van de Straatsburgse jurisprudentie moet worden gelaten, om het recht van de verdachte op een eerlijk proces te kunnen effectueren, hebben geleid tot constructies die het doel hebben de 'schade' voor de materiële waarheidsvinding en het efficiënt verloop van het strafproces, te neutraliseren. Als een beperking van een verdedigingsrecht niet verenigbaar is met het recht op een eerlijk proces, dan wordt de uitoefening van dit verdedigingsrecht voorbehouden aan de raadsman. Hierbij wordt de fictie gehanteerd dat de raadsman deze bevoegdheden in de plaats van de verdachte kan uitoefenen. Een andere 'oplossing' is dat het verdedigingsbelang wordt geobjectiveerd en beperkt. Het gevolg hiervan is, dat de raadsman in een schizofrene positie wordt gemanoeuvreed, doordat hij min of meer gedwongen wordt rekening te houden met het algemeen belang van opsporing en vervolging, hetgeen in strijd is met zijn functie als partijdige belangenbehartiger. Ook de bevoegdheden die gerelateerd zijn aan de verdedigersrol van de advocaat, het vrij verkeer en het verschoningsrecht, worden ondergeschikt gemaakt aan het onderzoeksbelang. Het vrij verkeer moet in de beginfase van het onderzoek tijdens de politieverhoren plaats maken voor de voortgang van de verhoren en het verschoningsrecht is door de invoering van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden in het belang van een effectieve opsporing nauwelijks meer met effectieve waarborgen omgeven.

In de slotbeschouwing wordt een aantal aanbevelingen gedaan die de innerlijke consistentie van het systeem van toekenning van bevoegdheden aan de verdachte en zijn raadsman ten goede moet komen. Erkend moet worden dat de verdachte en de raadsman verschillende processuele functies hebben. Het recht van de verdachte om zichzelf te verdedigen en het recht zich te laten bijstaan door een raadsman zijn geen inwisselbare alternatieven. Beide vormen van verdediging hebben een eigen functie en vullen elkaar aan. Verder dienen aan de raadsman geen bevoegdheden te worden toegekend die niet aan de verdachte toekomen. Dit uitgangspunt is niet alleen van belang voor de handhaving van het recht van de verdachte zijn eigen processtrategie te bepalen, maar ook voor de instandhouding van de vertrouwensrelatie tussen de verdachte en zijn raadsman. Tevens kan dan worden voorkomen dat de bevoegdheidsuitoefening door de raadsman als 'alibi' gaat fungeren in die zin, dat wordt aangenomen dat aan de rechten van de verdediging voldoende tegemoet is gekomen als deze door de raadsman worden uitgeoefend. Het recht op bijstand van de verdachte moet duidelijker in de wet worden vastgelegd in die zin dat de verdachte steeds wanneer hij daartoe behoefte heeft

contact kan opnemen en kan overleggen met zijn raadsman en vice versa. Het onderzoeksbelang mag daarbij geen argument zijn de verdachte bijstand te onthouden. De procedurele bescherming van het beroepsgeheim dient te worden verbeterd. In de gedragsregels dient duidelijker tot uitdrukking te komen dat de verdachte in het strafproces in de verhouding tot zijn raadsman dominus litis is. Tot slot wordt gepleit voor een Statuut voor de verdediging, waarin de kern van de taak van de advocaat in het strafproces, die is gelegen in het waarborgen van de *vrijheid* van de individuele verdachte om voor zijn belang op te komen als de centrale richtsnoer wordt genomen voor de uitwerking van de meer specifieke taken en verplichtingen van de raadsman. Deze dienen een consistent geheel te vormen met de uitgangspunten die ten grondslag liggen aan het Wetboek van Strafvordering en de mensenrechtenverdragen.

Summary

This study focuses on the regulation of the role and function of Dutch criminal defence counsel. It is composed of three parts. Chapter 1 describes the ideas and views on his role and duties from the end of the nineteenth century onwards. Chapter 2 offers an analysis of the norms relating to the defence counsel's role, which can be inferred from the provisions of criminal procedure and relevant case law. As regards the applicable treaties, attention is paid in particular to case law based on the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) regarding the role and function of defence counsel. Chapter 3 deals with disciplinary law and rules of conduct. For this purpose, case law in disciplinary cases involving criminal defence counsel was investigated. Finally, a comparison is made between the norms pertaining to criminal procedure and those of the rules of conduct. The question of consistency of norms is also examined here.

The introduction in 1926 of the Dutch Code of Criminal Procedure put an end to the situation in which the alleged offender was deprived of legal protection during preliminary investigations. The Code granted him the right to legal assistance, access to counsel and the right to examine the case file during this preliminary phase. A fundamental discussion on the importance and meaning of criminal defence had preceded these changes. The inquisitorial character of Dutch criminal process, primarily aimed at uncovering the truth, played a dominant role in the discussion. Many failed to acknowledge the need for legal assistance by counsel, because it was felt that the search for the truth was the domain of the judiciary, which was independent and objective and whose integrity was beyond question. It also had to take the alleged offender's interests into account. Although it was conceded that the search for the truth could benefit from assistance by counsel, this aspect carried hardly any weight compared to the fear that counsel would frustrate the search for the truth. Under the 1926 Code of Criminal Procedure, alleged offenders were given more guarantees in defending themselves. This was a result of the growing belief, also in parliamentary circles, that contradiction should be possible during the preliminary investigation phase to strike a balance in the search for the truth. In this view, legal assistance was necessary to prevent unjust convictions. The protection of the alleged offender's interests was seen as an element of civilised society and therefore as a public good. In this context, frequent reference was made to Anglo-Saxon oral and immediate proceedings. These were conducted in open court and based on the principle of fairness. The difference in approach towards the search for the truth in criminal proceedings – whether through investigation by the authorities or in adversary proceedings which the alleged offender was able to influence – also affected the perception of defence counsel's role. His partiality was a thorny issue. Advocates of adversary proceedings considered partiality a safeguard for a debate based on contradiction.

It would enable the judge to arrive at a more balanced judgment. Irrelevant was whether counsel for the defence knew whether his client was guilty. Counsel could question the evidence, even where the defendant was guilty, since the question of guilt was decided by the judge. The proponents of the inquisitorial tradition emphasised counsel's independence and objectivity towards his client and viewed these as the sole justification for counsel's actions. Counsel's partiality was limited to defending his client's interest, which was that the law was observed, and providing the judge with information, which could benefit his client. In this view, counsel was in no way to co-operate in the acquittal of a guilty client. The assumption that contradiction might improve the quality of legal decision-making was almost seen as an insult to the judiciary, considering the trust that was placed in the judicial authorities.

When the Dutch Code of Criminal Procedure was introduced in 1926, the more liberal movement, seeking to promote adversary proceedings and the individual rights of the alleged offender and responsible for the upgrading of the position of defence counsel, had already passed its peak. In spite of the amendment to the Code of Criminal Procedure, the traditional and inquisitorial practice continued to prevail to the detriment of the alleged offender's rights. As a result of the political totalitarian climate of the nineteen-thirties, opposition grew against *ex-parte* defence. During this period, the idea of an official defender appointed by the authorities emerged. His office would be a public office and, in the exercise of this office, he would also take to heart the public good. In other words: defence counsel was to become a judicial officer and organ of the State. The official defender was supposed to act objectively towards the alleged offender. Although such far-reaching officiation of the defence in criminal cases did not enjoy much support, a popular view was that defence counsel should also work for the public good and be publicly accountable. The Bar was expected to adhere to the principle that defence counsel must give priority to the aim of punishing the guilty and that the rights of the alleged offender and his counsel had to be deployed to uncover the truth rather than for the purpose of trying to get the client acquitted. Nor should counsel put forward a defence which he knew to be factually incorrect and which did not serve justice, one which could harm third parties or the legal order. If counsel doubted the correctness of his client's factual communications, he was to check the information. Although there were those within the Bar, who stuck by their liberal views of an *ex-parte* defence, an active defence in criminal cases did not seem to catch on. The main reason for this was that the Bar was not interested in defending criminal cases.

Towards the end of the sixties of the past century, changes in the political climate and broadly based social criticism of public authority also had their effect on criminal law and the position of the alleged offender and his counsel. Two schools of thought on criminal law emerged, which were more or less opposites. The first was functionalism, or instrumentalism, in which criminal law was perceived as one of the social steering instruments; the second emphasised the importance of legal protection, thus counterbalancing the functional view. The person of the (alleged) offender received a more central position: in the functional view, through rehabilitation; in the view stressing legal protection, through citizen emancipation and respect for individual freedom. In either view, criminal defence counsel was

supposed to play a more active role. The functional approach departed from criminal law as a last resort. Counsel was to take more notice of effectiveness and questions of sentencing. Where the system of norms and values underlying the law was too far removed from social reality, he was, where necessary, to expressly question it. These responsibilities called for both an independent attitude towards public authority and the other parties involved in the proceedings, and a different mode of practice, training and remuneration of counsel. Specialisation was seen as indispensable. Simultaneously and more or less opposite the functional approach the view took root that the core of defence counsel's task was to protect his client's individual freedom and the opportunity to present his own value pattern and perception, thus affording him maximum freedom to determine his own position at trial. For this reason, counsel had to concentrate on guarding those standards of criminal procedure, which protected his client's individual freedom. This approach also had an impact on the attorney-client relationship. Not the attorney decided what was best for his client and what strategy should be followed. It was the alleged offender himself, as *dominus litis*, master of the proceedings, who decided, after having been informed by counsel of all the (procedural) aspects and possibilities pertaining to his case and the defence to be conducted. As a rule, this approach was taken by lawyers acting for clients in criminal cases of a political nature.

Attention to individual legal protection also reflected on the alleged offender's position during preliminary investigations. During this period, a review of the rules governing preliminary detention and the introduction of the equivalent of a duty solicitor scheme, assigning counsel to each suspect who was placed in police detention, strengthened his position. The question as to whether the alleged offender had a right to legal assistance during police questioning was hotly debated. Although it was acknowledged, particularly as a result of allowing hearsay evidence, that the focal point of criminal proceedings was gradually shifting towards the preliminary investigation phase and that police interrogation was essential to further prosecution, legal assistance during police questioning proved to be a bridge too far.

In the middle of the eighties, the "due process" spring of the seventies, in which legal protection of the alleged offender had become the focus of attention, came to an end. Criminal politics changed drastically in the sense that crime fighting became the main issue. As a result, legal protection came under pressure. The autonomous meaning of procedural guarantees as the regulation of government interference, in other words the rule-of-law aspect of criminal proceedings, was a factor, however, which in any case had strengthened the position of the alleged offender and his counsel. Slowly but surely, a specialised criminal Bar emerged, which developed the necessary knowledge and skills to enable them to be a worthy opponent to the Public Prosecutor's Office. The criminal Bar became more professional, making full use of defences based on procedural issues. From the seventies onwards, these defences became more frequent as a result of the active and critical attitude of lawyers and the impact of the ECHR on Dutch criminal law practice. The accusatory tendencies met with resistance from a practice whose orientation continued to be inquisitorial in nature. Less and less, the judge acted as an *ex officio* guardian of the interests of the defendant, which was suppo-

sed to compensate for the relatively weak position of the defendant and his counsel. The defendant, and especially his counsel, needed to actively protect the rights attached to the procedural guarantees, if these rights were not to be forfeited. Counsel's assertiveness and the concurrent revival of crime fighting caused a certain polarisation and hardening of positions. Increasing media attention for criminal law played a significant role in an era, in which public image had an immediate political impact and constituted a commercial interest. Questions were raised as to the ethics and partiality of those lawyers, who openly professed not to be bound to uncovering the actual truth where this was not in the interest of their clients. Ethical questions became a hot issue, both within and without the bar. The core question was whether counsel should take into account the public interest of an effective justice system.

The norms relating to defence counsel's role can be derived from the provisions governing criminal procedure. Analysis of these norms shows that the Dutch Code of Criminal Procedure does not contain express norms prescribing the way in which criminal defence should be conducted. The Code contains a system of rights and powers, which may be exercised by the alleged offender and his counsel, as they see fit. Characteristic of the system is that the alleged offender has the right to defend himself and that the powers to do so are first and foremost allocated to him. Counsel's powers are derived from these. Another characteristic is that in the pre-trial investigation phase virtually all these powers can be restricted in the interest of the investigation. The Code of Criminal Procedure allocates no responsibility to defence counsel in exercising rights and powers derived from those of his client. The point of departure is that the alleged offender is *dominus litis*. At all times is he entitled to independently exercise his powers. The alleged offender has a right not to incriminate himself, which entails that counsel is not obliged, in his capacity as defender of his client's interests, to take into account the interest of the investigation or prosecution, or the interest of an efficient justice system. Where investigative or efficiency interests come under pressure, a deviation occurs from this allocation of powers. Thus, in some instances powers are granted to counsel exclusively. This is evidenced by the exceptions, developed in case law, to the principle that the alleged offender is entitled to examine the case file; the rules governing anonymous witnesses; the statutory rules on *in absentia* defences; and the requirement of written appeals and mandatory representation in last-instance proceedings before the Netherlands Supreme Court. Apart from the powers derived from those afforded to the alleged offender, the Code of Criminal Procedure also grants separate rights and powers to counsel in his capacity as defender: access and attorney-client privilege. Unlike in the case of derived powers, the attorney bears his own responsibility in exercising these powers. He must not abuse these.

The right of access implies a right to confidential communication. The supervision and regulation of contacts between counsel and his client must not make these contacts impossible, nor affect their confidential nature. In the past twenty years, under prison law, the possibilities of visiting the alleged offender and having access by telephone have been increasingly restricted in practice and made subordinate to the internal organisation of the penal institution. In addition, su-

pervision has been tightened. As a consequence of increasing supervision, the confidentiality of contacts between counsel and his detained client has suffered. Professional privilege must assure the client that everything that comes to the knowledge of his attorney within the context of legal assistance remains confidential. In the Netherlands, professional privilege and the related duty of confidentiality are not considered to be just in the interest of the individual seeker of justice. It is also a public interest that citizens may freely address an attorney, without having to fear disclosure of what they entrusted to him or of what he learned as a result of rendering legal assistance. Public interest entails that the attorney has a separate responsibility in exercising this privilege. Clients cannot relieve him of this responsibility. Recent law relating to the application of special investigative powers and the European provisions on combating money laundering increasingly render the guarantees against infringements of professional secrecy, laid down in the Code of Criminal Procedure, subordinate to the interest of uncovering the truth.

Of the international norms relating to criminal procedure, articles 6 and 8 ECHR are of particular relevance to defence counsel and his client. In general, it can be concluded that the position of defence counsel in Dutch criminal proceedings conforms to the Strasbourg requirements. We witness a different approach, however, where the following aspects are concerned: the moment at which the right to legal assistance becomes operative; the possibilities of *in absentia* defences; the allocation of exclusive defence powers to counsel; mandatory representation and the requirement of written appeals in last-instance proceedings; the restriction of the right to free access and professional privilege.

In Chapter 3, disciplinary case law concerning defence counsel's role in criminal cases is investigated. Article 46 of the *Advocatenwet* (Attorneys Act) regulates the substance of the legal assistance attorneys render to their clients. Defence counsel's primary function is to render legal advice and assistance to clients. Core assumptions in this respect are the principle of *ex-parte* defence, safeguarding client attorney confidentiality, quality of service and supporting due process. As to the regulation of the role of criminal defence counsel, the most important conclusions drawn from disciplinary law are that the principle of the alleged offender being the *dominus litis* in relation to his counsel remains ill-defined and that disciplinary law is subservient to the search of the truth in criminal proceedings. Counsel must refrain from actions that could reasonably adversely affect the lawful uncovering of the truth by the judicial authorities. This rule applies even more so where his client has been taken into police custody or into preliminary judicial detention. If the public prosecutor or the examining magistrate also imposes statutory restrictions on the alleged offender, counsel must refrain from conduct that goes against the purpose envisaged by the imposition of such restrictions. In this type of situation, the determining factor for the judge in disciplinary cases is not the interest of the alleged offender and his counsel, but the interests of preserving the Bar's privileges when defending criminal cases and the trust placed in it. As to counsel's role at trial, media contacts and the use of procedural means, the basic assumption in disciplinary law is freedom of defence: counsel is

afforded great freedom in defending his client in the way he sees fit. The courts not quick in assuming that the limit of what is permissible has been exceeded.

In her final observations, the author concludes that the position of defence counsel in criminal cases is determined by the very nature and organisation of the criminal process. Following European continental tradition, Dutch criminal justice contains many inquisitorial elements. Criminal proceedings are an investigation into the actual truth under the supervision of the investigating, prosecuting and judicial authorities. Enforcement measures may be imposed on the alleged offender for the very purpose of uncovering the truth. Although the investigation trial is more contradictory in nature, it is barely a forum for uncovering the truth. It rather serves to assess and review the preceding investigation into the facts. In the process of uncovering the truth, defence counsel figures only marginally. In many cases, his actions are reduced to checking the lawfulness of the coercive measures imposed and (morally) supporting his client at times when he is not examined. At crucial moments in the preliminary proceedings, counsel is kept out.

There is no difference of opinion, however, about the role of defence counsel during criminal proceedings. These are generally defined as follows: rendering legal assistance and personal support to the defendant and ascertaining observance of the rules of criminal procedure. The manner in which he performs these duties has led to considerable discussion. A recurring theme in the discussion is the area of tension between counsel's *ex-parte* defence and the interest of an efficient criminal justice system, in which uncovering the actual truth is the predominant factor. On the one hand, it is conceded that, without partiality, there is no effective defence. From the perspective of the authorities, however, defence counsel's partiality constitutes a threat. Defence counsel is the only professional participant in the proceedings, whose main concern it is to unilaterally defend the interests of his client. This entails that, to defence counsel, the interest of his client prevails over the interest of uncovering the truth. As a result of the assertive attitude of criminal defence counsel and the necessary procedural margin for alleged offenders and their counsel, granted by Strasbourg case law to effect the right to a fair trial, constructions have been devised to neutralise the "damage" to the process of uncovering the actual truth and the efficiency of criminal proceedings. If the limiting of a right of the alleged offender and his counsel is not compatible with the right to a fair trial, the exercise of that right is exclusively granted to counsel. This is done on the basis of the legal fiction that counsel is entitled to exercise these powers on behalf of his client. Another "solution" is the objectification and the limitation of the interests of the alleged offender and his counsel. As a consequence, counsel is manoeuvred into a schizoid position, because he is more or less forced to take the general interest of investigation and prosecution at heart. This conflicts with his role of *ex-parte* defender. The powers related to the defending role of counsel, i.e. access and attorney-client privilege, are also made subordinate to the interests of the investigation. In the initial phase of the investigation, during police interrogation, the principle of access must make way for investigative progress. Since the introduction of the Special Investigative Powers Act (*Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden*), attorney-client privi-

lege is no longer properly safeguarded; the interest of an effective investigation prevails.

In the final observations, a number of recommendations are offered for enhancing the inner consistency of the system of granting powers to the alleged offender and his counsel. It must be acknowledged that the alleged offender and his counsel have different procedural roles. The right of the alleged offender to defend himself and the right to be assisted by counsel are not exchangeable alternatives. Either form of defence has its own function and complements the other. In addition, defence counsel should not be granted powers to which his client is not entitled. This premise is not only relevant to preserving the right of the alleged offender to determine his own strategy, but also to preserving a relationship based on mutual trust. It will also prevent that counsel's exercise of these powers is turned into an "alibi", in that it is assumed that the rights of the alleged offender and his counsel are sufficiently respected when counsel exercises these rights. The right to legal assistance by counsel must be more precisely defined in statute in the sense that the alleged offender should be entitled to contact his counsel and consult with him whenever he sees fit, and conversely. The interests of the investigation may not be used as an argument to deprive the alleged offender of legal assistance. Procedural protection of attorney-client privilege must be improved. Rules of conduct must express more clearly that the alleged offender is *dominus litis* vis-à-vis his counsel. And, finally, the author argues for a Criminal Defence Statute, in which the key task of defence counsel in criminal proceedings is taken as a guideline to develop his more specific tasks and responsibilities. This key task is to safeguard the freedom of an individual client to defend his own interests. These tasks and responsibilities must form a consistent whole with the premises underlying the Dutch Code of Criminal Procedure and the human rights treaties.

Translated by Louise Rayar

Literatuur

(losbladige uitgaven zijn zonder jaartal vermeld)

- Advokatenkollektief Rotterdam 1977: (AKR), *Jaarverslag 1977*, p. 38-40
- Aerts e.a. 1971: W. Aerts, T. Knoop, W.G.A. Kousemaker, H. de Ruijter, E. van der Schans, A.J.M. Slot, *Verdediging in Strafzaken*, Tjeenk Willink, Zwolle 1e druk 1971, 5e druk 1987
- Aerts 1972: W.A. Aerts, *Specialisatie in strafzaken*, NJB 1972, p. 63-67 en *Proces* 1972, p. 6-9
- Aerts 1983: W.A. Aerts, *De verdediging van overtuigingsdaders*, DD 1983, p. 295-473
- Akse e.a. 1994: Th. Akse, J. Janse, J. van Wijk, H. de Miranda, C. Klöckner, "What's the colour of money", Korps landelijke politiediensten, divisie CRI/FINPOL, oktober 1994
- Aler en Von Brucken Fock 1975: G.P.A. Aler en E.P. von Brucken Fock, *De raadsman en het politieverhoor*, NJB 1975, p. 1373-1387
- Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten**
- *Advocaat en procureur*, 's-Gravenhage, 1965
 - *Het Maagdenhuisproces, brief van Algemene Raad Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 7 oktober 1969 aan de Minister van Justitie*, Advocatenblad 1969, p. 47
 - *Advies van de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten inzake Maagdenhuisaffaire*, Advocatenblad 1969, p. 424-426
 - *brief d.d. 29 mei 1975 aan de Duitse Ambassadeur in Den Haag*, Advocatenblad 1975, p. 357-358 en NJB 1975, p. 766
 - *Advocaten bij het politieverhoor*, Advocatenblad 1979, p. 261-262
 - *Gedragsregels betreffende de publiciteit van advocaten 1986*, Advocatenblad 1986, p. 358-362
 - *Concept-verordening op de publiciteit van advocaten*, Advocatenblad 1988, p. 375-378
 - *Ontwerp-Verordening op de specialisatie*, Advocatenblad 1988, p. 567-569
 - *Advocaten en heling*, Advocatenblad 1988, p. 595-596
 - *Specialisatienota van de Algemene Raad*, Advocatenblad 1989, p. 501-506
- Alkema 1975: E.A. Alkema, *Rechterlijk toezicht en de Europese vrijheidsrechten*, in *Vrijheid en recht*, Tjeenk Willink, Zwolle 1975, p. 1-26
- Alkema 1981: E.A. Alkema, *Advocaat en mensenrechten. Vuistregels en vooruitzichten*, Preadvies Advocatenblad 1981, p. 297-321
- Van Asbeck 1996: F.D. van Asbeck, *Belang van de verdediging, ook in verstekzaken*, in J. Remmelink e.a., *Mens en recht*, Tjeenk Willink 1996, p. 281-285
- Van Asperen 1982: G.A. van Asperen, *De verhouding tussen politie en advocatuur*, *Rechtshulp* 1982, p. 3-9
- Baauw 1969: P.J. Baauw, *Kanttekeningen bij het wetsontwerp preventieve hechtenis*, NJB 1969, p. 537-544 en 563-572
- Baauw 1973: P.J. Baauw, *Voorwaarden vóór voorarrest*, NJB 1973, p. 365-376
- Baauw 1975: P.J. Baauw, *Raadsman in de kritieke fase*, Advocatenblad 1975, p. 650-664
- Baauw 1980: P.J. Baauw, *Het europees verdrag en het nederlandse straff(proces)recht*, in: *Rechten van de mens in mondiaal en Europees perspectief*, *Ars Aequi Libri-Rechten van de mens* 1, Utrecht 1980, p. 77-108
- Baauw 1981: P.J. Baauw, *Advocaat en mensenrechten. Strafrechtspleging en Straatsburg*, preadvies Advocatenblad 1981, p. 322-347
- Baauw 1996: P.J. Baauw, *Eindonderzoek of vooronderzoek beslissend?* in C.H. Brants, C. Kelk, M. Moerings (red.), *Er is meer*, Gouda Quint, Deventer 1996, p. 135-143
- Bader 1982: V.M. Bader, *Deze rechtsorde is de onze niet?*, *Recht en kritiek* 1982, p. 188-218
- Bakker Schut 1970: P.H. Bakker Schut, *Juridisch Consultatie Bureau*, DD 1970-1971, p. 404-407
- Bakker Schut 1972: P.H. Bakker Schut, *Kanttekeningen bij een rapport*, DD 1972, p. 453-463
- Bakker Schut 1975 I: P.H. Bakker Schut, *Lex Baader-Meinhof*, Advocatenblad 1975, p. 67-79
- Bakker Schut 1975 II: P.H. Bakker Schut, *Naschrift*, Advocatenblad 1975, p. 201-203
- Bakker Schut 1977 I: P.H. Bakker Schut, *Over de grens*, Advocatenblad 1977, p. 115-129
- Bakker Schut 1977 II: P.H. Bakker Schut, *Naschrift*, Advocatenblad 1977, p. 339-341

- Bakker Schut e.a. 1980:** P.H. Bakker Schut, T. Prakken en Th.A. de Roos, *Politiek protest in de rechtszaal*, Recht en kritiek 1980, p. 33-62
- Bakker Schut 1983:** P.H. Bakker Schut, *Naar aanleiding van de zaak Schifferer*, Advocatenblad 1983, p. 194-201
- Bakker Schut 1986 I:** P.H. Bakker Schut, *Politische Verteidigung in Strafsachen, eine Fallstudie des von 1972-1977 in der Bundesrepublik Deutschland geführten Strafverfahrens gegen Andreas Baader, Gudrun Ensslin, Ulrike Meinhof, Holger Meins, Jan Carl Raspe*, Neuer Malik Verlag, Kiel 1986
- Bakker Schut 1986 II:** P.H. Bakker Schut, *De facto - uitsluiting van advocaten in strafzaken*, NJB 1986, p. 877-881
- Bakker Schut e.a. 1997:** P.H. Bakker Schut, G.P.M.F. Mols, T. Spronken, *Advocatenextremisme*, Advocatenblad 1997, p. 516-520
- Barkhuysen en Loof 1999:** T. Barkhuysen en J.P. Loof, *Een andere visie*, NJCM-bulletin 1999, p. 1101-1103
- Van Bavel en Verbunt 1994:** C.J. van Bavel en R.P.G.L.M. Verbunt, *Advocaat en telefoontap: schending van de onschendbaarheid*, DD 1994, p. 228-247
- Van Bavel 1998:** C.J. van Bavel, *Naar een Europese stijl van procederen*, in: P.H.P.H.M.C. van Kempen en W.E.C.A. Valkenburg (red.), *Het recht van Europa?*, Koninklijke Vermande, Lelystad 1998, p. 29-42
- Beekhuis 1950 I:** C.H. Beekhuis, *De positie van de advocaat in strafzaken*, Advocatenblad 1950, p. 187-215
- Beekhuis 1950 II:** C.H. Beekhuis, *reactie op J. de Vrieze, De positie van de advocaat in strafzaken, een nabetrachting*, Advocatenblad 1950, p. 369-372
- Beekhuis 1959:** C.H. Beekhuis, *De verdediging in het vooronderzoek*, T.v.S. 1959, p. 153-168
- Beelaerts van Blokland 1969:** P. R. Beelaerts van Blokland, *Vormen van klassejustitie*, NJB 1969, p. 716-717
- Beerling 1975:** H.W.R. Beerling, *Discussiestuk mr. H.W.R. Beerling*, Advocatenblad 1975, p. 403-411
- Beerling 1977:** H.W.R. Beerling, *Verdediging van "politieke delinquenten"*, Advocatenblad 1977, p. 453-456
- Beerling 1983:** H.W.R. Beerling, *De verdediging van overtuigingsdaders*, DD 1983 p. 470-473
- Van de Beeten 2000:** R.H. van de Beeten, *Strafpleiter heeft recht op streepje voor*, Trouw 23 mei 2000
- Beijer 1990:** A. Beijer, *Kostovski treft anonieme getuigen in het hart*, Recht en kritiek 1990, p. 243-258
- Beijer 1997:** A. Beijer, *Bedreigde getuigen in het strafproces*, Gouda Quint, Deventer 1997
- Belinfante 1978:** A.D. Belinfante, *In plaats van Bijltesdag. De geschiedenis van de Bijzondere Rechtspleging na de Tweede Wereldoorlog*, Van Gorcum, Assen 1978
- Van Bemmelen 1972:** J.M. van Bemmelen, *boekbespreking Verdediging in Strafsaken, enkele mogelijkheden van het Nederlands Strafproces*, Zwolle 1971, NJB 1972, p. 445-446
- De Beneditty 1928:** N. de Beneditty, *Verdediger of raadsman?*, Advocatenblad 1928, p. 134-137
- Van Bennekom 1979:** W. van Bennekom, *Lessen in traumatologie*, in J. Naeyé, *De sterke arm*, VU Boekhandel, Amsterdam 1979, p. 105-139
- Van Bennekom 1980:** W.J. van Bennekom, *De advocaat als vrije verdediger*, Advocatenblad 1980, p. 219-222
- Berends 1993:** M. Berends, *Geschiedenis van de advocatuur door een andere bril bekeken*, Wolters-Noordhoff, Groningen 1993
- Van den Bergh 1902:** Z. van den Bergh, *Hoe behoort de verdediging in het strafproces te worden geregeld zowel bij het vooronderzoek als bij de behandeling ter terechtzitting?*, Handelingen NJV 1902 I, p. 159-225.
- Bergsma 1970 I:** R.L. Bergsma, *Verdachten onder stress. Een sociaal-psychologisch onderzoek naar de situatie van verdachten op het politiebureau*, Criminologisch Instituut Vrije Universiteit Amsterdam, Amsterdam 1970
- Bergsma 1970 II:** R.L. Bergsma, *Het J.C.B., tussentijdse balans van een experiment*, DD 1970-1971, p. 408-417

- Bergsma 1972: R.L. Bergsma, *Het JCB, Externe Dienst: een onderzoek betreffende rechtsbijstand op het politiebureau*, Amsterdam, 1972
- Bergsma en Verberne 1973: R.L. Bergsma, P.J. Verberne, *Recht op en neer. Drie jaar experimentele ontwikkeling in rechtshulp*, Het Juridisch Consultatiebureau, Amsterdam 1973
- Bergsma 1975: R.L. Bergsma, *Politie en advocatuur*, *Proces* 1975, p. 85-98
- Bergsma 1977: R.L. Bergsma, *In verzekerde bewaring*, Boom Meppel, Amsterdam 1977
- Berkhout-Van Poelgeest en Kelk 1999: A.M. Berkhout-Van Poelgeest en C. Kelk, *Het bezoek van het European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading treatment or Punishment (CPT) aan Nederland*, NJCM-Bulletin 1999, p. 592-603
- Beyaert 1970: F.H.L. Beyaert, *Psycho-hygiëne en een goede verdediging*, DD 1970-1971, p. 423-425
- Beyaert 1978: F.H.L. Beyaert, *Wapengekleetter of waar gaat het om?* DD 1978, p. 533-539
- Bijvanck 1985: J.W. Bijvanck, *Recensie van het preadvies 'advocaat, client en politiek' van Mr Theo de Roos*, *Advocatenblad* 1985, p. 393-396
- Binnerts 1902: H. Binnerts, *Hoe behoort de verdediging in het strafproces te worden geregeld zooal bij het vooronderzoek als bij de behandeling ter terechtzitting?*, *Handelingen NJV* 1902 I, p. 1-33
- Van Binsbergen 1959: W.C. van Binsbergen, *Het gebruik van de bandrecorder in het strafproces*, T.v.S. 1959, p. 5-101
- Van Binsbergen 1968: W.C. Van Binsbergen, *Het gebruik van voorlichting door de verdediging*, T.v.S. 1968, p. 276-288
- Blaauw 1979: J.A. Blaauw, *De raadsman bij het politieverhoor (I)*, *Algemeen politieblad* 1979, p. 387-390
- Blaisse 1962: H.F. Blaisse, *Taak en functie van de advocaat in de hedendaagse maatschappij*, *Bijlage Advocatenblad* 15 juni 1962, p. 225-259
- Bloemers 1940: J.H.F. Bloemers, *Behoeft de wettelijke regeling van het vooronderzoek in strafzaken wijziging?*, *Handelingen NJV* 1940 I, p. 71-127
- Blok/Besier 1925/1926: A.J. Blok en L.Ch. Besier, *Het Nederlandsch strafproces*, delen I, II en III, Haarlem 1925/1926
- A. Blom 1950: A. Blom, *De positie van de advocaat in strafzaken*, *Advocatenblad* 1950, p. 121-122
- T. Blom en de Doelder 1991: T. Blom en H. de Doelder, *Het in beslag nemen van geschriften*, DD 1991, p. 842-858
- T. Blom en Hartman 2000: T. Blom en A.R. Hartman, *Verdediging in Strafzaken* in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Tilburg/Groningen, 2000, Bijzonder deel, p. 195-231
- Boekman 1988: S. Boekman, *De advocaat en de getuige*, in: *Niets dan de waarheid*, bundel Jonge Balie Congres 1988, Tjeenk Willink, Zwolle 1988, p. 95-101
- Boekman 1995: S. Boekman, *Ethische dilemma's in de civiele praktijk*, *Advocatenblad* 1995, p. 109-111
- Boekman 1998: S. Boekman, *Het huidige advocatentuchtrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle 1998
- Boeles 1973: P. Boeles, *Voorlopige hechtenis*, NJB 1973, p. 415-416
- Boeles 1978: P. Boeles, *Het vrije verkeer met de verdachte*, *Rechtshulp* 1978, p. 4-9
- Boksem en Van der Goot 2000: J. Boksem en T. van der Goot, *Geen eenvoudige rechtspraak voor de gewezen verdachte*, *Trema* 2000, p. 356-361
- Bol en d'Anjou 1977: M.W. Bol, L.J.M. d'Anjou, *De advocaat in strafzaken*, in: *Strafrechtelijke Advocatuur*, Justitiële Verkenningen 1977, nr. 5, Ministerie van Justitie WODC, p. 5-17
- Borman 1973: J.A. Borman, *Rechtsbijstand tijdens in verzekeringstelling*, *Ars Aequi* 1973, p. 557-560
- Bos 2000: W. Bos, *Het einde voor de kritiekloze academicus*, *Intermediair* 20 april 2000
- Van Braam en Surie 1972: D.A. van Braam en H.G. Surie, *Toestand en toekomst van de Nederlandse Balie*, Rotterdam 1972
- Brants en Field 1995: C. H. Brants en S. Field, *Participation Rights and Proactive Policing. Convergence and drift in European criminal process*, Kluwer, Deventer 1995
- Brants 1998: C.H. Brants, *Journalists and the protection of sources of information in the Netherlands*, in: S. Field, C. Pelser (ed.), *Invading the Private*, Ashgate Dartmouth, Aldershot/Brookfield USA/Singapore/Sydney 1998, p. 225-238

- Brants 1999:** C.H. Brants, *Over levende gedachten*, oratie, Gouda Quint, Deventer 1999
- De Brauw 1970:** P.J.W. de Brauw, *De verdediging in het strafproces in Nederland in 1970*, DE 1970-1971, p. 309-312
- De Brauw e.a. 1975:** P.J.W. de Brauw, P. Mout, H. Kuijper, *De Stichting Strafrechtspraktijk*, Advocatenblad 1975, p. 258-263
- De Brauw 1979:** P.J.W. de Brauw, *Algemene beschouwing over de positie van de advocaat in strafzaken*, Advocaat en Praktijk, Samsom Alphen a/d Rijn, supplement november 1979, p. A1100-1-A1100-12
- Brenningmeijer 1995:** A.F.M. Brenningmeijer, *De magistraat in het strafrecht*, NJB 1995, p. 21
- Brinkman 1994:** C. H. Brinkman, *Is cliënt koning?*, in: *Is cliënt koning?*, bundel Jonge Balie Congres 1994, p. 7-15
- Broertjes 1950:** W. Broertjes, *Hechtenis in afzondering*, Advocatenblad 1950, p. 73-75
- Von Brucken Fock 1983:** E.P. von Brucken Fock, *Tot welke wijzigingen in het Nederlandse strafprocesrecht dienen de beginselen van behoorlijke rechtspraak, neergelegd in art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en fundamentele vrijheden, aanleiding te geven?*, Handelingen NJV 1983 I, p. 149-263
- Von Brucken Fock 1990:** E.P. von Brucken Fock, *Anonieme getuige exit?*, NJB 1990, p. 301-309
- Bruin 1978:** H.G. Bruin, *Rechtshulpbibliografie 1970-1977*, Advocatenblad 1978, p. 78-88
- Bruinsma 1976:** F. Bruinsma, *Elementen van een rechtshulptheorie*, Ars Aequi 1976, p. 711-719
- Buitendijk 1970:** J.W. Buitendijk, *De raadsman en het politieverhoor*, Tijdschrift voor de Politie 1970, p. 41-44
- Van de Bunt 1996:** H. van de Bunt, *Georganiseerde criminaliteit in Nederland: de vrijeberoepsbeoefenaars: advocaten, notarissen, accountants*, Deelonderzoek III Enquêtecommissie Opsporingsmethoden, Inzake opsporing, Sdu Uitgevers, 's-Gravenhage 1996
- Van den Burg 1995:** W. van den Burg, *Morele beroepsdeformatie*, in: L.E. de Groot-van Leeuwen, L.H.A.J.M. Quant (red.), *Ethiek en het juridisch beroep*, VUGA Uitgeverij 's-Gravenhage 1995, p. 13-34
- Van Buuren 1969:** H. van Buuren, *De advocaat in het moderne strafproces*, Advocatenblad 1969, p. 321-331
- Caljé 1980:** A. Caljé, *Tien jaar dispuut over rechtshulp 1968-1978 (I) en (II)*, Advocatenblad 1980, p. 53-60 en 74-78
- Cape en Spronken 1998:** E. Cape en T.N.B.M. Spronken, *Proactive policing: limiting the role of the defence lawyer*, in: S. Field en C. Pelser (ed.), *Invading the Private, State accountability and new investigative methods in Europe*, Ashgate Dartmouth, 1998, p. 291-322
- Christopoulos 1999:** N. Christopoulos, *Advocateneed verdient nadere beschouwing*, Advocatenblad 1999, p. 481-483
- Cikot Roos 1999:** M.C. Cikot Roos, *Advocateneed*, Advocatenblad 1999, p. 564
- Claessens e.a. 1970:** Th.M.A. Claessens, M.I. 't Hooft, J.I.M. Jacobs, J. Keereweer, *De advocaat in het strafrecht*, Ars Aequi, 1970, p. 289-298
- Cleiren 1989:** C.P.M. Cleiren, *Beginnelsen van goede procesorde*, Gouda Quint, Arnhem 1989
- Cleiren 1990 I:** C.P.M. Cleiren, *'Een grensoverschrijdende verdachte?'* in: *Grensoverschrijdend strafrecht*, Gouda Quint Arnhem, 1990, p. 141-164
- Cleiren 1990 II:** C.P.M. Cleiren, *Identiteit van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging en beginselen van behoorlijk bestuur?*, DD 1990, p. 497-512
- Cleiren 1992 I:** C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht*, Gouda Quint, Arnhem 1992
- Cleiren 1992 II:** C.P.M. Cleiren, *Boekbespreking van Th.A. de Roos, Verdediging van belangen: het belang van de verdediging, oratie RU Limburg*, Gouda Quint, Arnhem 1991, DD 1992, p. 935-939
- Cnoop Koopmans 1969:** A.J. Cnoop Koopmans, *Vormen van klassejustitie*, NJB 1969, p. 421-423
- Cnoop Koopmans 1973 I:** A.J. Cnoop Koopmans, *Rechter en politiek*, NJB 1973, p. 630-638
- Cnoop Koopmans 1973 II:** A.J. Cnoop Koopmans, *Rechtsbijsland rond het voorarrest*, Proces 1973, p. 44-46
- College van Afgevaardigden Nederlandse Orde van Advocaten**
- *Notulen vergadering College van Afgevaardigden 30 mei 1975*, Advocatenblad 1975, p. 547-558
 - *Verslag vergadering van College van Afgevaardigden 24 november 1989*, 3. Discussienota specialisatie/bijbscholing, Advocatenblad 1990, p. 142-145

- Commissie Duk**, Commissie Partiële Herziening Strafvordering, *Advies over de aanwezigheid van raadslieden bij het politieverhoor*, 's-Gravenhage 15 februari 1979
- Commissie Feber**, *Interimrapport van de Commissie partiële herziening straffordering* (Commissie Feber), TK 1968-1969, 9994, Bijlage A van de M.v.T., nr. 4
- Commissie Haak**, Rapport van de Commissie Werkbelasting Strafkamer Hoge Raad, *De toegang tot de cassatierechter in strafzaken*, december 1996
- Commissie Moons 1990**, *Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek*, een rapport van de Commissie herijking Wetboek van Strafvordering, Gouda Quint, Arnhem 1990
- Commissie Moons 1993**, *Recht in vorm. Een onderzoek naar vormvoorschriften en de gevolgen van het verzuim ervan*, in: G.J.M. Corstens, Rapporten herijking straffordering 1993, Gouda Quint, Arnhem 1993
- Commissie Rummelink**, *Rapport van de commissie bedreigde getuigen 11 juni 1986*
- Commissie van Traa**, *Inzake opsporing. Eindrapport van de Enquêtecommissie Opsporingsmethoden*, Sdu, 1 februari 1996
- Congresbundel Jonge Balie Congres 1980**, *De advocaat en straf op maat*, Tjeenk Willink, Zwolle 1980
- Congresbundel Jonge Balie Congres 1985**, *Bewaring verzekerd? De advocaat in de voorfase van het strafproces*, Tjeenk Willink, Zwolle 1985
- Congresbundel Jonge Balie Congres 1988**, *Niets dan de waarheid. Getuigenbewijs in het civiel- en strafrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1988
- Corstens 1987 I**: G.J.M. Corstens, *Het ongedwongen praten van een minister van Justitie*, NJB 1987, p. 1126-1127
- Corstens 1987 II**: G.J.M. Corstens, *Helende advocaten vervolgen is niet altijd gewenst*, NRC 20 oktober 1987
- Corstens 1987 III**: G.J.M. Corstens, *Criminohysterie*, DD 1987, p. 1037-1041
- Corstens 1987 IV**: G.J.M. Corstens, *Anonymi in het strafproces*, DD 1987, p. 339-346
- Corstens 1988**: G.J.M. Corstens, *Van cri de justice naar anonieme getuigenverklaring: 75 jaar de-audit-jurisprudentie*, in: J. Rummelink (red.), NJ 1913-1988, Annotatoren kijken terug, Tjeenk Willink, Zwolle 1988, m.n. p. 38 en 44
- Corstens 1994**: G.J.M. Corstens, *Nieuwe wetgeving strafprocesrecht*, Trema 1994, p. 152-163
- Corstens 1996**: G.J.M. Corstens, *Kroniek van het strafrecht I*, NJB 1996, p. 385-390
- Corstens 1999**: G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, derde druk, Gouda Quint, Arnhem 1999
- Couwenberg 1996**: S. W. Couwenberg, *Beste strafpleiter of een advocaat van gore zaken?*, NRC Handelsblad 5 oktober 1996
- Dahs 1999**: H. Dahs, *Handbuch des Strafverteidigers*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 1999
- Damaška 1973**: M.R. Damaška, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 Pennsylvania Law Review 105, 1973
- Damaška 1986**: M.R. Damaška, *The Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, New Haven and London 1986
- J. van Dijk 1993**: J.J.M. van Dijk, *Mr Van Zant: being to blind to have desire to see?* Advocatenblad 1993, p. 385
- Van Dijk/Van Hoof 1998**: P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, Den Haag 1998
- Van Dinter 1989**: *Brief van G.J. van Dinter, voorzitter van de vergadering van procureurs-generaal aan de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 26 oktober 1989 als reactie op de brief van de Algemene raad d.d. 1 februari 1988*, met noot van F.H. Koster, Advocatenblad 1990, p. 79-83
- Dirksen e.a. 1975**: J.C.H.F.M. Dirksen, A.H. Godlieb, S.J. Huizinga, *Relatie verdachte - raadsman tijdens het justitiële onderzoek*, Nederlandse Politie Academie, Apeldoorn 1975
- Doelder 1981**: H. Doelder, *Terrein en beginselen van tuchtrecht*, Tjeenk Willink, Alphen a/d Rijn 1981
- De Doelder en 't Hart 1993**: A.C.H. de Doelder, A.C. 't Hart, *Vertrouwenscrisis*, NJB 1993, p. 604
- Van der Does 1969**: Van der Does, *Maagdenhuisaffaire II*, Advocatenblad 1969, p. 433-438
- Van Domburg 1994**: P.J.M. van Domburg, *Over de grenzen van het verschoningsrecht*, VUGA Uitgeverij, 's-Gravenhage 1994
- Dommering 1986**: E.J. Dommering, *Specialisme en publiciteit*, Advocatenblad 1986, p. 81-87

- Doorenbos 1993:** D.R. Doorenbos, *Het criminaliseren van money laundering als communautaire verplichting*, DD 1993, p. 351-359
- Doorenbos 1996:** D.R. Doorenbos, *Witwassen en (misbruik van) verschoningsrecht*, Advocatenblad 1996, p. 111-115.
- Van Doorn 1996:** J.A.A. van Doorn, *Advocaat van gore zaken*, HP/De Tijd 20 september 1996, p. 16
- Doornbos en De Groot -Van Leeuwen 1994:** N. Doornbos, L.E. de Groot -Van Leeuwen, *Het tuchtrecht in werking*, Advocatenblad 1994, p. 150-154
- Doornbos en De Groot -Van Leeuwen 1997:** N. Doornbos, L.E. de Groot -Van Leeuwen, *Klachten op orde*, Kluwer, Deventer 1997
- Dorsman 1999:** W. Dorsman, *Advocaten en officieren als bokkers in de ring*, Advocatenblad 1999, p. 25-27
- Van Dorst 2000:** A.J.A. van Dorst, *Strafvordering 2001*, DD 2000, p. 233-246
- Dozy 2000:** R.A. Dozy, *Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek. In het bijzonder de mini-instructie*, Trema 2000, p. 49-59
- Drabbe 1958:** L.W.M.M. Drabbe, *Ambtelijke verdediging in het vooronderzoek van strafzaken*, TvS 1958, p. 286-316.
- Drenth 1939:** J.H. Drenth, *Bijdrage tot de kennis der historische ontwikkeling van het accusatoire tot het inquisitoire strafproces*, Noord-Hollandsche Uitgeversmaatschappij, Amsterdam 1939
- Van Driel 1979:** H.H. van Driel, *De raadsman wel/niet bij het politieverhoor*, Algemeen Politieblad 1979, p. 597-598
- Van Driem 1991 I:** G. van Driem, *Zonder ethiek krijgt de rechtszaal wildwest-sfeer*, NRC Handelsblad 19 oktober 1991
- Van Driem 1991 II:** G. van Driem, *Advocaten misbruiken slachtoffers vaak*, NRC 14 november 1991
- Van Duyne 1985:** P.C. van Duyne, J.R.A. Verwoerd, *Gelet op de persoon van de rechter*, WODC-rapport nr. 58, Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage 1985
- Van Duyne 1990:** P.C. van Duyne e.a., *Misdaadondernemingen*, WODC, Gouda Quint, Arnhem 1990
- Van Duyne 1993:** P.C. van Duyne, J.M. Reijntjes, C.D. Schaap (red.), *Misdaadgeld*, Gouda Quint, Arnhem 1993
- Van de Eerenbeemt en Kruijt 1998:** M. van de Eerenbeemt, Michiel Kruijt, *Nederlandse rechters overbelast door Europees verdrag*, Volkskrant 31 oktober 1998
- Eiselin e.a. 1977:** R. Eiselin, M. van Gorkum, J. Hin, W. Koeberg, J. Malschaert, P. Rombouts, C. Vrijdaghs, (Staf HVO-Welzijnswerk Strafrechtmoelijkheden), *De dooie, de levende advocaat*, Advocatenblad 1977, jubileumnummer, p. 30-35
- Elberse 1998:** P. Elberse, *De heilige oorlog in de rechtszaal*, Algemeen dagblad 16 december 1998
- Elzinga 1998 I:** H.K. Elzinga, *In beroep*, Gouda Quint, Arnhem 1998
- Elzinga 1998 II:** H.K. Elzinga, *De chicaneuze verdachte ontmaskerd? Kan oneigenlijk gebruik van rechtsmiddelen door de verdachte worden bestreden?*, Trema 1998, p. 295-300
- Elzinga 1999:** H.K. Elzinga, *Niet iedere verdachte krijgt toegang tot de hoge raad*, DD 1999, p. 707-721
- Emmering 1960:** E. Emmering, *De Advocatuur*, Kluwer Deventer/Antwerpen, 1960
- Enschedé 1970 I:** Ch.J. Enschedé, *Strafrecht en politiek*, Kluwer, Deventer 1970
- Enschedé 1970 II:** Ch.J. Enschedé, *Ethiek en strafrecht*, in J.F. Glastra van Loon e.a. (red.), *Speculum Langemeijer: 31 rechtsgeleerde opstellen*, Tjeenk Willink, Zwolle 1973
- Van Es en Meijlink 1995:** R. van Es, T.L. Meijlink, *Ethiek en professie*, Uitgeverij Kok Kampen, 1995
- Feith 1928:** W.W. Feith, *ingezonden bijdrage over "streng verhoor" door de rechter-commissaris*, Weekblad van het Recht 1928, nr. 11805
- Fijnaut 1987:** C.J.C.F. Fijnaut, *De toelating van raadslieden tot het politieke verdachtenverhoor*, Kluwer/Gouda Quint, Antwerpen/Arnhem, 1987

- Fijnaut 1988:** C.J.C.F. Fijnaut, *De raadsman (al dan niet) bij het politieverhoor*, in: C.J.C.F. Fijnaut en G.N.M. Blonk (red.), *De advocaat bij het politieverhoor*, Verslag van de conferentie georganiseerd door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Nederlandse Orde van Advocaten en de Rechercheschool op 25 en 26 februari 1988, Van den Brink Lochem en Gouda Quint Arnhem, 1988, p. 31-58
- Fijnaut en Blonk 1988:** C.J.C.F. Fijnaut en G.N.M. Blonk (red.), *De advocaat bij het politieverhoor*, Verslag van conferentie georganiseerd door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten en de Rechercheschool op 25 en 26 februari 1988, Van den Brink Lochem en Gouda Quint Arnhem, 1988
- Fleuren en Viering 1987:** J. Fleuren en M. Viering, *Raadsman of camera bij politieverhoor*, NJB 1987, p. 212
- Flinterman 1989:** C. Flinterman, *Mensenrechten en sociale advocatuur*, in: T. Hoogeboom, G.P.M.F. Mols, Th. de Roos en T. Spronken (red.), *Sociale Advocatuur en de Rechten van de Mens*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1989, p. 8-22
- Fokkens en Mulder 1984:** J.W. Fokkens en G.E. Mulder, *Tussen crime control en due process of law. Beschouwingen over de rechtsbescherming van de verdachte*, Calvinistische Juristen Vereniging, Enschede 1984
- Fokkens 1994:** J.W. Fokkens, *Tussen due process of law en crime control, Beschouwingen over de rechtsbescherming van de verdachte in deze tijd*, Tjeenk Willink, Zwolle 1994
- Fokkens 1995:** J.W. Fokkens, *Het EVRM en de afwezige verdachte: de gevolgen van Lala, Tremma 1995*, p. 29-33.
- Franken en Prakken 1999:** A.A. Franken en T. Prakken, *Verdediging in strafzaken: oproep tot een grondslagendiscussie*, NJB 1999, p. 1635-1639
- Franken 1994:** A.A. Franken, *Strafvordering op drift*, Gouda Quint Arnhem, 1994
- Fransen van de Putte 1999:** D. Fransen van de Putte, *Verschoningsrecht onder druk*, Advocatenblad 1999, p. 911-912
- Frielink 1990:** P.M. Frielink, *Infiltratie in het strafrecht*, Gouda Quint, Arnhem 1990
- Garé 1994:** D.M.H.R. Garé, *Het onmiddellijkheidsbeginsel in het Nederlandse strafproces*, Gouda Quint, Arnhem 1994
- Garé en Spronken 1997:** D.M.H.M. Garé en T.N.B.M. Spronken, *Wet bedreigde getuigen niet "Straatsburg-proof": de zaak Van Mechelen e.a. tegen Nederland*, Advocatenblad 1997, p. 545-550
- Garé 1998:** D.M.H.M. Garé, *Het blijft tobben met de anonieme getuige*, NJB 1998, p. 1636-1640
- Geense en De Krijger 1976:** J. Geense en F. de Krijger, *De Vereniging voor Rechtshulp. Recht en kritiek 1976*, p. 168-171
- Gerlings 1919:** H.Th. Gerlings, *De positie van den advocaat in strafzaken*, Advocatenblad 1919, p. 12-16
- Gerlings 1921:** H.Th. Gerlings, *Het strafproces*, Advocatenblad 1921, p. 66-69
- Gerlings 1922:** H.Th. Gerlings, *Preadvies over het standpunt van den advocaat in het strafproces ten opzichte van cliënt, magistratuur en het algemeen belang*, Advocatenblad 1922, p. 102-114
- Van Geuns 1937:** S.J.M. van Geuns, *Verdachte en verdediger in ons strafproces*, T.v.S. 1937, p. 255-272
- Geurts 1962:** A. Geurts, *De rechtspositie van de gevangene*, van Gorcum, Assen 1962
- Van Gigh 1874:** J. van Gigh, *Welke bevoegdheid moet aan de verdediging van de verdachte of beklagde worden toegekend gedurende de voorloopige instructie van strafzaken*, Handelingen NJV 1874 I, p. 145-153
- Van Gilse 1950:** D.J. van Gilse, *De positie van de advocaat in strafzaken*, Advocatenblad 1950, p. 171-187
- Giltay Veth 1969:** D. Giltay Veth, *De verdediging in de Maagdenhuiszaken*, NJB 1969, p. 937-950
- Giltay Veth 1970:** D. Giltay Veth, *Het recht op vrije keuze van een Raadsman*, NJB 1970, p. 277-279
- Giltay Veth 1980:** D. Giltay Veth, *De verdediging in de Maagdenhuiszaken*, Advocatenblad 1980, p. 203-219
- Glasz 1983:** J.R. Glasz, *Nogmaals de zaak Schifferer en waarom de Orde niet intervenieerde*, Advocatenblad 1983, p. 82-85
- Glasz 1985:** J.R. Glasz, *Ombuiging publiciteitstrend Openbaar Ministerie is nodig*, Advocatenblad 1985, p. 123

- Glasz 1986: J.R. Glasz, *Onze rechtsorde vraagt om - adequate bezetting voor strafrechtspleging - legale huisvesting gedetineerden - advocaten bij politieverhoor*, Advocatenblad 1986, p. 237-238
- Van der Goen 1995: B. van der Goen, *Openbaar Ministerie, advocatuur en rechtsstaat*, NJB 1995, p. 477-481
- Goudsmit 1969: C.J. Goudsmit, *De positie van de advocaat in het strafproces*, NJB 1969, p. 301-306
- Grabandt 1982: E. Grabandt, *Legal professional privilege en beroepsgeheim van de advocaat tegenover opsporingsbevoegdheid van de overheid*, Advocatenblad 1982, p. 525-531
- Grabandt 1986: E. Grabandt, *Vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt: recente perikelen*, Advocatenblad 1986, p. 261-265
- Grappenhuis en Nieuwenhuys 1990: M.J. Grappenhuis, J. Nieuwenhuys, *De gevolgen van onrechtmatige bewijsgeving*, NJB 1990, p. 769-775
- Van de Griend en Van Woensel 1999: E.S.G.N.A.I. van de Griend, A.M. van Woensel, *De gemachtigde raadsman ter terechtzitting*, Trema 1999, p. 46-52
- Griffiths 1970: J. Griffiths, *Ideology in Criminal Procedure or A third "Model" of the Criminal Process*, 79 Yale Law Journal 359, (1970)
- Groen 1996: H.A. Groen, *Narigheid in Nijmegen*, Advocatenblad 1996, p. 703-705
- Groenendijk 1973: C.A. Groenendijk, *Wettelijke regeling van piketdiensten*, Proces 1973, p. 12-16
- Groenhuijsen 1994: M.S. Groenhuijsen, *Mondige of gefortuneerde verdachten en de equality of arms in het strafproces*, DD 1994, p. 781-785
- Groenhuijsen en Van der Landen 1995: M.S. Groenhuijsen, D. van der Landen, *De financiële aanpak van de georganiseerde criminaliteit*, NJB 1995, p. 613-621
- Groenhuijsen 1996: M.S. Groenhuijsen, *Straatsburgse rechtspraak en het Nederlandse strafprocesrecht. Enkele inleidende opmerkingen*, DD 1996, p. 961
- Groenhuijsen 2000: M.S. Groenhuijsen, *Het onderzoeksproject Strafvordering 2001: enkele inleidende opmerkingen*, DD 2000, p. 220-221
- Groenhuijsen en Knigge 2000: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Tilburg/Groningen, 2000
- Groenhuijsen en Van der Landen 2000: M.S. Groenhuijsen en D. Van der Landen, *Strafbaarstelling van witwassen, meldingsplichten en underground banking*, DD 2000, p. 989-1011
- De Groot-Van Leeuwen 1992: L.E. de Groot van Leeuwen, C.J.M. Schuyt, *Ethische dilemma's, morele redeneerpatronen bij advocaten*, in P. de Bok e.a. (red.), *Wat de advocaat betaamt*, Tjeenk Willink, Zwolle 1992, p. 71-90
- De Groot-Van Leeuwen 1995: L.E. de Groot-van Leeuwen, *De advocaat tussen cliënt en samenleving*, Justitiële Verkenningen 1995, nr. 4, p. 107-117
- De Groot-Van Leeuwen en Quant 1995: L.E. de Groot-van Leeuwen, L.H.A.J.M. Quant (red.), *Ethiek en het juridisch beroep*, VUGA Uitgeverij, 's-Gravenhage 1995
- Grosheide 1972: F.W. Grosheide, *De aanval is de beste verdediging*, Advocatenblad 1972, p. 122-131
- Grosheide 1975 I: F.W. Grosheide, *Onder verdenking*, Advocatenblad 1975, p. 58-66
- Grosheide 1975 II: F.W. Grosheide, *Onder verdenking* (2), Advocatenblad 1997, p. 203-206
- Gunning en De Roos 1987: M. Gunning en Th.A. de Roos, *Verdediging van verkrachters: De VSAA loopt zichzelf voor de voeten*, NJB 1987, p. 1225
- Haak 1996: W.E. Haak, *Welk type strafproces ligt ten grondslag aan het EVRM en aan de rechtspraak van het EHRM?*, DD 1996, p. 978-990
- Van Haaren 1986: Th. H. van Haaren, *Reclassering en advocatuur in de voorfase van het strafproces*, Proces 1986, p. 50-55
- Habermehl en Nepveu 1999: P. Habermehl, J.P. Nepveu, *Rust op het departement*, Advocatenblad 1999, p. 19-20
- Haenen 1997: M. Haenen, *Prijzboksen en procesrecht*, NRC 18 januari 1997
- Haenen 1999: M. Haenen, *Advocaat zaait verwarring*, NRC 12 maart 1999
- Van Haersholte 1978 I: R.A.V. van Haersholte, *Politieke verdediging...in rechte*, NJB 1978, p. 603-605
- Van Haersholte 1978 II: R.A.V. van Haersholte, *Dupliek*, NJB 1978, p. 607-608
- Haffmans en Rüter 1984: Ch. Haffmans en C.F. Rüter, *De Raadsman op zijn retour?*, Ars Aequi 1984, p. 625-631

- Hamburger 1975:** B. Hamburger, *'Lex Baader-Meinhof'*, Advocatenblad 1975, p. 195-197
- Van Hamel 1912:** G.A. van Hamel, *De tegenwoordige beweging op het gebied van het strafrecht*, in: Verspreide opstellen I, E.J. Brill, Leiden 1912, p. 523-551
- Hamer en Kengen 1998:** G.P. Hamer en A.M. Kengen, *Nuancering onderzoeksplicht bij afwezigheid raadsman*, Advocatenblad 1998, p. 1215-1216
- Hamer en Pelsser 2000:** G.P. Hamer en S.V. Pelsser, *Het verschoningsrecht van de advocaat met vuile handen*, Advocatenblad 2000, p. 198-200
- Hammerstein 1998:** O. Hammerstein, *Inter pontem et fontem*, in: G.P.M.F. Mols, M. Wladimiroff (red.), *Homo Advocatus*, Spong-bundel, Sdu Uitgevers, Den Haag 1998, p. 57-68
- Hamming 1928:** J.L. Hamming, *Geen raadsman in het gerechtelijk vooronderzoek?*, NJB 1928, p. 381-384
- Hamminga 1993:** F. Hamminga, *Gedragrecht en gedragsregels, grenzen en toekomst*, in: Er zijn grenzen, bundel ter gelegenheid van het negende lustrum van de Vereniging De Jonge Balie Utrecht, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle, 1993, p. 1-9
- Hankes Drielsma 1921:** A.J. Hankes Drielsma, *Het strafproces*, Advocatenblad 1921, p. 63-66
- Hankes Drielsma 1922 I:** A.J. Hankes Drielsma, *Een Franse opvatting over een kwestie van verdediging in strafzaken*, Advocatenblad 1922, p. 160-164
- Hankes Drielsma 1922 II:** H.J. Hankes Drielsma, *De raadsman in het nieuwe strafproces*, Advocatenblad 1922, p. 69-73
- Hankes Drielsma 1929:** A.J. Hankes Drielsma, *Een rechter tegen de wet*, Advocatenblad 1929, p. 67-73
- Van Hanswijk Pennink 1920:** H.C. van Hanswijk Pennink, *Vrijheid van verkeer tusschen raadsman en verdachte tijdens het vooronderzoek?* Weekblad van het Recht 9 april 1920, nr. 10542
- 't Hart 1983:** A.C. 't Hart, *Strafrecht: de macht van een verhaalstructuur*, in: E. André de la Porte e.a. (red.), *Bij deze stand van zaken*, Gouda quint, Arnhem 1983, p. 181-218
- 't Hart 1987 en Simmelink:** A.C. 't Hart en J.B.H.M. Simmelink, *De verdachte en zijn raadsman: ont koppeling van een koppel*, in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en Geweten, liber amicorum J. Remmelink*, Gouda Quint Arnhem 1987, p. 165-179
- 't Hart 1992:** A.C. 't Hart, *Perikelen van zwijgplicht en verschoningsrecht*, DD 1992, p. 105-110
- 't Hart 1994:** A.C. 't Hart, *Openbaar ministerie en rechtshandhaving*, Gouda Quint, Arnhem 1994
- 't Hart 1998:** A.C. 't Hart, *Strafrecht en beroepsethiek*, DD 1998, p. 1-10
- J. 't Hart 1998:** J. 't Hart, *Het moet echt sneller, met alle rechtszaken*, interview met minister van Justitie Benk Korthals, Volkskrant 4 november 1998
- Hartevelde e.a. 1996:** A.E. Hartevelde, B.F. Keulen en H.G.M. Krabbe, *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, Wolters Noordhoff, Groningen 1996
- Den Hartog 1992:** A. den Hartog, *Artikel 6 EVRM: grenzen aan het streven de straf eerder op de daad te doen volgen*, Maklu, Antwerpen/Apeldoorn 1992
- Van Hassel 1992:** W.G. van Hassel, *Wat de advocaat betaamt*, Advocatenblad 1992, p. 509-513
- Van Hattum 1969:** W.C.F. van Hattum, *De vrijheid van de mens in het strafproces*, Maandblad voor berechting en reclasering 1969, p. 197-209
- Hazewinkel-Suringa 1959:** D. Hazewinkel-Suringa, *De doolhof van het beroepsgeheim*, Tjeenk Willink, Haarlem 1959
- Heemskerk 1989:** F. Heemskerk, *Rechterlijke macht en gedragsregels*, Advocatenblad 1989, p. 546
- Heeres 1970:** J. Heeres, *Verdediging bij verstek*, NJB 1970, p. 1327-1329
- Van Hees 1979:** M. van Hees, *Stichting Strafrechtpraktijk*, Advocatenblad 1979, p. 264
- Ter Heide 1970:** J. ter Heide, *De onafhandelbaarheid van de rechterlijke macht, Een functioneel-analytische beschouwing*, Agon Elsevier, Amsterdam 1970
- Heijboer 1974:** H.J. Heijboer, *De mededelingsplicht van art. 29 Strafvordering, een amendement van wantrouwen jegens de politie*, Het tijdschrift voor de politie 1974, p. 77-87
- Heijboer 1980:** H.J. Heijboer, *Kan de recherche het spoor blijven volgen?* Tijdschrift voor de politie 1980, p. 347-354
- Van Heijnsbergen 1920:** P. van Heijnsbergen, *Raadsman en verdachte*, Weekblad van het Recht 5 april 1920, nr. 10540
- Van Heijnsbergen 1927:** P. van Heijnsbergen, *Het inquisitoire proces*, inaugurele rede 12 februari 1927, in: Verspreide opstellen, Uitgevers-Maatschappij "De Gulden Ster", Amsterdam 1929, p. 323-336

- Van Heloma Lugt 1998: M.R. van Heloma Lugt, *De tuchtrechter en het beroepsgeheim van de advocaat*, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, 1998
- Hendriks 1999: P.A.M. Hendriks, *Het grievenstelsel in strafzaken: een praktijkverslag*, Tremma 1999, p. 285-286
- Henssen 1998: E.W.H. Henssen, *Twee eeuwen advocatuur in Nederland 1798-1998*, Kluwer, Deventer 1998
- Herstel 1978: A. Herstel, *Twee geloven op één kussen? Het O.M. zit ertussen*, in: Rechter en politiek: vijftien bijdragen ter gelegenheid van het zesde lustrum van de Vereniging De Jonge Balie te Utrecht, Tjeenk Willink, Alphen a.d. Rijn 1978, p. 63-78
- Hertoghs 1986: J.J.M. Hertoghs, *Verslag van de vergadering van de NJV over het professionele (functionele) verschoningsrecht*, Handelingen NJV 1986, p. 44
- Hertoghs 1988: J.J.M. Hertoghs, *Geheimhouding en verschoningsrecht*, in: Niets dan de waarheid, Jonge Balie Congresbundel 1988, Tjeenk Willink, Zwolle, 1988, p. 77-94
- Hertoghs 1991: J.J.M. Hertoghs, *NJ 1990, 750: De raadsman gekortwiek?*, Advocatenblad 1991, p. 295-300
- Hesselink en Wolters 2000: L. Hesselink en M. Wolters, *Haagse officieren en advocaten lopen stage bij elkaar*, Advocatenblad 2000, p. 152-154
- Van den Heuvel 2000: J. van den Heuvel, *Mr. Reurt Gisolf*, Telegraaf 25 maart 2000
- Hijmans 1923: E.H. Hijmans, *De advocaat in strafzaken*, T.v.S. 1923, p. 399-406
- Hingst 1874: S.J. Hingst, *Welke bevoegdheid moet aan de verdediging van den verdachte of beklaagde worden toegekend gedurende de voorlopige instructie van strafzaken*, Handelingen NJV 1874 I, p. 94-144
- Hoefervan Dongen 1997: P. Hoefervan Dongen, *Lekkende officieren en ijdele advocaten. De NJB-salon "De mediativering van het strafproces" op 6 juni 1997*, NJB 1997, p. 1220-1221
- Hoefnagels 1970: G.P. Hoefnagels, *Rituelen ter terechtzitting*, Kluwer, Deventer 1970
- Hoekman 1998: J. Hoekman, *De strafrechtelijke boksarena*, Opportuun 1998, nr. 4, p. 10-11
- Hofstee 1989: E.J. Hofstee, *De getuige en de getuigenlijst*, in T.M. Schalken en E.J. Hofstee (red.), In zijn verdediging geschaad, Gouda Quint, Arnhem 1989, p. 157-187
- Hofstee en Van Tongeren 1989: E.J. Hofstee, V.H. van Tongeren, *Het belang van de verdachte ter terechtzitting: twee topics*, in T.M. Schalken en E.J. Hofstee (red.), In zijn verdediging geschaad, Gouda Quint, Arnhem 1989, p. 113-188
- Holman e.a. 1985: M. Holman, L. Veendrick, W. Kanbier, *Vroeghulp op het politiebureau?* Adragisch Instituut, Groningen, 1985
- Van Hoorn en Nijboer 1997: A. van Hoorn en H. Nijboer, *Nog steeds onder de maat. Van Mechelen e.s. en de inquisitoire stijl van procederen*, NJB 1997, p. 892-893
- Hooykaas 1934: Y.P. Hooykaas, *Komt bij de bescherming van de individuele vrijheid in ons huidige strafrecht en strafprocesrecht de gemeenschap te kort? Zoo ja, welke wijzigingen dienen dan in onze wetgeving te worden aangebracht?*, Handelingen NJV 1934 I, p. 1-153
- Van der Horst 1986: M. van der Horst, *Vieren criminalisten en civilisten samen feest?*, NJB 1986, p. 613-614
- Van der Horst e.a. 2000: M. van der Horst, L. F. Keyser-Ringnalda, H.C.D. Korvinus e.a., *Polarisatie in strijd met een goede procesorde? Rapport van de Werkgroep 'Evaluatie polarisatie'*, Tremma 2000, p. 185-196
- Huijter 1931: J.D. Huijter, *De verdediger als magistraat?* NJB 1931, p. 394-395
- Huisman 1977: D. Huisman, *Bakker Schut en de Duitse 'dissidenten'*, Advocatenblad 1977, p. 338
- Huisman en Van Tuijn 2000: E. Huisman en K. van Tuijn, *De betredings- en onderzoekingsbevoegdheden in het gewijzigde Wetboek van Strafvordering*, DD 2000, p. 775-792
- Huizinga 1927: J.M. Huizinga, *De verdediging gedurende het vooronderzoek in strafzaken*, J.B. Wolters, Groningen-Den Haag 1927
- De Hullu 1989: J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken*, Gouda Quint, Arnhem 1989
- De Hullu 1993: J. de Hullu, *De afstand tot de gemiddelde verdachte*, in A.A. Franken, A.H. van Woensel (red.), Een rariteitenkabinet. Opvallende bepalingen in de strafwetgeving, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1993, p. 43-49
- De Hullu en Plaisier 1996: J. de Hullu en M.J.A. Plaisier, *Een contradictoir geding bij verstek?* DD 1996, p. 614-633

- Hulsman e.a. 1970: L.H.C. Hulsman e.a., *Voorlopige hechtenis*, voordrachten gehouden op het congres van de Jonge Balie te Amsterdam op 17 en 18 oktober 1969, Kluwer, Deventer 1970
- Husken 1998: M. Husken, *In de ban van recht en slecht*, Vrij Nederland, 19 december 1998, p. 18-20
- Huydecoper 1996 I: J.R.L.A. Huydecoper, *Tegen de stroom in*, Advocatenblad 1996, p. 229
- Huydecoper 1996 II: J.R.L.A. Huydecoper, *Openheid en vertrouwen*, Advocatenblad 1996, p. 401
- Huydecoper 1996 III: J.R.L.A. Huydecoper, *Reactie van de Deken*, Advocatenblad 1996, p. 577
- Huydecoper 1996 IV: J.R.L.A. Huydecoper, *Advocaat - kun je dat maken?*, Advocatenblad 1996, p. 855-861
- Huydecoper 1997: J.R.L.A. Huydecoper, *Vrijmoedig en verstandig*, Advocatenblad 1997, p. 247
- Huydecoper 1998: J.L.R.A. Huydecoper, *Alleen het belang van de cliënt telt*, in: H. Bergman, V.F. de Leeuw (red.), *Advocaat en ethiek*, Advocatendossier nr. 10, Sdu Uitgevers, Den Haag 1998, p. 1-8
- Ingelse 1980: P. Ingelse, *Zijn advocaten gewone mensen? Of de taak van de advocaat in het strafproces*, Advocatenblad 1980, p. 469-472
- Ingelse 1988: P. Ingelse, *Fouilleren in RARA-zaak zeer aanvechtbaar*, Volkskrant 13 augustus 1988
- Jacobs 1995: F.C.L.M. Jacobs, *Rechterlijke terughoudendheid bij een eerloze advocaat*, Tremas 1995, p. 118-122
- Jacobs en Kaptein 1998: F.C.L.M. Jacobs, H.J.R. Kaptein, *Ethiek als wetenschap (met een blik op de advocatuur)*, in: H. Bergman, V.F. de Leeuw (red.), *Advocaat en ethiek*, Advocatendossier nr. 10, Sdu Uitgevers, Den Haag 1998, p. 92-101
- Janse de Jonge en Prakken 1978 I: H. Janse de Jonge en T. Prakken, *Politieke verdediging: een rechtsstatelijk dilemma*, NJB 1978, p. 325-340
- Janse de Jonge en Prakken 1978 II: H. Janse de Jonge en T. Prakken, *Repliek*, NJB 1978, p. 605-608
- Jörg 1977 I: N.D. Jörg, *Advocaat in "politieke" zaken moet nuchter worden beoordeeld*, Trouw 4 oktober 1977, Knipselkrant MvJ 1977 nr. 2685
- Jörg 1977 II: N.D. Jörg, *Advocaat niet door de staat ingehuurd*, Trouw 25 oktober 1977, Knipselkrant MvJ nr. 2689
- Jörg 1985: N.D. Jörg, *De advocaat als heler*, Advocatenblad 1985, p. 295-298
- Jörg e.a. 1995: N. D. Jörg, S. Field en C. Brants, *Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?*, in: P. Fennel e.a.(ed.), *Criminal Justice in Europe: A Comparative Study*, Clarendon Press, Oxford 1995, p. 41-56
- Jörg 1996: N.D. Jörg, *De pot verwijft de ketel dat hij zwart ziet: over onrechtmatig verkregen verdedigersinformatie*, in: C.H. Brants e.a. (red.), *Er is meer*, Gouda Quint, Deventer 1996, p. 157-167
- Jolles 1969: J. Jolles, *Verdediging in Maagdenhuisproces*, Advocatenblad 1969, p. 438
- De Jong 1977: D.H.W. de Jong, *Van de andere kant van de grens*, Advocatenblad 1977, p. 335-336
- De Jong 1987: D.H. de Jong, *Recente strafproceswetgeving. Veel kwaliteitsverlies; weinig efficiëntieverhoging*, NJB 1987, p. 1474-1481
- De Jonge e.a. 1999: G. de Jonge, R. Verpalen en H. Cremers, *Bajesboek*, Papieren Tijger, Breda 1999
- Josephus Jitta 1970 I: A.N.A. Josephus Jitta, *Verdediging bij verstek*, NJB 1970, p. 909-913
- Josephus Jitta 1970 II: A.N.A. Josephus Jitta, *Verdediging bij verstek*, NJB 1970, p. 1326-1327
- Josephus Jitta 1975: A.N.A. Josephus Jitta, *Discussiestuk van mr. A.N.A. Josephus Jitta*, Advocatenblad 1975, p. 393-402
- Kaaks en Kat 1999: M. Kaaks, M.Kat, *Het OM jaagt op fantomen*, Amice, nr. 6, 1999, p. 8-11
- Kan 1931: E.A. Kan, *De verdediger als magistraat - een staatsrechtelijke ongewenstheid*, NJB 1931, p. 603-604.
- Kaptein 1992: H.J.R. Kaptein, *Wie miskent de moraal van de strafpleiter?*, Advocatenblad 1992, p. 155-156
- Kaptein 1995 I: H.J.R. Kaptein, *Het vege teken van de eed: folklore en verplichting* in: L.E. de Groot-van Leeuwen, L.H.A.J.M. Quant (red.), *Ethiek en het juridisch beroep*, VUGA uitgeverij B.V., 's-Gravenhage 1995 (II), p. 69-93
- Kaptein 1995 II: H.J.R. Kaptein, *Het recht doen zegeviëren is het vak van de advocaat*, Advocatenblad 1995 (I), p. 286-291

- Kaptein 1998:** H.J.R. Kaptein, *Korvinus en een gevaarlijke tbs'er*, Parool 15 augustus 1998
- Kaptein 1999 I:** H.J.R. Kaptein, *Advocaten mogen zich niet beroepen op de mazen in de wet*, NRC 1 november 1999
- Kaptein 1999 II:** H.J.R. Kaptein, *Advocaat is meer dan juridisch hulpstuk*, NRC 8 november 1999
- Kaptein 2000 I:** H.J.R. Kaptein, *Strafpleiters pleiten zichzelf te makkelijk vrij*, Trouw 9 mei 2000
- Kaptein 2000 II:** H.J.R. Kaptein, *Vertrouwelijkheid is niet absoluut*, NRC Handelsblad 7 september 2000
- Kat 1999:** M. Kat, *Justitie bedreigt samenleving*, NRC 22 juni 1999
- Kat 2000:** M. Kat, *Overleven in de mediacratie*, Advocatenblad 2000, p. 658-661
- Kelk 1976:** C. Kelk, *Rechtspositie gedetineerden*, Rapport Coornhert-liga, Stichting Ars Aequi, Utrecht 1976
- Kelk 1978:** C. Kelk, *Recht voor gedetineerden*, Samsom, Alphen aan den Rijn 1978
- Kelk 1987:** C. Kelk, *Strafrechtelijk stromenland*, in Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten, liber amicorum J. Remmelink*, Gouda Quint, Arnhem 1987, p. 255-287
- Kelk 1988:** C. Kelk, *De advocatuur en de gewetensfunctie van het strafrecht*, DD 1988, p. 293-299
- Kelk en De Roos 1995:** C. Kelk, Th.A. de Roos, *Kroniek van het strafrecht*, NJB 1995, p. 347-352
- Kemme 1982:** M. Kemme, *'De zaak Jurgen Schifferer', een reactie*, Advocatenblad 1982, p. 387
- Kempe 1975:** G.Th. Kempe, *De publieke opinie en de strafrechter in de laatste halve eeuw: enkele inleidende opmerkingen*, in: *Dilemma's in het hedendaagse strafrecht*, Ars Aequi Libri, Utrecht 1975, p. 5-22
- Kempees 1996/1998:** P. Kempees, *A systematic guide to the case-law of the European Court of Human Rights*, Volume I and II 1960-1994 en Volume III 1995-1996, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London 1996/1998
- Kemper 1988:** G. Kemper, *Het syndroom van de 'burgemeester-in-oorlogstijd'*, in: *Vijftig jaar verhaald. Gedenkboek ter gelegenheid van het 10e lustrum van de Vereniging de Jonge Balie bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Tjeenk Willink, Zwolle 1988, p. 182-188
- Kersten 1999:** H.L.J.M. Kersten, *Vergaande toetsing bij toevoegingsvergoedingen?*, Advocatenblad 1999, p. 1136-1137
- Keyser 1972:** C.G.S.F. Keyser, *Enkele opmerkingen bij het rapport "Verdediging in de aanval"*, NJB 1972, p. 860-862
- Kleemans e.a. 1998:** E.R. Kleemans, E.A.I.M. van den Berg, H.G. van de Bunt, *Georganiseerde criminaliteit in Nederland*, WODC-rapport 173, 1998
- Klifman 1992:** J. Klifman, *Onderzoek van telefoongesprekken in de voorstellen van de Commissie Moons*, in: G.P.M.F. Mols (red.), *Schaduw vooruit*, Gouda Quint, Arnhem 1992, p. 125-212
- Klijn e.a. 1992:** A. Klijn, J.G.C. Kester en F.W.M. Huls, *Advocatuur in Nederland 1952-1992*, in: *Over advocaten*, Justitiële Verkenningen 1992, nr. 6, p. 10-44
- Van der Klugt 1994:** P. van der Klugt, *Het verhaal van Oscar H., de topadvocaat mr. O Hammerstein*, Vrij Nederland 8 oktober 1994
- Knap 1988 I:** J. Knap, *Waar moet dat heen, hoe zal dat gaan*, Rechtshulp 1988, p. 19-23
- Knap 1988 II:** J. Knap, *Politieagent schilt appeltjes en roodborstje tikt tikt tikt tegen het raam*, Rechtshulp 1988, p. 23-25
- Knigge 1990:** G. Knigge, *Van opsporing en strafvordering*, DD 1990, p. 195-213
- Knigge 1994:** G. Knigge, *De strafvordering in het geding*, Handelingen NJV 1994 II, p. 38-116
- Knigge 1996:** G. Knigge, *Over inzichtelijke wetssystematiek; opmerkingen naar aanleiding van wetsontwerp 24 692*, DD 1996, p. 991-1003
- Knigge 2000 I:** G. Knigge, *Misbruik uitgesloten?* RM Themis 2000, p. 1-2
- Knigge 2000 II:** G. Knigge, *Een wetboek van elastiek*, DD 2000, p. 222-232
- Knoppers 1977:** J. Knoppers, *Over de grens*, Advocatenblad 1977, p. 337
- Koens en De Jonge 1995:** M.J.C. Koens, G. de Jonge, *Het nieuwe strafrecht en strafprocesrecht voor jeugdigen*, Gouda Quint Arnhem, 1995
- Kolthoff en Speijers 1997:** E.W. Kolthoff en A.L. Speijers, *Financieel rechercheren*. Eindrapport van het project Financieel Rechercheren van de Raad van Hoofdcommissarissen en het College van Procureurs-Generaal, Deventer 1997
- Koningsveld-Beets 1990:** P. Koningsveld-Beets, *Problemen bij de verdediging in strafzaken*, NJB 1990, p. 884-886

- Koring 1999: C. Koring, *Loslippige advocaat vrijuit. Hof: verspreking ten nadele van van duinmoord verdachte cliënt geen opzet*, Telegraaf 17 augustus 1999
- Korvinus 1985: C.F. Korvinus, *Afluisteren van telefoongesprekken*, Advocatenblad 1985, p. 155
- Korvinus 1994: C.F. Korvinus, *'Heeft de verdachte of zijn raadsman het laatste woord'*, in: Is cliënt koning?, bundel Jonge Balie Congres 1994, Tjeenk Willink, Zwolle 1994, p. 71-76
- Korvinus 1998: C.F. Korvinus, *De plichten van een advocaat*, het Parool 27 augustus 1998
- Koster 1979: F.H. Koster, *De raadsman bij het politieverhoor (II)*, Algemeen politiebld 1979, p. 391-393
- Koster 1982 I: F.H. Koster, *Boekbespreking Verdediging in strafzaken, mogelijkheden van het Nederlandse Strafproces, vierde herziene druk, W.A. Aerts e.a., Tjeenk Willink, Zwolle 1982*, DD 1982, p. 604-607
- Koster 1982 II: F.H. Koster, *Boekbespreking Advocaat en praktijk*, Samsom, Alphen a/d Rijn/Brussel, DD 1982, p. 608-611
- Koster 1984: F.H. Koster, *Advocaat en politieverhoor*, Advocatenblad 1984, p. 129-131
- Koster 1985: F.H. Koster, *WODC-Rapport 'Gelet op de persoon van de rechter'*, Advocatenblad 1985, p. 463-465
- Koster 1988 I: F.H. Koster, *De toelating van raadslieden tot het politieke verdachtenverhoor*, in C.J.C.F. Fijnaut en G.N.M. Blonk (red.), *De advocaat bij het politieverhoor*, Verslag van de conferentie georganiseerd door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Nederlandse Orde van Advocaten en de Rechercheschool op 25 en 26 februari 1988, Van den Brink Lochem en Gouda Quint Arnhem, p. 92-100
- Koster 1988 II: F.H. Koster, *Rechtsbijstand en politieverhoor*, in C.J.C.F. Fijnaut en G.N.M. Blonk (red.), *De advocaat bij het politieverhoor*, Verslag van conferentie georganiseerd door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten en de Rechercheschool op 25 en 26 februari 1988, Van den Brink Lochem en Gouda Quint Arnhem, 1988, p. 141-148
- Van der Kruijs 1995: P.W. van der Kruijs, *Kanttekeningen bij de invezekeringstelling*, Advocatenblad 1995, p. 940-946
- Kuijper 1986: H. Kuijper, *Specialisatie*, Advocatenblad 1986, p. 84-87
- Ter Kuile 1998: R.R. ter Kuile, *Advocaten en andere bedreigde diersoorten*, Ars Aequi 1998, p. 282-285
- Kuitenbrouwer 1972: F. Kuitenbrouwer, *Eerlijkheid alleen in toga?* DD, 1972, p. 332-348
- Kuitenbrouwer 1978: F. Kuitenbrouwer, *De politieke strafzaak: een fundamenteel dilemma*, Proces 1978, p. 1-8
- Van Kuyk 1921: J. van Kuyk, *Het strafproces*, Advocatenblad 1921, p. 41-44
- Van Kuyk 1922 I: J. van Kuyk, *De advocaat en het strafproces*, Advocatenblad 1922, p. 24-26
- Van Kuyk 1922 II: J. van Kuyk, *De advocaat in het strafproces*, Advocatenblad 1922, p. 137-143.
- Kuyper 1976: H. Kuyper, *Zo zijn onze manieren, Jaarrede algemeen Deken Zwolle 24 september 1976*, Advocatenblad 1976, p. 451-461
- Laméris-Tebbenhof Rijkenberg 1998: H.M.E. Laméris-Tebbenhof Rijkenberg, *Dagvaarding en berechting in aanwezigheid - De Nederlandse betekenisregeling in rechtshistorisch en Europees perspectief*, Thesis Publishers Amsterdam, 1998
- Langemeijer 1950: G.E. Langemeijer, *De positie van de advocaat in strafzaken*, Advocatenblad 1950, p. 162-171.
- Langemeijer 1956: G.E. Langemeijer, *Het medisch beroepsgeheim*, TvS 1956, p. 1-13
- Langemeijer 1970 I: G.E. Langemeijer, *Rede voor de NJV d.d. 12 juni 1970*, Handelingen NJV 1970 I, p. 5-14
- Langemeijer 1970 II: G.E. Langemeijer, *Evolutie, revolutie, democratie en recht*, in J.A. Ankum e.a. (red.), *Plus est en vous*, Tjeenk Willink, Haarlem 1970, p. 17-29
- Langemeijer 1972: G.E. Langemeijer, *De advocaat in het strafproces*, NJB 1972, p. 205-211
- Langemeijer 1980: G.E. Langemeijer, *Verdediging in 'politieke' strafzaken*, Advocatenblad 1980, p. 183-186
- Lawson en Myjer 2000: R.A. Lawson en E. Myjer (red.), *50 jaar EVRM*, Bijzondere aflevering NJCM-Bulletin, Leiden 2000
- Lebesque 1998: V. Lebesque, *Rechterstekort ondermijnt kwaliteit rechtspraak*, Volkskrant 24 oktober 1998

- J. Leijten 1969:** J.C.M. Leijten, *Het Wetsontwerp Preventieve Hechtenis*, Maandblad voor berechting en reclassering 1969, p. 114-117
- J. Leijten 1986:** J.C.M. Leijten, *Het professionele (of functionele) verschoningsrecht*, NJB 1986 p. 706-710
- J. Leijten 1987:** J.C.M. Leijten, *Overpeinzingen van een andersdenkende*, NJB 1987, p. 1451-1456
- J. Leijten 1997 I:** J.C.M. Leijten, *Wetgever waar ben je?*, NRC 21 januari 1997
- J. Leijten 1997 II:** J.C.M. Leijten, *Cassatie in strafzaken*, NJB 1997, p. 281-283
- J. Leijten 1991:** J.C.M. Leijten, *We need stories*, Tjeenk Willink, Zwolle 1991
- M. Leijten 1991:** M.J.C. Leijten, *Tuchtrecht getoetst*, Gouda Quint, Arnhem 1991
- Lensing 1982:** J.A.W. Lensing, *De aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor*, NJB 1982, p. 1083-1088
- Lensing en Balkema 1985:** J.A.W. Lensing en J.P. Balkema, *Bijstaan van de afwezige verdachte*, Advocatenblad 1985, p. 499-501
- Lensing 1985:** J.A.W. Lensing, *'De raadsman op zijn retour?': twee opmerkingen*, Ars Aequi 1985, p. 100-102
- Lensing 1988 I:** J.A.W. Lensing, *Het verhoor van de verdachte in strafzaken*, Gouda Quint, Arnhem 1988
- Lensing 1988 II:** J.A.W. Lensing, *De Hoge Raad en beginselen van behoorlijk strafprocesrecht*, Df 1988, p. 960-978
- Lensing 1988 III:** J.A.W. Lensing, *Recht op rechtsbijstand bij het politieverhoor van de verdachte*, in C.J.C.F. Fijnaut en G.N.M. Blonk (red.), *De advocaat bij het politieverhoor*, Verslag van conferentie georganiseerd door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten en de Rechercheschool op 25 en 26 februari 1988, Van den Brink Lochem en Gouda Quint Arnhem, 1988, p. 101-113
- Lensing 1998:** J.A.W. Lensing, *Controle op het politieverhoor*, Justitiële verkenningen 24 mei 1998, WODC, Gouda Quint 1998, p. 37-46
- Van Liere 1996:** E. van Liere, *Processtukken in strafzaken*, in: 'Recht op stukken', verslag werkconferentie 29 november 1996, Nederlandse Orde van Advocaten en Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, p. 34-47
- Lind 1928:** A. Lind, *Protest*, NJB 1928, p. 349-350
- Lind 1929:** A. Lind, *Kennisneming van processtukken door verdachte en raadsman*, NJB 1929, p. 408-409
- Van der Linden 1995:** F. van der Linden, T.J. Meeus, *Ik hou niet van zand-erover*, NRC-Handelsblad 23 december 1995
- Lindo 1995:** C.M.Th. Lindo, *Het perspectief van minister W. Sorgdrager*, NJB 1995, p. 1-6
- Lubbers 1986:** A.G. Lubbers, *Het professionele (functionele) verschoningsrecht*, Handelingen NJV 1986 I
- Van Maarseveen 1987:** H. van Maarseveen, *Vervolgde jurist?*, NJB 1987, p. 1149
- Manschot 1988:** R.J. Manschot, *De raadsman bij het politieverhoor: evenwicht of hellend vlak?* in: C.J.C.F. Fijnaut en G.N.M. Blonk (red.), *De advocaat bij het politieverhoor*, Verslag van conferentie georganiseerd door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten en de Rechercheschool op 25 en 26 februari 1988, Van den Brink Lochem en Gouda Quint Arnhem, 1988, p. 71-84.
- Marx 1928 I:** A.J. Marx, *De raadsman in het strafrechtelijk vooronderzoek*, NJB 1928, p. 325-332
- Marx 1928 II:** A.J. Marx, *Nog eens: de raadsman in het vooronderzoek*, NJB 1928, p. 493-500
- Marx 1929 I:** A.J. Marx, *Kennisneming van strafprocesstukken door verdachte en raadsman*, NJB 1929, p. 225-231
- Marx 1929 II:** A.J. Marx, *Kennisneming van strafprocesstukken door verdachte en raadsman (replik)*, NJB 1929, p. 363-365
- Marx 1934:** A.J. Marx, *Komt bij de bescherming van de individuele vrijheid in ons huidige strafrecht en strafprocesrecht de gemeenschap te kort? Zoo ja, welke wijzigingen dienen dan in onze wetgeving te worden aangebracht?*, Handelingen NJV 1934 I, p. 1-56
- Mathuisen 1931 I:** J.K.M. Mathuisen, *De verdediger als magistraat*, NJB 1931, p. 439-442.
- Mathuisen 1931 II:** J.K.M. Mathuisen, *De verdediger als magistraat, (dupliek)*, NJB 1931, p. 553-555.

- Mathuisen 1968:** J.K.M. Mathuisen, *De verdediger in strafzaken en de toekomst*, Advocatenblad 1968, p. 65-71.
- Meeter 1989:** F. Meeter, *Moet een advocaat zich nog behoorlijk gedragen?*, Advocatenblad 1989, p. 293-295
- Van der Meiden 1986:** A. van der Meiden, *Wat u in de etalage niet ziet, vraag dat binnen, specialisatie en publiciteit in de advocatuur*, Advocatenblad 1986, p. 333-340
- Meijer 1988:** W.A.M.J. Meijer, *Helende advocaten*, Advocatenblad 1988, p. 58-62
- Meijers 1993:** L.C.M. Meijers, *Verdrag en strafproces*, Tjeenk Willink, Zwolle 1993
- Meijers 1995:** L.C.M. Meijers, *Ethische dilemma's van het openbaar ministerie*, in L.E. de Groot-van Leeuwen, L.H.A.J.M. Quant (red.), *Ethiek en het juridisch beroep*, VUGA Uitgeverij 's-Gravenhage 1995, p. 123-136
- Meijers 1996:** L.C.M. Meijers, *Receptie van Straatsburgse oordelen in Nederlandse strafprocesrechtspraak*, DD 1996, p. 965-977
- Meijers 2000:** L.C.M. Meijers, *boekbespreking van de oratie van Ties Prakken, Beginselen van een goede verdediging*, Gouda Quint 1999, DD 2000, p. 703-710
- Melai:** G. Duisterwinkel, A.L. Melai en M.S. Groenhuizen (red.), *Het wetboek van strafvordering*, losbladig, Gouda Quint, Deventer
- Melai 1968:** A.L. Melai, *Het gezag van norm en feit in strafzaken*, S. Gouda Quint - D. Brouwer en zoon, Het Huis De Crabbe, Arnhem 1968
- Melai 1981:** A.L. Melai, *Het strafgeding: polariteit en tegenspraak*, Het Wetboek van Strafvordering, suppl. 35, oktober 1981, Inleiding p. 101 e.v., Gouda Quint Arnhem, ook opgenomen in M.S. Groenhuijsen (red.), *Polariteit en tegenspraak*, een selectie uit het werk van A.L. Melai, Gouda Quint, Arnhem 1992
- Melai 1985:** A.L. Melai, *Onderzoek en dwang in strafzaken*, in: Congresbundel Jonge Balie Congres 1985, *Bewaring verzekerd? De advocaat in de voorfase van het strafproces*, Tjeenk Willink, Zwolle 1985, p. 7-35
- Mevis 1990:** P.A.M. Mevis, *Van opsporing, strafvordering en legaliteit*, DD 1990, p. 936-945
- Mevis 1991:** P.A.M. Mevis, *Enige opmerkingen over het recht op kennisneming van processtukken in het licht van de artikelen 5 en 6 van het EVRM*, DD 1991, p. 28-40
- Mevis 1995:** P.A.M. Mevis, *De rechtsgevolgen van onrechtmatigheden in het vooronderzoek*, in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Dynamisch strafrecht*, Gouda Quint, Arnhem 1995, p. 251-269
- Mevis 1997:** P.A.M. Mevis, *Rechterlijke controle impliceert onderzoeken door de zittingsrechter*, DD 1997, p. 913-935
- Milo 1997 I:** R.B. Milo, *Valkuilen in het Strafprocesrecht - deel I*, Advocatenblad 1997, p. 983-987
- Milo 1997 II:** R.B. Milo, *Valkuilen in het strafprocesrecht - deel II*, Advocatenblad 1997, p. 1043-1046
- Milo 1998:** R.B. Milo, *Valkuilen in het strafproces*, Advocatenblad 1998, p. 1085-1090
- Milo 1999:** R.B. Milo, *Valkuilen in het strafprocesrecht*, Advocatenblad 1999, p. 941-947
- Milo 2000:** R.B. Milo, *Kroniek strafprocesrecht*, Advocatenblad 2000, p. 797-804
- Minderhoud 1986:** A. Minderhoud, *Advocaat: specialist en/of generalist*, preadvies Ordevergadering september 1986, Advocatenblad 1986, p. 341-351
- Minkenhof 1936:** A. Minkenhof, *De Nederlandsche strafvordering*, Tjeenk Willink, Haarlem 1936
- Minkenhof/Reijntjes 1999:** A. Minkenhof, *De Nederlandse Strafvordering*, bewerkt door J.M. Reijntjes, achtste druk, Gouda Quint, Deventer 1999
- Minkjan 1995:** E.E. Minkjan, *Advocatuur, business en métier*, in L.E. de Groot-van Leeuwen, L.H.A.J.M. Quant (red.), *Ethiek en het juridisch beroep*, VUGA Uitgeverij B.V., 's-Gravenhage 1995, p. 55-66
- Minkjan 1998:** E.E. Minkjan, *De regels van de publiciteit*, in: H. Bergman, V.F. de Leeuw (red.), *Advocaat en ethiek*, Advocatendossier nr. 10, Sdu Uitgevers, Den Haag 1998, p. 38-39
- Moedikdo 1974:** P. Moedikdo, *Sociologie en recht, over hedendaagse opvattingen betreffende het strafrecht en hun maatschappelijke betekenis*, Boom, Meppel 1974
- Moerings 1975:** L.M. Moerings, *Discriminatie bij aangifte en opsporing*, in *Dilemma's in het hedendaagse strafrecht*, Ars Aequi Libri, Utrecht 1975, p. 23-41
- Moll 1921:** A.J. Moll, *Advocaten in strafzaken*, Advocatenblad 1921, p. 175-178
- Moll 1950:** A.J. Moll, *reactie op preadviezen Langemeijer, Van Gilse en Beekhuis voor jaarvergadering Nederlandsche Advocaten-Vereeniging 1950*, Advocatenblad 1950, p. 372-373.

- Mols 1982:** G.P.M.F. Mols, *De zaak Jürgen Schifferer*, Advocatenblad 1982, p. 200-203
- Mols en Spronken 1985:** Gerard Mols en Taru Spronken, *Controle van advocaten met metaaldetector bij gevangenisbezoek: geoorloofd fouilleren?*, NJB 1985, p. 280-283
- Mols 1987:** G.P.M.F. Mols, *De zorg van de advocaat in strafzaken*, Rechtshulp 1987, p. 3-6
- Mols 1989 I:** G.P.M.F. Mols, *Staande de zitting*, oratie, Gouda Quint Arnhem 1989
- Mols 1989 II:** G.P.M.F. Mols, *Europees Hof voor de Rechten van de Mens. De zaak Kostovski (10/1988/154/208) Straatsburg 20 november 1989*, Advocatenblad 1989, p. 685-690
- Mols en Malherbe 1990:** G.P.M.F. Mols, V. Malherbe, *Tuchtrechtspraak voor advocaten*, Tjeenk Willink, Zwolle 1990
- Mols e.a. 1992:** G.P.M.F. Mols, J.J. Serrarens en T.N.B.M. Spronken, *Een Europese schets van het vrij verkeer tussen gedetineerde en raadsman*, in: G.P.M.F. Mols (red.), *Schaduw vooruit*, Gouda Quint Arnhem 1992, p. 79-125
- Mols en De Roos 1992:** G.P.M.F. Mols en Th. A. de Roos, *Naar een algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen*, NJB 1992, p. 221-225
- Mols 1993:** G.P.M.F. Mols, *Advocatuur, ethiek en criminaliteit*, in: *Er zijn grenzen*, bundel ter gelegenheid van het negende lustrum van de Vereniging De Jonge Balie Utrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1993, p. 11-24
- Mols e.a. 1994:** G.P.M.F. Mols, Th.A. de Roos, T. Spronken, *Het echte IRT-debat*, NJB 1994, p. 797-804
- Mols 1996:** G.P.M.F. Mols, *Advocaat en rechtsstaat: een onverbrekelijke combinatie*, Advocatenblad 1996, p. 708-709
- Mols en Spronken 1996:** G.P.M.F. Mols, T.N.B.M. Spronken, *Aanval op de verdediging*, Advocatenblad 1996, p. 506-513
- Mols en Spong 1997:** G.P.M.F. Mols en G. Spong, *De kroongetuige in het Octopus-proces*, Gouda Quint, Deventer 1997
- Mols en Wladimiroff 1998:** G.P.M.F. Mols en M. Wladimiroff (red.), *Homo Advocatus*, Spongbundel, Sdu Uitgevers, Den Haag, 1998
- Mols 1999 I:** G.P.M.F. Mols, *Misbruik van procesrecht*, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, p. 82-83
- Mols 1999 II:** G. Mols, *Een advocaat moet de belangen van zijn cliënt optimaal dienen*, NRC 5 november 1999
- Mols 2000:** G.P.M.F. Mols, *Bedreige getuige in Straatsburg. Een trendbreuk?*, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, p. 326-328
- Moons 1988:** Ch.M.J.A. Moons, *De Strafkamer*, in: *De Hoge Raad der Nederlanden, 1838-1988: een portret*, Tjeenk Willink, Zwolle 1988, p. 87-106
- C. Mout 1994:** C.Ch. Mout, *Zwart op zwart zie je niet*, Advocatenblad 1994, p. 146
- C. Mout 1996:** C.Ch. Mout, *Advocaat en verschoningsrecht, een reactie*, Advocatenblad 1996, p. 576
- P. Mout 1979 I:** P. Mout, *Hoger beroep, Advocaat en praktijk*, Samsom Alphen a/d Rijn, supplement november 1979, p. A1400-1 - A1400-6
- P. Mout 1979 II:** P. Mout, *Cassatie, Advocaat en praktijk*, Samsom Alphen a/d Rijn, supplement november 1979, p. A1450-1 - A1450-35
- P. Mout 1987:** P. Mout, *Korte notities over de raadsman in strafzaken*, in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten, Liber amicorum J. Remmelink*, Gouda Quint Arnhem 1987, p. 383-391
- S. Mul en Schalken:** S.W. Mul, T.M. Schalken, *Bijzondere opsporingsmethoden: sturing en controle door het OM*, DD 1997, p. 889-912
- V. Mul en Schaap 1995 I:** V. Mul en C.D. Schaap, *Advocaat en criminaliteit: de internationaliteit*, Trema 1995, p. 299-280
- V. Mul en Schaap 1995 II:** V. Mul en C.D. Schaap, *De nieuwe Richtlijnen voor de advocatuur in perspectief*, Trema 1995, p. 312-317.
- V. Mul 1995 III:** V. Mul, *Money Laundering, (g)een kwestie van definiëren*, in A.B. Hoogenboom e.a. (red.), *Financiële integriteit. Normafwijkend gedrag en (zelf)regulering binnen het financiële stelsel*, Arnhem 1995, p. 83-94
- A. Mulder en Moons 1962:** A. Mulder en M.J.A. Moons, *De bescherming van de rechten van de mens en de grondslagen van het strafrechtelijk vooronderzoek*, T.v.S. 1962, p. 1-26
- G. Mulder 1977:** G.E. Mulder, *Advocaat moet enige afstand nemen van zijn cliënt*, Trouw 14 oktober 1977, Knipselkrant MvJ nr. 2690

- Muller Massis 1928: Th. Muller Massis, *De raadsman in het strafrechtelijk vooronderzoek*, NJB 1928, p. 364-365
- Muller Massis 1929: Th. Muller Massis, *Kennisneming van strafprocesstukken door verdachte en raadsman*, NJB 1929, p. 274-275
- Muller Massis 1939: Th. Muller Massis, *De positie van den advocaat in strafzaken*, Advocatenblad 1939, p. 136-155.
- Muller Massis 1951: Th. Muller Massis, *De positie van den advocaat in strafzaken, reactie op G. Oskam in Advocatenblad 1951*, p. 7-9, Advocatenblad 1951, p. 102-103.
- Myjer 1976: B.E.P. Myjer, *Equality of arms in het Nederlandse strafproces*, DD 1976, p. 17-33
- Myjer 1978 I: B.E.P. Myjer, *Van duimschroef naar bloedproef. Beschouwingen over de regel dat niemand gedwongen mag worden zichzelf te belasten*, preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Kluwer, Deventer 1978
- Myjer 1978 II: B.E.P. Myjer, *Toch ongelijk?* DD 1978, p. 395-402
- Myjer 1980: B.E.P. Myjer, *Tekenen van een Hollandse lente?*, NJCM-Bulletin 1980, p. 21-29
- Myjer 1990: B.E.P. Myjer, *Pro Justitia. Over hoe EVRM verzeild raakte in de Nederlandse Strafrechtspleging en aan wie dat valt toe te rekenen*, in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek en J. van der Velde (red.), 40 jaar Europees verdrag voor de rechten van de mens, speciaal nummer NJCM-Bulletin, Leiden 1990, p. 271-296
- Myjer 1994 I: B.E.P. Myjer, *Van strafpleiters, zandstrooiers en een nachtmerrie*, in: M.C. van Paassen e.a. (red.), *Spreken is zilver, pleiten is goud*, Gouda Quint, Arnhem 1994, p. 63-73
- Myjer 1994 II: E. Myjer, *Verstek maar niet verstoken van rechtsbijstand*, NJB 1994, p. 1229-1238
- Myjer 1996 I: B.E.P. Myjer, *De onvrijwillige keuze voor een advocaat van onvermogen*, in: Mens en recht, kanttekeningen bij conclusies van Leo Meijers, Tjeenk Willink, Zwolle 1996, p. 70-75
- Myjer 1996 II: B.E.P. Myjer, *Pro Justitia. Over verdere strafrechtelijke belevenissen van het EVRM*, in: A.W. Heringa en E. Myjer (red.), 45 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, speciaal nummer NJCM-Bulletin 1996, p. 171-185
- Myjer 1996 III: B.E.P. Myjer, *Zwijgen zonder raadsman*, NJCM-Bulletin 1996, p. 706-724
- Myjer 1996 IV: B.E.P. Myjer, *De onvrijwillige keuze voor een advocaat van onvermogen*, in: Mens en recht, kanttekeningen bij conclusies van Leo Meijers, Tjeenk Willink, Zwolle 1996, p. 70-73
- Myjer 1997 I: B.E.P. Myjer, *Over stuk recht en recht op stukken*, Trema 1997, p. 129-184
- Myjer 1997 II: B.E.P. Myjer, *Getuigende dienders en Straatsburgse rechtsbescherming*, NJB 1997, p. 883-889
- Myjer 1998 I: B.E.P. Myjer, *Al dan niet bewust getapte advocaten*, NJCM-Bulletin 1998, p. 860-883
- Myjer 1998 II: B.E.P. Myjer, *Verwacht: een gedragscode voor het OM*, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, p. 246-247
- Myjer 1998 III: B.E.P. Myjer, *Een beeld van een "vijand". gedachten over professionaliteit, rechtshandhaving en ethische keuzen van het O.M.*, in: G.P.M.F. Mols, M. Wladimiroff (red.), *Homo Advocatus*, Spong-bundel, Sdu Uitgevers, Den Haag 1998, p. 121-132
- Myjer 1999 I: B.E.P. Myjer, *Over de grenzen van behoorlijkheid: een OM-pleidooi voor een saaiere rechtsstrijd*, Trema 1999, p. 76-89
- Myjer 1999 II: B.E.P. Myjer, *De IAP-standards: een unieke en eerste stap*, Trema 1999, p. 266-269
- Myjer 1999 III: E. Myjer, *De grand chamber en een kennelijke schrijffout*, NJCM-bulletin 1999, p. 1095-1100
- Myjer 1999 IV: E. Myjer, *Staan voor mensenrechten, hoe voelt dat nou?*, in: B. Swart (red.), *Amsterdam - Brussel - Luxemburg - Straatsburg*, Ars Aequi Libri Prinsengrachtreeks 1999/2, p. 44-58
- Myjer 2000 I: E. Myjer, *Verdediging van een verstoken verdachte*, in: R.A. Lawson en E. Myjer (red.), 50 jaar EVRM, Bijzondere aflevering NJCM-Bulletin, Leiden 2000, p. 137-157
- Myjer 2000 II: B.E.P. Myjer, *Een handleiding bij open deuren de Gedragscode OM*, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, p. 210-211
- Naeyé 1979: J. Naeyé, *De sterke arm, een video onderzoek naar de rol van de Amsterdamse politie in het Nieuwmarktkonflikt over de periode 1973-1978*, VU Boekhandel, Amsterdam 1979
- Naeyé 1987: J. Naeyé, *Afzien van verhoor ex art. 280 lid 7 Sv*, NJB 1987, p. 1388-1390

- Naeyé 1988:** J. Naeyé, *Een advocatenbalie op het politiebureau?*, in C.J.C.F. Fijnaut en G.N.M. Blonk (red.), *De advocaat bij het politieverhoor*, Verslag van conferentie georganiseerd door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten en de Rechercheschool op 25 en 26 februari 1988, Van den Brink Lochem en Gouda Quint Arnhem, 1988, p. 114-125.
- Naeyé 1989:** J. Naeyé, *Heterdaad, Opsporingsbevoegdheden bij ontdekking op heterdaad in theorie en praktijk*, tweede druk, Gouda Quint, Arnhem 1989
- Naeyé 1995:** J. Naeyé, *Het politieel vooronderzoek in strafzaken*, Gouda Quint, Arnhem 1995
- Naeyé en Schaiken 1996:** J. Naeyé, T. M. Schalken, *Commissie-Van Traa en de crisis in de opsporing*, NJB 1996, p. 197-205
- Naeyé 1999:** J. Naeyé, *Polarisatie in de strafzaal*, Trema 1999, p. 92-95
- Nederburgh 1919:** I.A. Nederburgh, *Het aanhangige ontwerp strafvordering*, T.v.S. 1919, p. 281-332.
- Nederlandse Orde van Advocaten en Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak**
- *'Recht op stukken'*, verslag werkconferentie 29 november 1996
- Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak
- *Rapport van de werkgroep 'de bedreigde getuige' van de afdeling strafrechtspraak van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, mei 1983*, Trema exclusief 7
- Niemeijer 1970:** H. Niemeijer, *Verdediging bij verstek*, NJB 1970, p. 1173
- Nieuwenhuis 1998:** J.H. Nieuwenhuis, *Op gespannen voet*, NJB 1998, p. 9-17
- Nieuwenhuys en Thiessen 1989:** J. Nieuwenhuys, R.J.F. Thiessen, *Het recht tot geheimhouding*, in: G.A.M. Strijards e.a. (red.), *De derde rechtsingang nader bekeken*, Bronkhorstbundel, Gouda Quint, Arnhem 1989, p. 235-252
- Nijboer 1992:** J.F. Nijboer, *The American adversarial system in criminal cases: de achterkant van L.A. Law*, Recht en kritiek 18 (1992), p. 8-17
- Nijboer 1997:** J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, derde druk, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1997
- Van Nispen 1998:** M. van Nispen, *De waarde van sociale rechtshulp*, Advocatenblad 1998, p. 565-569
- Noyon/Langemeijer/Rommelink:** T.J. Noyon, G.E. Langemeijer, J. Rommelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, losbladig, voortgezet door A.J.A. van Dorst, J.W. Fokkens, A.J.M. Machielse, Gouda Quint, Deventer
- NJCM**
- *Commentaar op het wetsvoorstel 'Taakstraffen'* (TK 26114), NJCM-Bulletin, 1999, p. 429-435
- d'Oliveira 1987:** U. d'Oliveira, *Preventieve censuur*, NJB 1987, p. 1260
- Van Ooijen 1975 I:** D. Van Ooijen, *Stellingen van Dr. D. van Ooijen*, Advocatenblad 1975, p. 391-392, met bijlage: formulier van een enquête op p. 412-414
- Van Ooijen 1975 II:** D. Van Ooijen, *Politiechefs over rechtsbijstand aan verdachten*, Advocatenblad 1975, p. 577-590
- Van Oosten 1952:** M.S. van Oosten, *De positie van de advocaat in strafzaken in het middeleeuwse en hedendaagse proces*, Advocatenblad 1952, p. 265-269.
- Van Oppen 1933:** Ch. van Oppen, *De voorlichting door den advocaat van den rechter in strafzaken*, Advocatenblad 1933, p. 97-119
- Orie 1994:** A.M.M. Orie, *Van klad in het pleidooi naar het pleidooi in klad*, in M.C. van Paassen e.a. (red.), *Sprekens is zilver, pleiten is goud*, Gouda Quint, Arnhem 1994, p. 75-85
- Orie 1996:** A.M.M. Orie, *To be or not to be (re)present(ed), that's the question*, DD 1996, p. 1004-1015
- Oskam 1926:** G. Oskam, *De Positie van den Advocaat in het nieuwe Strafproces*, NJB 1926, p. 193-196.
- Oskam 1951:** G. Oskam, *De positie van den advocaat in strafzaken, reactie op J. de Vrieze in Advocatenblad 1950*, p. 366 e.v., Advocatenblad 1951, p. 7-9.
- Packer 1968:** H.L. Packer, *The limits of criminal sanction*, Stanford California, Stanford University Press 1968
- Peeters 2001:** M.J.M. Peeters, *Het verschoningsrecht, geen oneembare hindernis, wel een drempel. Een oriënterend onderzoek naar de rol, betekenis en impact van het verschoningsrecht binnen de Nederlandse opsporingspraktijk*, Project Financieel Rechercheren - Zwolle, CLIC-soft & design b.v., Enschede 2001

- Van Peski 1995: M.A. van Peski, *Gedragregels in historisch perspectief*, in: De vrijheid waard, serie Advocatendossier, Sdu, Den Haag 1995, p. 98-111
- Peters 1972 I: A.A.G. Peters, *Maatschappelijke verandering en de rechtsontwikkeling*, in: Recht als instituut van behoud en verandering. Opstellen aangeboden aan Prof. mr. J.J.M. van der Veer, Kluwer, Deventer 1972, p. 143-157
- Peters 1972 II: A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht*, Kluwer, Deventer 1972
- Peters 1973: A.A.G. Peters, *Annotatie bij HR 7 december 1971*, *Ars Aequi* 1973, p. 236-253
- Peters 1974: A.A.G. Peters, *Officiële en alternatieve rechtshulp*, in: bundel: Rechtshulp, een bewijs van onvermogen: verslag van een congres op 15 maart 1974 te Amsterdam, Rechtswinkel Amsterdam, 1974, p. 4-12
- Peters 1975 I: A.A.G. Peters, *Strafrecht als problematiek voor een moderne samenleving*, in G.Th. Kempe e.a. (red.): *Dilemma's in het hedendaagse strafrecht*, *Ars Aequi Libri*, Utrecht 1975
- Peters 1975 II: A.A.G. Peters, *Individuele vrijheid en de positie van verdachten in het strafproces*, in: J.Th.J. van de Berg e.a. (red.), *Praesidium Libertatis*, opstellen over het thema vrijheid en recht, Kluwer, Deventer 1975
- Peters 1983: A.A.G. Peters, *Authority in the Dutch Administration of Criminal Justice*, in: *Contemporary Problems in Criminal Justice. Essays in honour of Professor Shigemitsu Dando*, Tokyo: Yuhikaku 1983, ook opgenomen onder de titel: *Gezag in de Nederlandse strafrechtspleging*, in M. Gunning e.a. (red.), *Recht als kritische discussie*, Gouda Quint Arnhem 1993, p. 107-143
- Peters 1986: A.A.G. Peters, *Main Currents in Criminal Law Theory*, in: Jan van Dijk et al. (eds), *Criminal Law in Action: An overview of current issues in Western societies*, Gouda Quint, Arnhem 1986, ook opgenomen als *Stromingen in het strafrecht*, in M. Gunning e.a. (red.), *Recht als kritische discussie*, Gouda Quint Arnhem 1993, p. 145-172
- De Pinto 1886: A.A. de Pinto, *Het Herzien Wetboek van Strafvordering I en II*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1886
- Plaisier 1999: M.J.A. Plaisier, *Het verstek in strafzaken*, Tjeenk Willink, Deventer 1999
- Poell 1972: J.P.G. Poell, *De veroordeelde in de (aan)val*, *Advocatenblad* 1972, p. 279-282
- Van De Pol 1990: U. van de Pol, *De advocaat bij het politieverhoor*, *NJB* 1990, p. 1408-1412
- Pompe 1959: W.P.J. Pompe, *Vooronderzoek of eindonderzoek beslissend?* *TvS* 1959, p. 141-151
- Pompe 1975: W.P.J. Pompe, *Vijf opstellen van Willem Pompe*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1975
- Postma 1999: J.G. Postma, *Behandeling door de raadkamer*, *Rijksuniversiteit Groningen* 1999
- Pot 1989 I: H.J. Pot, *Handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt*, *Advocatenblad* 1989, p. 213-216
- Pot 1989 II: H.J. Pot, *De grenzen van het advocaten-tuchtrecht*, *Advocatenblad* 1989, p. 457-460
- Prakken 1973: E. d'Oliveira-Prakken, *De rol van de advocaat in het strafproces*, *Proces* 1973, p. 49-55
- Prakken 1980: T. Prakken, *Kleine criminologie van de sociale advocatuur*, *NJB* 1980, p. 1013-1016
- Prakken 1985: T. Prakken, *Rechtshulp en juridies aktivisme*, *Ars Aequi Libri*, Nijmegen 1985
- Prakken 1987: T. Prakken, *Waarom de VSAA terecht liever geen verkrachters verdedigt*, *NJB* 1987, p. 1223-1224
- Prakken 1988: T. Prakken, *De onafhankelijkheid van de sociale en politieke advocatuur*, *Rechtshulp* 1988, p. 16-21
- Prakken 1990 I: T. Prakken, *Verdediging: hoezo equality of arms?* *NJB* 1990, p. 887-893
- Prakken 1990 II: T. Prakken, *Het OM en de anonieme getuige. De zaak Kostovski tegen Nederland*, *NJB* 1990, p. 310-312
- Prakken 1991: Ties Prakken, *Spong slachtoffer van eigen ijdelheid*, *NRC* 14 mei 1991
- Prakken 1993: T. Prakken, *Het vrije verkeer tussen raadsman en cliënt*, *NJB* 1993, p. 913-916
- Prakken 1998: E. Prakken, *Boekbespreking H.M.E. Laméris-Tebbenhoff Rijnenberg, Dagvaarding en berechting in aanwezigheid, De Nederlandse betekenisregeling in rechtshistorisch en Europees perspectief*, *Thesis Publishers*, Amsterdam 1998, DD 1999, p. 54-61
- Prakken 1999 I: E. Prakken, *De strafprocessuele Schutznormleer gerelativeerd?*, *NJB* 1999, p. 245-250
- Prakken 1999 II: Ties Prakken, *Beginnelen van een goede verdediging*, oratie, Gouda Quint Deventer 1999

Prakken en Spronken 1999: E. Prakken, T.N.B.M. Spronken, *Tegenstrijdige belangen in strafzaken*, NJB 1999, p. 501-505

Quant 1994: L.H.A.J.M. Quant, *Advocatuur, een keuze(vak)*, Ars Aequi 1994, p. 437-439

Quant 1995 I: L.H.A.J.M. Quant, *Advocaat en ethiek*, Advocatenblad 1995, p. 17-20

Quant 1995 II: L.H.A.J.M. Quant, *Over zwijgen gesproken*, Advocatenblad 1995, p. 61-63

Quant 1995 III: L.H.A.J.M. Quant, *Advocaat en criminaliteit*, Trema 1995, p. 183-186.

Quant 1996: L.H.A.J.M. Quant, *Conclusie na enquête*, Advocatenblad 1996, p. 239-242

Quant 1998: L.H.A.J.M. Quant, *Eed en belofte*, in: H. Bergman, V.F. de Leeuw (red.), *Advocaat en ethiek*, Advocatendossier nr. 10, Sdu Uitgevers, Den Haag 1998, p. 9-14

De Ranitz 1995: S.H. de Ranitz, *Beroepsethiek in insolventieland*, Advocatenblad 1995, p. 198-20

Redactie Advocatenblad

- *Ontwerp-verzameling eereregelen voor de advocaten*, Advocatenblad 1921, p. 45-66

- *Verdediging in Maagdenhuisproces*, Advocatenblad 1969, p. 378-381

- *Recht op een advocaat als de politie dat wil?* Ordevergadering 1975, Advocatenblad 1975, p. 48-490

- *Amsterdamse advocaat werd afgeluisterd*, Advocatenblad 1979, p. 1-6

- *Afluisteraffaire*, Advocatenblad 1979, p. 36-37

- *Openen van correspondentie tussen raadsman en gedetineerde door directies van penitentiaire inrichtingen*, Advocatenblad 1980, p. 375

- *Amsterdamse weën*, Advocatenblad 1980, p. 469

- *Wetsvoorstel inzake de aanwezigheid van raadslieden bij politieverhoren*, Advocatenblad 1981, p. 284-285

- *De geheimhoudingsplicht van de advocaat, Handleiding bij bezoek (fiscale) opsporingsambtenaren*, Bijlage bij Advocatenblad afl.18, 1986

- *Vrije toegang van advocaten tot gedetineerden*, Advocatenblad 1997

- *Geen "verwijtbare" betrokkenheid van 200 advocaten*, Advocatenblad 1997, p. 49

- *Vragen aan de minister van Justitie*, Advocatenblad 1997, p. 623-624

- *Algemene Raad stelt afluisteren telefoongesprekken gedetineerden aan de kaak*, Advocatenblad 1997, p. 1071

- *Polarisatie in de strafzaal*, Advocatenblad 1999, p. 449-450

Redactie Nieuwsbrief Strafrecht

- *Bruyninx-richtlijnen gerelativeerd*, Nieuwsbrief Strafrecht 1997, p. 4-7

- *Inzage strafdossier in het kader van de WOB*, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, p. 140-141

- *Uitwisseling OM/Advocatuur*, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, p. 164-166

- *Handleiding dekens bij huiszoeking op een advocatenkantoor*, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, p. 166-168

- *Nog eventjes: de nieuwe wet op de rechterlijke organisatie*, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, p. 98-100

- *Wet reorganisatie OM treedt in werking: een nieuwe amvb*, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, p. 101-102

- *De grillige jurisprudentie over art. 591a Sv*, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, p. 236-240

- *Kamervragen over toepassing 591a Sv*, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, p. 55-57

- *Het Besluit bewaren en vernietigen van niet-gevoegde stukken en het verschoningsrecht*, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, p. 188-191

- *Gegevensverstrekking door het OM voor niet-strafrechtelijke doeleinden*, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, p. 191-194

- *Aanbeveling inzake artikel 591a Sv*, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, p. 243-245

- *Honoraria van advocaten en witwassen*, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, p. 330-332

Redactie NJB

- *Ervaringen van gedetineerden met advocaten in strafzaken*, NJB 1987, p. 229

- *Afpraak strafprocessuele waarborgen*, NJB 1988, p. 1464

- *Betrokkenheid advocaten bij criminaliteit*, NJB 1996, p. 370-371

- *Haagse rechtbank verwijt advocaat Bouterse misbruik van strafprocesrecht*, NJB 1999, p. 619-620

Redactioneel NJB

- *Verdediging en begunstiging*, NJB 1927, p. 143-145.

- *De vrijheid van de verdedigers van de vrijheid*, NJB 1978, p. 959

Redactie Opportuun

• *Haagse officieren neuzen rond in advocatenpraktijk*, Opportuun 2000, p. 16

Redactie Trema

• *Aanbeveling inzake verzoekschriften om schadevergoeding ex artikel 591a Sv*, Trema 2000, p. 333-334

Redactie Weekblad van het Recht

• *1 januari 1926, Weekblad van het Recht 30 december 1925*, nr. 11438

• *Artikel 187 Wetb. v. Strafvordering*, Weekblad van het Recht 1929, nr. 11956

Remmelink 1966: J. Remmelink, *Het verhoor in strafzaken*, Themis 1966, p. 307-358

Remmelink 1970: J. Remmelink, *De overtuigingsdader*, in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Honderd Jaar Rechtsleven*, Tjeenk Willink, Zwolle 1970, p. 179-199

Remmelink 1975: J. Remmelink, *Politieke delicten*, in E.A. Alkema e.a. (red.) *Vrijheid en recht: opstellen aangeboden aan Prof. mr. E.H. s'Jacob ter gelegenheid van zijn aftreden als hoogleraar aan de Rijksuniversiteit Groningen*, Tjeenk Willink, Zwolle 1975, p. 177-208

Remmelink 1980: J. Remmelink, *Actuele stromingen in het Nederlandse strafrecht*, in: V.H. Daveelaar-van Tongeren, N. Keijzer en U. van de Pol (red.), *Strafrecht in Perspectief*, Gouda Quint, Arnhem 1980, p. 31-64

Remmelink 1983: J. Remmelink, *Het laatste woord van de verdachte*, in: A.C. 't Hart e.a. (red.), *Strafrecht in balans*, Gouda Quint, Arnhem 1983, p. 211-232

Remmelink 1994: J. Remmelink, *Herbezinning op de grondslagen van het Wetboek van Strafvordering*, *Handelingen NJV 1994 I*, p. 2-35

Remmelink 1995: J. Remmelink, *Een gedragscode voor rechters?* Trema 1995, p. 358-374.

Rethaan Macaré 1889: A.J. Rethaan Macaré, *Verplichte bijstand van den beklaagde in het contradictoir strafgeding*, *Handelingen NJV 1889 I*, p. 73-128

Rethaan Macaré 1898: A.J. Rethaan Macaré, *De verdediging in het strafproces*, R.M. Themis 1898, p. 301-307

Riedel 1933: Riedel, *De voorlichting van den rechter door den advocaat*, *NJB 1933*, p. 644-646.

Roording 1999: J. Roording, *Cassatierechtspraak in het nieuwe millennium*, *Nieuwsbrief Strafrecht 1999*, p. 138-140

De Roos 1977: Th.A. de Roos, *Een nieuw eigen gezicht?*, in: *Beeld en tegenbeeld van de advocatuur*; 25 jaar Nederlandse Orde van Advocaten, Jubileumnummer *Advocatenblad 1977*, p. 53-59

De Roos 1985: Th.A. de Roos, *Advocaat, cliënt en politiek*, *Advocatenblad 1985*, p. 349-359

De Roos 1991: Th.A. de Roos, *Verdediging van belangen: het belang van verdediging*, oratie, Gouda Quint, Arnhem 1991.

De Roos 1992: Th.A. de Roos, *Naar een contradictoir vooronderzoek? Mini-instructie op verzoek van de verdachte*, in: G.P.M.F. Mols (red.), *Schaduwen vooruit*, Gouda Quint Arnhem 1992, p. 11-23

De Roos 1993 I: Th.A. de Roos, *Normhandhaving en rechtsbescherming - een permanente spanningsrelatie*, in: A. Soeteman Raio-congrescommissie 1993 (red.), *Om de norm, een kwestie van regels en handhaving*, Koninklijke Vermande, Lelystad 1993, p. 109-118

De Roos 1993 II: Th.A. de Roos, *Vormen, waarden en maatschappelijke onvrede*, in: *Herijken van strafvordering*, Justitiële Verkenningen 1993, nr. 8, p. 32-54

De Roos en Serrarens 1993 I: Th.A. de Roos, J. Serrarens, *Advocaten in strafzaken en criminele gelden*, in: P.C. van Duyn e.a. (red.), *Misdaadgeld*, Gouda Quint Arnhem, 1993, p. 125-145

De Roos en Serrarens 1993 II: Th.A. de Roos en J. Serrarens, *De zaak-Wladimiroff*, *Crimineel Jaarboek 1993*, Uitgeverij Papieren Tijger/Coornhertliga 1993, p. 178-184

De Roos en Sjöcrona 1993 V: Th.A. de Roos, J.M. Sjöcrona, *De advocaat als specialist (in strafzaken)*, in: *Er zijn grenzen, bundel ter gelegenheid van het negende lustrum van de Vereniging De Jonge Balie Utrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1993, p. 125-136

De Roos 1994 I: Th.A. de Roos, *Een opmerkelijke rechterlijke tirade*, *Het Parool*, 5 december 1994

De Roos 1994 II: Th. A. de Roos, *Herziening van het strafproces: de verdediging uitgespeeld?* *Handelingen NJV 1994 III*, p. 119-189

De Roos 1995: Th.A. de Roos, *De ethiek van de raadsman in strafzaken*, *Advocatenblad 1995*, p. 159-164.

De Roos en Mols 1996: Th.A. de Roos, G.P.M.F. Mols, *Rechtsbijstand, toetsing en rechtsbescherming en het rapport-Van Traa*, *NJB 1996*, p. 206-213

- De Roos 1998:** Th.A. de Roos, *Advocatengedragrecht en strafrechtelijke risico's*, in: H. Bergman, V.F. de Leeuw (red.), *Advocaat en ethiek*, Advocatendossier nr. 10, Sdu Uitgevers, Den Haag 1998, p. 15-23
- De Roos 2000:** Th. A. de Roos, *Is de strafrechtsadvocaat klaar voor het nieuwe millennium?*, in: J. de Hullu en W.E.C.A. Valkenburg (red.), *Door Straatsburg geïnspireerde grondnormen voor het strafproces*, Tjeenk Willink, Deventer 2000, p. 63-76
- Van Royen 1993:** M. van Royen, *Amsterdam als grote wasmachine voor zwart geld*, NRC Handelsblad 21 oktober 1993
- Rozemond 1965:** S. Rozemond, *De politieke strafzaak. Rechtsgronden en beleidsoverwegingen*, Boom, Meppel 1965
- Rüter 1975:** C.F. Rüter, *Een "Lex Baader-Meinhof"?*, DD 1975, p. 327-350
- Rubriek Advocatuur DD**
- *Algemeen*, DD 1972, p. 197-198
 - *Verdediging in de aanval*, DD 1972, p. 523-524
 - *Varia*, DD 1973, p. 317
 - *De Stichting Strafpraktijk*, DD, 1975, p. 508-509
 - *"De advocaat in het eerste stadium van het strafproces"*, DD 1975, p. 607
 - *Invloed van advocaat op rechterlijke beslissing. Een WODC-onderzoek*, DD 1986, p. 169-171
 - *De taak van de raadsman in de ogen van het OM*, DD 1987, p. 1133-1134
 - *Helende advocaten?* DD 1987, p. 1136-1139
 - *Opnieuw: raadsman bij politieverhoor*, DD 1988, p. 458-461
 - *Formulering: advocaten bij politiek strafproces*, DD 1988, p. 763-765
 - *Fraudebeleid en advocatuur*, DD 1989, p. 988-989
 - *Vormfouten, professionele satisfactie en de gevoelige overheid*, DD 1991, p. 198-200
 - *De advocatuur als heler*, DD 1991, p. 511-512
 - *Raadsman als "consigliere"?*, DD 1992, p. 364-366
 - *Equality of arms, different responsibilities*, DD 1992, p. 852-853
 - *Regiem Tijdelijke Extra Beveiligde Inrichting (TEBI) te Vught en het vrij verkeer tussen advocaat en gedetineerde cliënt*, DD 1994, p. 301-304
 - *Toevoegingen en eigen bijdrage in strafzaken*, DD 1994, p. 716-718
 - *Vrij verkeer in de TEBI*, DD 1994, p. 1085-1087
 - *Richtlijnen advocaat en money laundering*, DD 1995, p. 284-285
 - *Verdediging en gestolen informatie*, DD 1995, p. 285-287
 - *Verschoningsrecht*, DD 1995, p. 1113-1114
 - *Advocaten "consigliere" van georganiseerde criminaliteit?*, DD 1995, p. 1118-1119
 - *Eindrapport van de Commissie Van Traa en de verwijtbare betrokkenheid van advocaten bij georganiseerde criminaliteit*, DD 1996, p. 268-274
 - *Geen schadevergoeding ex. art. 89 Sv voor Mr. O. Hammerstein wegens "verwijtbare betrokkenheid" bij strafbaar feit*, DD 1996, p. 274-275
 - *Inbeslagneming op een advocatenkantoor*, DD 1997, p. 287-291
 - *Overtreding Bruyninckx-richtlijnen niet in strijd met art. 46 Advocatenwet*, DD 1997, p. 1064-1066
 - *Uitlatingen OM in proces tegen Johan V. onrechtmatig jegens advocaat mr. J. Rammelt*, DD 1997, p. 1066-1067
 - *Inbeslagneming op een advocatenkantoor II*, DD 1998, p. 290-292
 - *De raadsman op zijn woord geloofd?*, DD 1998, p. 293-294
 - *Alerte verdediging*, DD 1999, p. 277-280
 - *Circulaire toegangscontrole bezoekers aan de P.I.'s*, DD 1999, p. 673-674
 - *Meldingsplicht ongebruikelijke transacties ook voor advocaten?*, DD 2000, p. 295-298
- Rubriek Nationale Ombudsman DD**
- *Afschrift processtukken/advocaat*, DD 2000, p. 292-293
- Rubriek OM en rechter DD**
- *Strafvervolg van advocaten*, DD 1996, p. 76
- Rutgers 1992:** M. Rutgers, *Strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen*, Gouda Quint, Arnhem 1992
- De Savornin Lohman 1969:** A.F. de Savornin Lohman, *De Maagdenhuisaffaire*, Advocatenblad 1969, p. 426-433

- De Savornin Lohman 1977:** A.F. de Savornin Lohman, *Gaan ze over de grens over de schreef?*, Advocatenblad 1977, p. 331-334
- Schölvinck 1928:** C.J.G.M. Schölvinck, *Instructie en verdediging*, NJB 1928, p. 357-363
- Schaap 1999:** C.D. Schaap, *Heling getoetst*, Gouda Quint, 1999
- Van Schaik 1985:** J. van Schaik, *Van tweedeling naar twee-eenheid?* Advocatenblad 1985, p. 360-369
- Schalken 1988:** T.M. Schalken, *De raadsman bij het politieverhoor: middel of doel?*, in C.J.C.F. Fijnaut en G.N.M. Blonk (red.), *De advocaat bij het politieverhoor*, Verslag van conferentie georganiseerd door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten en de Rechercheschool op 25 en 26 februari 1988, Van den Brink Lochem en Gouda Quint Arnhem, 1988, p. 160-168
- Schalken en Hofstee 1989:** T.M. Schalken en E.J. Hofstee (red.), *In zijn verdediging geschaad*, Gouda Quint Arnhem, 1989
- Schalken 1989:** T.M. Schalken, *Schending van wettelijke procesvoorschriften en het redelijke belang van de verdachte*, in T.M. Schalken en E.J. Hofstee (red.), *In zijn verdediging geschaad*, Gouda Quint 1989, p. 3-15
- Schalken 1997:** T. M. Schalken, *Openbaar ministerie schaaft de rechtsorde met megastrafproces*, NRC 21 januari 1997
- Schalken en Rozemond 1997:** T. Schalken en K. Rozemond, *Nieuwe Europese verrassingen in Hollandse strafzaken*, NJB 1997, p. 894-895
- Schalken 1999:** T.M. Schalken, *Toekomstige wetgeving inzake witwassen: over oude en nieuwe bewaren*, DD 1999, p. 287-310
- Van Schendel 1988:** W.A.M. van Schendel, *De raadsman bij het politieverhoor*, in: C.J.C.F. Fijnaut en G.N.M. Blonk (red.), *De advocaat bij het politieverhoor*, Verslag van conferentie georganiseerd door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten en de Rechercheschool op 25 en 26 februari 1988, Van den Brink Lochem en Gouda Quint Arnhem, 1988, p. 85-91
- Schenk 1975:** W. Schenk, *20 jaar Hof van Discipline*, Tjeenk Willink, Zwolle 1975
- Schlösser 1995:** K.A. Schlösser, *Advocaat en ethiek in de Verenigde Staten*, Advocatenblad 1995, p. 239-241
- Von Schmidt auf Altenstadt 1999 I:** P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, *Man en paard*, Advocatenblad 1999, p. 475
- Von Schmidt auf Altenstadt 1999 II:** P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, *Functioneel zwijgen*, Advocatenblad 1999, p. 1015.
- Von Schmidt auf Altenstadt 2000:** P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, *Zwijgen dat spreekt vanzelf*, Advocatenblad 2000, p. 573
- Schootstra 1979 I:** H. Schootstra, *Algemene beschouwingen over het strafproces*, Advocaat en Praktijk, Samsom Alphen a/d Rijn, supplement november 1979, p. A1150-1 - A1150-10
- Schootstra 1979 II:** H. Schootstra, *Toelating raadslieden tot het politieverhoor*, DD 1979, p. 681-686
- Schootstra 1990:** H. Schootstra, *De advocaat ter terechtzitting*, Advocaat en praktijk, Samsom Alphen a/d Rijn, supplement juli 1990, p. A1350-1 - A1350-33 en EA1350-1 - EA1350-3
- Schorer 1931:** K.J. Schorer, *Het beroepsgeheim in de rechtspleging*, Advocatenblad 1931, p. 120-139
- Schorlesheim 1929:** M. Schorlesheim, *Kennisneming van processtukken door verdachte en raadsman*, NJB 1929, p. 250-251
- Schorlesheim 1931 I:** M. Schorlesheim, *De verdediger als magistraat*, NJB 1931, p. 369-374.
- Schorlesheim 1931 II:** M. Schorlesheim, *De verdediger als magistraat (replik)*, NJB 1931, p. 460-462.
- Schouten 1979:** M. Schouten, *Een maand piketdienst in Amsterdam*, Nederlands Tijdschrift voor Criminologie 1979, p. 285-297
- Schuyt 1971:** C.J.M. Schuyt, *Rechtssociologie. Een terreinverkenning*, Universitaire Pers Rotterdam, Rotterdam 1971
- Schuyt 1972:** C.J.M. Schuyt, *Recht, orde en burgerlijke ongehoorzaamheid*, Universitaire Pers Rotterdam, 1972

- Schuyt 1973: C.J.M. Schuyt, *Rechtshulp individuele of gemeenschapszaak? 38 stellingen over de hervorming van de rechtshulp in de sociale/niet commerciële sector*, Advocatenblad 1973 p. 40: 411
- Schuyt e.a. 1976: K. Schuyt, K. Groenendijk en B. Sloot, *De weg naar het recht. Een rechtssociologisch onderzoek naar de samenhangen tussen maatschappelijke ongelijkheid en juridische hulpverlening*, Kluwer, Deventer 1976
- Schuyt 1982: C.J.M. Schuyt, *Burgerlijke ongehoorzaamheid in Nederland 1968-1981*, Bundel RAIO Congres Zutphen, 28 en 29 oktober 1982 te Zutphen
- Schuyt en De Groot-Van Leeuwen 1991: C.J.M. Schuyt, L.E. de Groot van Leeuwen, *De veranderende beroepsethiek van advocaten*, Recht der werkelijkheid 1991, nr. 2. p. 118-125
- Sietsma 1988: K.J.H.H. Sietsma, *Het standpunt van een (scheidende) commissaris van politie*, in C.J.C.F. Fijnaut en G.N.M. Blonk (red.), *De advocaat bij het politieverhoor*, Verslag van conferentie georganiseerd door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten en de Rechercheschool op 25 en 26 februari 1988, Van den Brink Lochem en Gouda Quint Arnhem 1988, 61-70
- Simmeling 1987: J.B.H.M. Simmelink, *De rechtsstaatgedachte achter art. 1 Sv*, Gouda Quint, Arnhem 1987
- Simons 1889: D. Simons, *Het partijstandpunt van den verdediger*, R.M. Themis 1889, p. 468-488
- Simons 1897: D. Simons, *De verdediging in het strafproces*, inaugurele rede Utrecht, De Erven I. Bohn, Haarlem 1897
- Simons 1920: D. Simons, *Raadsman en verdachte, reactie*, Weekblad van het Recht 5 april 1920, nr. 10540
- Simons 1921: D. Simons, *De advocaat en het strafproces*, T.v.S. 1921, p. 357-368
- Simons 1928: D. Simons, *Art. 29 Wb. v. Strafv.*, Weekblad van het Recht, 1928, nr. 11809
- Simons 1929: D. Simons, *Ons nieuw strafprocesrecht*, T.v.S. 1929, p. 1-32.
- Sjöcrona 1985: J. Sjöcrona, *Ongehoord: advocaat door detectiepoort*, NJCM-Bulletin 1985, p. 263-269
- Sjöcrona en van der Spek 1993: J.M. Sjöcrona en P.W.J. van der Spek, *Misbruik van strafprocesrecht door de verdediging?* Advocatenblad 1993, p. 632-634
- Sjöcrona 1999 I: J.M. Sjöcrona, *Over ego's, onwetendheid, onwil en de rechtspleging als vergiet*, Trema 1999, p. 81-86
- Sjöcrona 1999 II: J.M. Sjöcrona, D.V.A. Brouwer, *Laatste ontwikkelingen bij cassatie in strafzaken*, Advocatenblad 1999, p. 601-603
- Sloet tot Everlo 1930: E.A.F.J. Sloet tot Everlo, *Het recht van den raadsman*, TvS 1930, p. 315-318
- Sluiter 1998: G.K. Sluiter, *Recht op aanwezigheid van raadsman tijdens politieverhoor absoluut vereiste voor toelating bewijs*, NJCM-Bulletin 1998, p. 75-87
- Smeets 1969: J.H. Smeets, *Het recht op vrije keuze van een raadsman*, NJB 1969, p. 1123-1125
- Smidt 1886: H.J. Smidt en E.A. Smidt, *Wetboek van Strafvordering*, deel I en II, Tjeenk Willink, Haarlem 1886
- Soeteman 1989: A. Soeteman, *Rechtsfilosofie en rechtstheorie*, Ars Aequi 1989, p. 1376-1377
- Van Son 1988: H. van Son, *Advocaat bij politieverhoor*, Advocatenblad 1988, p. 379-380
- Van Son 1989: H. van Son, *Have mercy upon us, interview met Mr. N.F. Meijer*, Advocatenblad 1989, p. 273-277
- Sorgdrager 1994: W. Sorgdrager, *Strafvordering en criminaliteitsbestrijding*, Handelingen NJV 1994 III, p. 193-242
- Van Spaendonck 1973: G.C. van Spaendonck, *Commerciële en sociale advocatuur. Het rapport van Braam-Surie-III*, Advocatenblad 1973, p. 90-93
- Spaniol 1990: M. Spaniol, *Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Duncker & Humblot, Berlin 1990
- Spong 1978: G. Spong, *Politieke identificatie ja of nee?* Rechtshulp 1978, p. 41-42
- Spong 1979: G. Spong, *Rechtshulp in politieke strafzaken*, Rechtshulp 1979, p. 23-25
- Spong 1982: G. Spong, *The problem of the lawyer and client in criminal cases*, Netherlands Reports to the Eleventh International Congress of Comparative Law, Caracas 1982, Kluwer, Law and Taxation Publishers, 1982, p. 421-446
- Spong 1991 I: G. Spong, *Advocaat in strafzaken moet opportunistisch zijn*, NRC Handelsblad 19 oktober 1991

- Spong 1991 II:** G. Spong, *Geldbelustheid is infame beschuldiging*, NRC 14 november 1991
- Spong 1995:** G. Spong, *Raadman in strafzaken en heling en de criminele officier van justitie*, Ars Aequi 1995, p. 857-859
- Spong 1996:** G. Spong, *De advocaat als scherprechter en partner in een zorgvuldige rechtsgang*, Trema 1996, p. 343-345
- Spong 1997:** G. Spong, *Leugens om bestwil*, Uitgeverij Balans, 1997
- Sporken 1980:** P. Sporken, *Sociaal contra individueel belang?*, Algemeen politiebld 1980, p. 11-13
- Spronken 1988 I:** T. Spronken, *Geen verdediging voor verkrachters, moeten vrouwen daar blijf mee zijn?*, Nemesis 1988, p. 36-37
- Spronken 1988 II:** T. Spronken, *Anonieme getuigen in strafzaken: verdediging in verdrukking*, NJB 1988, p. 77-82
- Spronken 1994 I:** T.N.B.M. Spronken, *Advocaat zit ten onrechte in beklagdenbank*, Volkskrant 9 december 1994
- Spronken 1994 II:** T.N.B.M. Spronken, *Rechten van de verdediging*, in: Precaire Waarden, Petersbundel, Gouda Quint, Arnhem 1994, p. 107-117
- Spronken 1994 III:** T.N.B.M. Spronken, *Rechtsbijstand gewaarborgd, ook bij verstek*, Advocatenblad 1994, p. 898-901
- Spronken 1995:** T.N.B.M. Spronken, *Wet op de rechtsbijstand*, Trema 1995, p. 85-88
- Spronken 1996 I:** T. Spronken, *Nemo tenetur, zwijgrecht en advocatenbijstand bij het politieverhoor: de zaak Murray*, Advocatenblad 1996, p. 420-424
- Spronken 1996 II:** T.N.B.M. Spronken, *Controle van aanvragen en declaraties van toevoegingen. Een aanslag op de geheimhoudingsplicht en onafhankelijkheid van de advocaat*, Advocatenblad 1996, p. 982-988
- Spronken 1997:** T.N.B.M. Spronken, *De hoge Amsterdamse diender en de presumptie van onschuld*, NJB 1997, p. 1128-1130 met naschrift van B.E.P. Myjer
- Spronken 1998 I:** Taru Spronken, *Het mandaat van de advocaat*, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, p. 66-69
- Spronken 1998 II:** Taru Spronken, *Wrakingsperikelen*, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, p. 138-140
- Spronken 1998 III:** T.N.B.M. Spronken, *Spiegel van de ziel van de rechtsorde. Over verdediging en waarheidsvinding*, in: G.P.M.F. Mols, M. Wladimiroff (red.), *Homo Advocatus*, Spong-bundel, Sdu Uitgevers, Den Haag 1998, p. 191-202
- Spronken 1998 IV:** Taru Spronken, *Rechtsbijstand in verstekzaken II*, Advocatenblad 1998, p. 667-669
- Spronken 1998 V:** T. Spronken, *De stand van zaken omtrent de (anonieme) getuige in het strafproces*, Nieuwsbrief Strafrecht 1998, p. 186-188
- Spronken 1999 I:** T. Spronken, *Verdediging in Turkije*, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, p. 58-60
- Spronken 1999 II:** T.N.B.M. Spronken, *Corpus Juris en de rechten van de verdediging*, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, p. 122. e.v.
- Spronken 1999 III:** Taru Spronken, *Het smeltwater van de IGLO-zaak*, Nieuwsbrief Strafrecht 1999, p. 218-221
- Spronken 2000 I:** T.N.B.M. Spronken, *Verschoningsrecht in verdrukking*, Nieuwsbrief Strafrecht 2000, p. 162-165
- Spronken 2000 II:** T.N.B.M. Spronken, *Tegenstrijdige belangen 'revisited'*, Advocatenblad 2000, p. 477-480
- Spronken 2000 III:** T. Spronken, *Anonieme getuigen, een 'continuing story'*, in: R.A. Lawson en E. Myjer (red.), 50 jaar EVRM, NJCM-Boekerij, Leiden, 2000, p. 115-135
- B. Staal 1985:** B. Staal, *Rechtsbijstand als verzekering?* Congresverslag Jonge Balie Congres 1985, *Bewaring verzekerd? De advocaat in de voorfase van het strafproces*, Tjeenk Willink, Zwolle 1985-1986, p. 3-12
- H. Staal 1999:** H. Staal, *Tuchtrecht dreigt voor advocaat Taartman*, NRC 19 mei 1999 (Knipselkrant NOVA 26 mei 1999)
- Van Stipriaan Luscius 1890:** J.M. van Stipriaan Luscius, *De rechten des Verdedigers*, R.M. Theemis 1890, p. 368-384.
- Van Straatum 1999:** M. van Stratum, *Inzage in bestanden van politie en justitie*, Advocatenblad 1999, p. 900-903

- Strijards 1989:** G.A.M. Strijards, *Revisie: inbreuken en executiegeschillen betreffende het strafge-
wijze*, Gouda Quint, Arnhem 1989
- Studiegroep Strafrechtspleging**
- *Verdediging in de aanval*, Rapport van de Studiegroep Strafrechtspleging Nederlandse Orde van
Advocaten, januari 1972
- Swart 1976:** A.H.J. Swart, *Het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens*,
APA-Universitaire Pers Amsterdam, Amsterdam 1976
- Swart 1986 I:** A.H.J. Swart, *De Nederlandse strafrechtspleging en het internationale recht*, in: *Inter-
nationalisering van het strafrecht*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1986, p. 37-66
- Swart 1986 II:** A.H.J. Swart, *Anonieme getuigen en eerlijk proces*, in: J.P.J.M. ten Berge e.a. (red.),
Recht als norm en als aspiratie, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1986, p. 348-378
- Swart 1989:** A.H.J. Swart, *Rechten van de mens in de strafrechtspleging*, DD 1989, p. 554-572
- Swart 1993:** A.H.J. Swart, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und das Niederländische
Strafprozessrecht*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1993, p. 48-76
- Swart 1999:** B. Swart, *Mensenrechten in de dagelijkse strafrechtspleging*, in: B. Swart (red.), Am-
sterdam - Brussel - Luxemburg - Straatsburg, Ars Aequi Libri Prinsengrachtreeks 1999/2, p. 59-68
- T&C Sv 1999:** C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Kluwer,
Deventer 1999
- Telders 1957:** C.H. Telders, *De advocaat als getuige*, Bijlage bij het Advocatenblad van 15 juni
1957, p. 375-413
- Tigges en Nuijten-Edelbroek 1981:** L.C.M. Tigges, E.G.M. Nuijten-Edelbroek, *De vroeghulp in
praktijk gebracht*, eindrapport WODC, Staatsuitgeverij 's-Gravenhage, 1981
- Tomlow 1999:** B. Tomlow, *Advocaten waakzame wachters van de rechtstaat*, Utrechts Nieuwsblad
6 november 1999
- Trapman 1922:** P.M. Trapman, *De advocaat in strafzaken*, Advocatenblad 1922, p. 152-159.
- Vademecum Advocatuur, Wet- & regelgeving 2000:** *Vademecum Advocatuur, Wet- & regelge-
ving*, Nederlandse Orde van Advocaten, Tjeenk Willink, 2000
- Vademecum Advocatuur, Personen 2000:** *Vademecum Advocatuur, Personen*, Nederlandse Orde
van Advocaten, Tjeenk Willink, 2000
- Vademecum Strafzaken:** G.J.M. Corstens, N. Keijzer, E. Ph.R. Sutorius (red.), *Vademecum Strafza-
ken*, losbladig, Gouda Quint, Deventer
- Vaillant 1889:** C.A. Vaillant, *Moet in het contradictoir geding wegens misdrijf, in het algemeen of
onder enige beperking, worden aangenomen de noodzakelijkheid van rechtskundigen bijstand van
den beklagde? Zoo ja: hoe moet in dien bijstand worden voorzien ingeval niet een door den be-
klagde gekozen raadsman optreedt?*, Handelingen NJV 1889 I, p. 1-19
- Veegens 1975:** D.J. Veegens, *Grensproblemen van de verdediging in strafzaken*, NJB 1975, p. 809-
814
- Th. Van Veen 1969:** Th. W. van Veen, *De positie van de advocaat in het moderne strafproces*, Ad-
vocatenblad 1969, p. 333-352
- Th. Van Veen 1978:** Th. W. van Veen, *Equality of arms?* DD 1978, p. 301-305
- Th. Van Veen 1980:** Th. W. van Veen, *Het politieverhoor en de raadsman*, DD 1980, p. 487-491
- W. van Veen 1978:** W. van Veen, *Rechtshulp door advocatenkollektieven aan RAF-leden? Recht en
kritiek* 1978, p. 70-73
- Van der Veen 2000:** Th. L. van der Veen, *In het arrondissement Breda werd een advocaat niet op
zijn woord geloofd*, NJB 2000, p. 2088
- Vellinga-Schootstra 1982:** F. Vellinga-Schootstra, *Inbeslagneming en huiszoeking*, Tjeenk Willink,
Alphen aan den Rijn 1982
- Vellinga-Schootstra 2000:** F. Vellinga-Schootstra, *Van huiszoeking naar doorzoeking: een stille re-
volutie*, NJB 2000, p. 928-931
- Van der Ven 1969:** Ph.C.M. van der Ven, *De positie van de advocaat in het moderne strafproces*,
Advocatenblad 1969, p. 353-362.
- Verberne 1985:** P. Verberne, *Samen sterk met de Roos in de vuist?* Advocatenblad 1985, p. 390-393
- Verbunt 1985:** R.P.G.L.M. Verbunt, *Taken van de piketadvocaat*, in: *Congresbundel Jonge Balie
Congres 1985*, Bewaring verzekerd? De advocaat in de voorfase van het strafproces, Tjeenk Willink,
Zwolle 1985, p. 113-122
- Verburg 1985:** J.J.I. Verburg, *Het beroepsgeheim*, Gouda Quint, Arnhem 1985

- Verburg 1975:** J.J.I. Verburg, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken*, dissertatie Leiden, Krips Repro Meppel, 1975
- Verburgh 1973 I:** M.J.P. Verburgh, *Rechtshulp: individuele of gemeenschapszaak?*, Enkele discussiestellingen, Advocatenblad 1973, p. 411-412
- Verburgh 1973 II:** M.J.P. Verburgh, *Het onderscheid tussen de sociale en commerciële advocatuur*, Rapport van de Commissie IV van Braam, Advocatenblad 1973, p. 413-429
- Vereeniging voor strafrechtspraak**
- *Verslag vergadering Vereeniging voor strafrechtspraak 10 november 1934*, Maandblad voor be-rechting en reclassering 1934, p. 333-335
 - *Verslag vergadering Vereeniging voor strafrechtspraak 10 november 1934*, NJB 1934, p. 644-645
- Verdediging in de aanval 1972:** *Verdediging in de aanval*, Rapport van de Studiegroep Strafrechts-pleging Nederlandse Orde van Advocaten, januari 1972
- Verheij 1992:** L.F.M. Verheij, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Tjeenk Willink, Zwolle 1992
- Verkijk 1999:** R. Verkijk, *Excessieve toetsing van vergoedingen voor toevoegingen*, Advocatenblad 1999, p. 805-810
- Verkijk 2000:** R. Verkijk, *Raad voor rechtsbijstand geen verlengstuk van cliënt*, Advocatenblad 2000, p. 34
- Vermeulen 1968:** J.Th. Vermeulen, *De advocaat in strafzaken. Een merkwaardige opvatting in de Nederlandse balie*, in: Vijftig jaar Advocatenblad, Nederlandse Orde van Advocaten, 's-Gravenhage 1968, p. 117-119
- Verpalen 1971:** O.A.C. Verpalen, *Zijn nadere wetgevende voorzieningen op het gebied van het tuchtrecht en het tuchtprocesrecht wenselijk?*, Handelingen NJV 1971
- Verpalen 1985:** O.A.C. Verpalen, *De advocateneed en de eerbied voor de rechterlijke autoriteiten*, Advocatenblad 1985, p. 157
- Verrijn Stuart 1979:** H. Verrijn Stuart, *Verdediging in verkrachtigingszaken*, Advocatenblad 1979, p. 461-465
- Verstegen 1931:** A.J. Verstegen, *Het beroepsgeheim in de rechtspleging*, Advocatenblad 1931, p. 86-119
- Van der Vies 1899:** H.G. van der Vies, *De positie van den verdediger in strafzaken volgens Neder-landsch recht*, Boek-, Kunst- en Handelsdrukkerij, Amsterdam 1899
- Voetelink 1985 I:** H.M. Voetelink, *Advocaten, wie zijn dat tegenwoordig?* in: P.J.G. Kapteijn e.a. (red.) *Non ex regula, liber amicorum mr. J. van der Hoeven*, Kluwer, Deventer 1985, p. 199-203
- Voetelink 1985 II:** H.M. Voetelink, *Twee preadviezen*, Advocatenblad 1985, p. 396-397
- Vonkenberg 1918:** E.J.E.G. Vonkenberg, *De verdediger in het strafgeding*, dissertatie, Boek en Handelsdrukkerij Firma J. de Longte, Dordrecht, 1918
- P. de Vos 1997:** P. de Vos, *Achter de Blinddoek van Vrouwe Justitia, ethiek emotie en geweten in de rechtszaal*, Bruna Uitgevers B.V., Utrecht 1997
- R. de Vos 1957:** R.A. Vos, *De advocaat als getuige*, Bijlage bij het Advocatenblad van 15 juni 1957, p. 415-457
- Voûte 1922:** J.R. Voûte, *Preadvies over het standpunt van den advocaat in het strafproces ten op-zichte van cliënt, de magistratuur en het algemeen belang*, Advocatenblad 1922, p. 87-95
- Vranken 1986:** J.B.M. Vranken, *Het professionele (functionele) verschoningsrecht*, Handelingen NJV 1986 I, Zwolle 1986
- Vranken 1987:** J.B.M. Vranken, *De hernieuwde omlijning van het professionele verschoningsrecht in de rechtspraak van de Hoge Raad sedert 1983*, Tijdschrift voor Vennootschappen Verenigingen en Stichtingen 1987, p. 185-190
- De Vries Robbé 1986:** J.G. de Vries Robbé, *Advocaat: specialist en/of generalist*, preadvies Orde-vergadering september 1986, Advocatenblad 1986, p. 352-357
- De Vrieze 1921 I:** J. de Vrieze, *Ingezonden bijdrage over het strafproces*, Advocatenblad 1921, p. 80-83
- De Vrieze 1921 II:** J. de Vrieze, *Strafpleiters en de landsadvocaat*, Advocatenblad 1921, p. 125-128
- De Vrieze 1922:** J. de Vrieze, *Preadvies over het standpunt van den advocaat in het strafproces ten opzichte van cliënt, magistratuur en het algemeen belang*, Advocatenblad 1922, p. 95-102
- De Vrieze 1940:** J. De Vrieze, *Behoeft de wettelijke regeling van het vooronderzoek in strafzaken wijziging?*, Handelingen NJV 1940 I, p. 1-70

- De Vrieze 1950:** J. de Vrieze, *De positie van de advocaat in strafzaken*, Advocatenblad 1950, p. 366-369.
- De Waard 1994 I:** T. de Waard, *Richtlijnen ter voorkoming van betrokkenheid van de advocaat bij criminele handelingen*, NJB 1994, p. 1441-1444
- De Waard 1994 II:** T. de Waard, *Is cliënt koning?* in: *Is cliënt koning?* Bundel Jonge Balie Congres 1994, Tjeenk Willink, Zwolle 1994, p. 1-5
- Wackie Eysten 1988:** P.A. Wackie Eysten, *De advocaat bij het politieverhoor*, Openingscommentaar van de Algemeen Deken, Advocatenblad 1988, p. 109
- Wackie Eysten 1990:** P.A. Wackie Eysten, *Ethiek en gedragsregels*, NJB 1990, p. 843-850
- Wackie Eysten 1991:** P.A. Wackie Eysten, *Duikvlucht over de advocatuur*, RM Themis 1991, p. 107-129
- Wedzinga en Van der Neut 1998:** W. Wedzinga en J.L. van der Neut, *Rechtsbijstand in verstekzaken*, Advocatenblad 1998, p. 615
- Wedzinga en Van der Neut 1999:** W. Wedzinga, J.L. van der Neut, *Vormverzuimen, motiveringsplicht en causaliteit*, Advocatenblad 1999, p. 36-37
- Weijenberg-Pot 1975:** Ph. M. Weijenberg-Pot, *Wil confrère Bakker Schut te veel?* Advocatenblad 1975, p. 198-200
- Weijenberg-Pot 1977:** Ph. M. Weijenberg-Pot, *De Advocaat en de Politie*, Advocatenblad 1977, p. 326-328
- Weisz 1996:** J. Chr. Weisz, *Advocaat, verschoningsrecht, normbesef en beroepsethiek*, Advocatenblad 1996, p. 932-934
- Van der Werf 1997:** H.G. van der Werf, *Een rechtsorde heeft charmante dwarsliggers nodig*, Advocatenblad 1997, p. 13-16
- Wessels 1994:** B. Wessels, *De rechtsverhouding tussen cliënt en notaris resp. advocaat*, WPNR 1994, p. 580-585
- Van Wessem 1975:** J.J. van Wessem, *Solidariteit*, Openingscommentaar van de Algemeen Deken, Advocatenblad 1975, p. 193-195
- Weyl 1928:** J. Weyl, *Rechter en raadsman*, NJB 1928, p. 437-439
- Wichers Hoeth 1964:** L. Wichers Hoeth, *De advocatuur*, Van Dishoeck, Bussum 1964
- Wichers Hoeth 1969:** L. Wichers Hoeth, *De nieuwe Orde in Leeuwarden*, Advocatenblad 1969, p. 439-440
- Wiewel 1980:** P. Wiewel, *Advokaten in de cel: wat nu?*, Rechtshulp 1980, p. 19-22
- Wiewel 1994:** P. Wiewel, *De raadsman in strafzaken*, Crimineel Jaarboek 1994, Uitgeverij Papieren Tijger/Coomhertliga, 1994 p. 193-198
- Wiewel 1995:** P. Wiewel, *Verdediging onder vuur*, Crimineel Jaarboek 1995, Uitgeverij Papieren Tijger/Coomhertliga, 1995, p. 143-151
- De Wijkerslooth 1989:** J.L. de Wijkerslooth, *Ethiek en advocatuur*, Nieuwenhoflezing III, Kluwer, Deventer 1989
- Wijnveldt 1939:** J. Wijnveldt, *De positie van de advocaat in strafzaken*, Advocatenblad 1939, p. 161-186
- A. Willems 1978:** A. Willems, *De verdediging van RAF-leden: een reactie*, Recht en kritiek 1978, p. 331-335
- J. Willems 1997:** J.H.M. Willems, *Recht op stukken. juridische semantiek voor gevecht?* Tremas 1997, p. 185-188
- J. Willems 1998:** J.H.M. Willems, *Ethiek in het strafproces*, in: H. Bergman, V.F. de Leeuw (red.), *Advocaat en ethiek*, Advocatendossier nr. 10, Sdu Uitgevers, Den Haag 1998, p. 24-37
- J. Willems 1999:** J.H.M. Willems, *Polarisatie in de strafzaal - over de grenzen van behoorlijkheid*, Tremas 1999, p. 87-91
- Wilzing 1988:** J. Wilzing, *De advocaat bij het politieverhoor en de gevolgen voor de opsporingspraktijk*, in: C.J.C.F. Fijnaut en G.N.M. Blonk (red.), *Verslag van conferentie georganiseerd door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten en de Rechercheschool op 25 en 26 februari 1988*, Van den Brink Lochem en Gouda Quint Arnhem, 1988, p. 149-159
- Wisselink 1997:** M.A. Wisselink, *Beroepsgeheim, ambtsgeheim en verschoningsrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle 1997
- De Wit 1991:** L.A.J.M. de Wit, *'Herziening van het gerechtelijk vooronderzoek' De Commissie Moons, advisering in z'n achteruit*, DD 1991, p. 592-598

- Witteman 1995:** P.M. Witteman, *Bespiegelingen over tuchtrechtspraak en ethiek*, Advocatenblad 1995, p. 63-65
- Wladimiroff 1979:** M. Wladimiroff, *De advocaat tijdens het opsporingsonderzoek*, Advocaat en praktijk, Samsom Alphen a/d Rijn, supplement november 1979, p. A1250-1 - A1250-43
- Wladimiroff 1987:** M. Wladimiroff, *De advocaat tijdens het gerechtelijk vooronderzoek*, Advocaat en praktijk, Samsom Alphen a/d Rijn, supplement februari 1987, p. A1300-1 - A1300-44
- Wladimiroff 1993:** M. Wladimiroff, *Advocaat en reclame*, AA 1993, p. 543-550
- Wöretshofer 1998:** J. Wöretshofer, *Verdediging bij afwezige verdachte*, DD 1998, p. 1034-1059
- Wortel 1989:** J. Wortel, *De belangen van de verdachte en de ontvankelijkheid van de officier van justitie*, in: T.M. Schalken, E.J. Hofstee (red.), *In zijn verdediging geschaad*, Gouda Quint, Arnhem 1989, p. 83-115
- Van Zant 1993:** W.F. van Zant, *Van Dijk, ga op huis aan*, Advocatenblad 1993, p. 314
- Van der Zwaag 1994:** T.G. van der Zwaag, *Uitsluiten van informatie schaadt rechtsstaat*, Volkskrant 11 december 1994

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- 21-02-1975, Golder, A 18
 08-06-1978, Engel e.a., A 22
 13-05-1980, Artico, A 37
 26-03-1982, Adolf, A 49
 25-03-1983, Silver, A 61
 25-04-1983, Pakelli, A 64
 03-05-1983, Campbell and Fell, A 80
 29-03-1984, Goddi, A 76
 12-02-1985, Colozza, NJ 1986, 685
 12-02-1985, Colozza, NJ 1985, 685
 30-09-1985, Can, A 96
 30-09-1985, Can, A 96
 24-11-1986, Gillow, A 109
 30-01-1987, Monell and Morris, A 115
 08-10-1987, Lamy, A 151
 20-06-1988, Schöneberger en Durmaz, A 137
 29-11-1988, Brogan, Series A, Vol. 145-B
 06-12-1988, Barbera e.a., A 146
 20-11-1989, Kostovski, NJ 1990, 245
 23-11-1989, Kamasinski, NJ 1994, 26
 27-09-1990, Windisch, NJ 1993, 707
 19-02-1991, Alimena, A 195-D
 19-03-1991, Cardot, Series A, Vol. 200
 24-04-1991, Hüvig en Krüslin, NJ 1991, 523
 24-05-1991, Quaranta, NJ 1993, 525
 26-06-1991, F.C.B. v. Italy, nr. 40/1990/231/297, Hudoc
 26-09-1991, Andersson, A 212-B
 29-10-1991, Fejde, A 212-C
 28-11-1991, S v. Zwitserland, NJ 1994, 88
 28-03-1992, Campbell, A 233
 29-08-1992, Pham Hoang, A 243
 25-09-1992, Croissant, NJ 1993, 526
 16-12-1992, Niemietz, NJ 1993, 400
 19-02-1993, Isgro, NJ 1993, 708
 21-09-1993, Kremzow, NJ 1994, 359
 23-11-1993, Poitrimol, NJ 1994, 393
 24-11-1993, Imbrioscia, NJ 1994, 459
 22-02-1994, Tripodi, A 281-B
 23-02-1994, Stanford, NJ 1994, 483
 24-02-1994, Casado Coca, NJ 1994, 518
 22-09-1994, Pelladoah, NJ 1994, 733
 22-09-1994, Lala, A, 297-A (Lala)
 28-10-1994, Boner, A 300-B
 28-10-1994, Maxwell, A 300-C
 13-06-1995, Kampanis, A 324
 08-02-1996, Murray, NJ 1996, 725
 10-02-1996, Botten, Reports 1996-I
 26-03-1996, Doorson, NJ 1996, 741
 10-06-1996, Benham, Reports 1996-III
 15-11-1996, Domenichini, NJ 1998, 488
 25-02-1997, Z v. Finland, NJ 1999, 516
 18-03-1997, Foucher, Reports 1997-II
 23-04-1997, Van Mechelen, NJ 1997, 635
 10-05-1997, Tello López, nr. 4715499, Hudoc
 25-11-1997, Zana, Reports 1997-VII
 25-03-1998, Kopp, Reports 1998-II
 27-03-1998, K.D.B. v. Nederland, Reports 1998 II
 21-04-1998, Daud, Reports 1998-II
 20-05-1998, Schopfer, Reports 1998-II
 09-06-1998, Twalib, Reports 1998-IV
 30-07-1998, Aerts, NJ 2000, 416
 09-08-1998, Teixeira de Castro, Reports 1998-IV
 24-08-1998, Lambert, Reports 1998-V
 26-01-1999, Garner, nr. 38330/97, Hudoc
 23-02-1999, De Groot, NJ 1999, 641
 23-02-1999, De Groot, NJCM-Bulletin 1999 p. 670-674
 16-03-1999, Kitov, nr. 29759/96, Hudoc
 23-03-1999, Milone, nr. 37477/97, Hudoc
 06-07-1999, O'Kane, nr. 30550/96, Hudoc
 14-09-1999, Magee, nr. 28135/95, Hudoc (ontvankelijkheidsbeslissing)
 14-09-1999, Hilden, nr. 32523/96, Hudoc
 14-09-1999, Harper, nr. 33222/96, Hudoc
 28-09-1999, Lerchegger, nr. 26644/95, Hudoc
 12-10-1999, Perks e.a., nr. 25277/94, Hudoc
 14-12-1999, Dougan, nr. 44738/98, Hudoc
 16-12-1999, T. v. United Kingdom, nr. 24724/94, Hudoc
 27-01-2000, Donnelly, nr. 43694/98, Hudoc
 01-02-2000, Thomasson en Divier, nr. 44003/98 Hudoc
 08-02-2000, Cooke, nr. 25878/94, Hudoc
 08-02-2000, Prinz, nr. 23867/94, Hudoc
 16-02-2000, Fitt, ECHR 2000, 32
 16-02-2000, Amann, nr. 27798/95, Hudoc
 06-04-2000, Labita, nr. 26772/95, Hudoc
 02-05-2000, Condron, nr. 35718/97, Hudoc
 23-05-2000, Van Pelt, nr. 31070/96, Hudoc

- 06-06-2000, Magee, nr. 28135/95, Hudoc
 06-06-2000, Averill, NJB 2000, 33, p. 1631
 20-06-2000, Foxley, nr. 33274/96, Hudoc
 04-07-2000, Kok, Nieuwsbr.Sr.
 2000, 171
 19-09-2000, Gnahore, NJB 2000, 45,
 p. 2004

Europese Commissie voor de Rechten van de Mens

- 19-12-1960, Ofner, Yearbook 1960, p. 323
 29-09-1975, X v. BRD, DR 3, p. 75
 11-07-1976, DR 10, p. 224
 11-12-1976, X en Y v. BRD, DR 10, p. 224
 08-07-1978, Baader e.a., Europäische
 Grund-rechte-Zeitschrift 978,
 p. 314
 12-07-1978, Bonzi, DR 12, p. 185
 08-03-1979, Artico, B 34
 12-07-1979, Schertenleib, DR 17, p. 185
 09-10-1980, X v. United Kingdom, DR 21,
 p. 126
 09-07-1981, Kröcher and Möller, DR 26,
 p. 24
 06-10-1981, X v. Switzerland, DR 12, p. 238
 12-12-1981, X v. Denemarken, DR 27, p. 50
 14-07-1982, Goddi, B 61
 12-07-1984, Can, B 79
 10-07-1985, Kurup, DR 42, p. 287
 30-11-1994, K.D. v. Nederland, DR 79-A,
 p. 31
 06-04-1995, Mulders, nr. 23231/94 Hudoc
 21-05-1997, Van Ulden, nr. 24588/94,
 Hudoc
 21-05-1997, Ali, nr. 25605/94, Hudoc
 02-07-1997, A.Ö. v. Nederland, nr.
 22411/93, Hudoc
 22-10-1997, Sahin, nr. 28324/95, Hudoc
 11-12-1997, Quinn, nr. 23496/94, Hudoc
 04-03-1998, Lehto, nr. 31042/96, Hudoc
 18-05-1998, Remmers en Hamer, nr.
 29839/96, Hudoc, NJCM-
 Bulletin 1998, p. 866-822
 01-07-1998, Wilkinson, nr. 31145/96,
 Hudoc
 01-07-1998, Hammerstein, NJCM-Bulletin
 1999, p. 113-115
 02-07-1998, Sagir, nr. 32054/96, Hudoc
 09-09-1998, Ayyildiz, nr. 35138/97, Hudoc
 27-10-1998, H.N. v. Italy, nr. 18902/91,
 Hudoc

Mensenrechtencomité

- 26-10-1984, O.F. v. Norway, U.N. Doc.
 CCPR/C/OP/I at 44
 28-03-1995, Perera v. Australia, U.N.Doc.
 CCPR/C/53/D/536/1993
 27-10-1995, Wright v. Jamaica, U.N. Doc.
 CCPR/C/55/D/459/1991
 22-03-1996, Kulomin v. Hungary, U.N.
 Doc. CCPR/C/50/521/1992
 25-03-1996, Graham and Morrison v.
 Jamaica, U.N. Doc.
 CCPR/C/52/D/416/1991
 18-07-1996, Lewis v. Jamaica, U.N. Doc.
 CCPR/C/57/D/527/1993
 18-07-1996, Burrell v. Jamaica, U.N. Doc.
 CCPR/53/D/546/1993
 06-11-1996, Price v. Jamaica, U.N. Doc.
 CCPR/C/58/D/572/1994
 02-04-1997, Michael and Brian Hill v.
 Spain, U.N. Doc.
 CCPR/C/59/526/1993

Joegoslavië Tribunaal

- Trial Chamber II, 02-09-1997, Zdravko
 Mucic, nr. IT-96-21-T
 Appeals Chamber, 31-01-2000, Milan
 Vujin, nr. IT-94-1-A-R77

Hoge Raad

- 11-01-1926, NJ 1926, 147
 20-12-1926, NJ 1927, 85
 17-02-1928, NJ 1928, p. 727
 29-06-1936, NJ 1936, 1070
 10-10-1950, NJ 1951, 356
 13-02-1951, NJ 1951, 476
 06-12-1955, NJ 1956, 52
 27-11-1956, NJ 1957, 309
 13-10-1959, NJ 1960, 206
 26-06-1962, NJ 1962, 470
 07-12-1962, AA 1973, p. 236-253
 23-06-1964, NJ 1965, 129
 20-06-1968, NJ 1968, 332
 04-11-1969, NJ 1970, 128
 19-10-1971, NJ 1972, 493
 23-11-1971, NJ 1972, 293
 30-11-1971, NJ 1972, 77
 31-08-1972, NJ 1973, 223
 23-11-1976, NJ 1977, 535
 22-02-1977, NJ 1977, 352
 19-04-1977, NJ 1978, 270
 03-05-1977, NJ 1978, 298
 24-05-1977, NJ 1978, 316
 18-04-1978, NJ 1978, 365

- 27-06-1978, NJ 1979, 306
 10-04-1979, NJ 1979, 374
 12-06-1979, NJ 1979, 571
 02-10-1979, NJ 1980, 243
 04-12-1979, NJ 1980, 356
 04-12-1979, NJ 1980, 160
 18-12-1979, NJ 1980, 206
 26-02-1980, NJ 1980, 246
 17-06-1980, NJ 1980, 575
 23-09-1980, NJ 1981, 116
 04-11-1980, NJ 1981, 117
 14-04-1981, NJ 1981, 446
 17-11-1981, NJ 1982, 104
 22-12-1981, NJ 1982, 233
 16-02-1982, NJ 1982, 426
 09-03-1982, NJ 1982, 572
 23-03-1982, NJ 1982, 627
 19-04-1983, NJ 1984, 8
 22-11-1983, NJ 1984, 805
 09-10-1984, NJ 1985, 217
 15-01-1985, NJ 1985, 450
 01-03-1985, NJ 1986, 173
 01-03-1985, NJ 1986, 173
 19-03-1985, NJ 1985, 702
 07-06-1985, NJ 1986, 174
 24-09-1985, NJ 1986, 611
 08-10-1985, NJ 1986, 214
 19-11-1985, NJ 1986, 533
 18-02-1986, NJ 1986, 695
 06-05-1986, NJ 1987, 60
 06-05-1986, NJ 1987, 59
 03-06-1986, NJ 1987, 84
 24-06-1986, NJ 1987, 156
 14-10-1986, NJ 1987, 490
 21-10-1986, NJ 1987, 443
 25-11-1986, NJ 1987, 513
 06-03-1987, NJ 1987, 1016
 07-04-1987, NJ 1987, 587
 01-09-1987, NJ 1988, 194
 01-09-1987, NJ 1988, 194
 01-09-1987, NJ 1988, 194
 20-10-1987, NJ 1988, 446
 16-02-1988, NJ 1988, 793
 22-03-1988, NJ 1988, 849
 10-03-1988, NJ 1989, 13
 17-05-1988, NJ 1989, 439
 19-05-1988, NJ 1988, 217
 20-06-1988, NJ 1989, 213
 01-11-1988, NJ 1989, 349
 08-11-1988, NJ 1989, 675
 22-03-1989, NJ 1989, 13
 25-04-1989, NJ 1990, 91
 25-04-1989, NJ 1990, 91
 06-06-1989, NJ 1990, 30
 05-12-1989, NJ 1990, 719
 22-12-1989, NJ 1989, 86
 12-01-1999, NJ 1999, 450
 01-05-1990, NJ 1991, 40
 29-05-1990, NJ 1990, 754
 12-06-1990, NJ 1990, 834
 26-06-1990, NJ 1990, 750
 11-12-1990, NJ 1991, 342
 22-01-1991, NJ 1991, 401
 12-02-1991, NJ 1991, 527
 05-03-1991, NJ 1991, 546
 26-03-1991, NJ 1991, 612
 01-10-1991, NJ 1992, 198
 08-10-1991, NJ 1992, 155
 11-10-1991, NJ 1993, 165
 05-11-1991, NJ 1992, 482
 22-11-1991, NJ 1992, 315
 29-11-1991, NJ 1992, 482
 21-01-1992, NJ 1992, 362
 09-06-1992, NJ 1992, 776
 09-06-1992, DD 1992, 372
 05-01-1993, NJ 1993, 494
 02-02-1993, NJ 1993, 553
 23-02-1993, DD 1993, 322
 23-03-1993, NJ 1993, 696
 01-06-1993, NJ 1994, 67
 29-06-1993, NJ 1993, 692
 16-11-1993, NJ 1994, 428
 01-03-1994, NJ 1994, 526
 29-03-1994, NJ 1994, 553
 29-03-1994, NJ 1994, 552
 26-04-1994, NJ 1994, 736
 29-04-1994, NJ 1994, 537
 14-10-1994, NJ 1994, 118
 06-12-1994, NJ 1995, 515
 06-12-1994, NJ 1995, 516
 14-02-1995, NJ 1995, 405
 18-04-1995, NJ 1996, 73
 21-04-1995, NJ 1996, 39
 23-05-1995, DD 1995, 352
 20-06-1995, DD 1995, 417
 26-09-1995, DD 1996, 30
 17-10-1995, NJ 1996, 147
 24-10-1995, NJ 1996, 484
 12-12-1995, NJ 1996, 275
 19-12-1995, NJ 1996, 249
 07-05-1996, NJ 1996, 687
 07-05-1996, NJ 1996, 557
 24-09-1996, DD 1997, 12
 19-11-1996, NJ 1997, 179
 10-12-1996, DD 1997, 108
 14-01-1997, NJ 1997, 371
 04-02-1997, NJ 1997, 308
 18-02-1997, NJ 1997, 517
 18-02-1997, NJ 1997, 516
 12-03-1997, BNB 1997, 146c
 25-03-1997, NJ 1998, 50
 08-04-1997, NJCM-Bulletin 1998, p. 14

13-05-1997, NJ 1998, 152
 01-07-1997, NJ 1998, 242
 01-07-1997, NJ 1997, 675
 15-09-1997, NJ 1998, 115
 14-10-1997, NJ 1998, 243
 20-01-1998, Nieuwsbr.Sr. 1998, 49
 20-01-1998, NJ 1998, 425
 20-01-1998, DD 1998, 151
 10-03-1998, DD 1998, 199
 24-03-1998, Nieuwsbr.Sr. 1998, 61
 21-04-1998, NJ 1998, 696
 26-05-1998, Nieuwsbr.Sr. 1998, 116
 09-06-1998, NJ 1998, 784
 16-06-1998, NJB 1998, 102, p. 1360
 16-06-1998, NJ 1998, 838
 23-06-1998, NJ 1998, 837
 30-06-1998, NJ 1998, 799
 22-09-1998, NJ 1999, 105
 30-06-1988, NJ 1999, 88
 30-06-1998, NJ 1999, 88
 08-09-1998, NJ 1998, 905
 08-09-1998, NJ 1999, 63
 06-10-1998, NJ 1999, 25
 13-10-1998, Opportuun 1998, p. 17
 03-11-1998, Nieuwsbr.Sr. 1998, 194
 18-12-1998, NJ 2000, 341
 12-01-1999, NJ 1999, 276
 12-01-1999, Nieuwsbr.Sr. 1999, 26
 12-01-1999, NJ 1999, 290
 12-01-1999, NJ 1999, 450
 19-01-1999, NJ 1999, 252
 02-02-1999, NJ 1999, 296
 09-02-1999, Nieuwsbr.Sr. 1999, 37
 16-03-1999, NJ 1999, 370
 06-04-1999, NJ 1999, 565
 16-04-1999, nr. 110.162, niet gepubliceerd
 20-04-1999, Nieuwsbr.Sr. 1999, 111
 18-05-1999, Nieuwsbr.Sr. 1999, 123
 27-05-1999, Nieuwsbr.Sr. 1999, 191
 01-06-1999, NJCM-Bulletin 1999, p. 902-905
 06-07-1999, Nieuwsbr.Sr. 1999, 139
 12-10-1999, Nieuwsbr.Sr. 1999, 201
 19-10-1999, Nieuwsbr.Sr. 1999, 195
 02-11-1999, NJB 1999, 167, p. 2035
 30-11-1999, Nieuwsbr.Sr. 2000, 1
 30-11-1999, NJB 2000, nr. 10, p. 243
 15-02-2000, NJB 2000, 47, p. 726
 14-03-2000, Nieuwsbr.Sr. 2000, 100
 04-04-2000, Nieuwsbr.Sr. 2000, 89
 04-04-2000, NJ 2000, 633
 11-04-2000, Nieuwsbr.Sr. 2000, 127
 09-05-2000, Nieuwsbr.Sr. 2000, 138
 24-10-2000, Nieuwsbr.Sr. 2000, 236
 10-10-2000, Nieuwsbr.Sr. 2000, 221

Hof Amsterdam

22-01-1987, NJ 1987, 514
 25-04-1996, NJCM-bulletin 1997, p. 21-23
 26-10-1996, NJ 1997, 94
 28-04-1998, Nieuwsbr.Sr. 1998, 121
 28-09-1998, NJCM-Bulletin 1999, p. 48-50; Nieuwsbr.Sr. 1999, 79
 14-10-1998, Nieuwsbr.Sr. 1999, 28
 27-01-1999, NJ 1999, 254
 29-03-1999, Nieuwsbr.Sr. 1999, 79; NJCM-Bulletin 1999, p. 468-476
 13-04-1999, Nieuwsbr.Sr. 1999, 133
 01-07-1999, Nieuwsbr.Sr. 1999, 144
 07-11-2000, Nieuwsbr.Sr. 2000, 249

Hof Arnhem

24-09-1991, NJ 1992, 66
 15-04-1993, NJ 1993, 487
 13-12-1994, NJ 1996, 241

Hof Den Bosch

25-03-1948, NJ 1949, 34
 14-07-1994, NJ 1994, 687
 14-07-1994, NJ 1994, 678
 02-11-1996, NJ 1996, 155
 27-02-1998, NJ 1998, 518
 22-06-2000, Nieuwsbr.Sr. 2000, 194
 01-11-2000, Nieuwsbr.Sr. 2000, 250

Hof Den Haag

31-10-1985, NJ 1987, 494
 18-05-1995, NJ 1996, 226
 17-02-1999, Nieuwsbr.Sr. 1999, 47
 19-04-1999, Nieuwsbr.Sr. 1999, 63
 10,15 en 22 december 1999, NJCM-Bulletin 2000, p. 789-793
 22-12-1999, Nieuwsbr.Sr. 2000, 61
 21-03-2000, Nieuwsbr.Sr. 2000, 165
 30-06-2000, Nieuwsbr.Sr. 2000, 192
 25-04-2000, Nieuwsbr.Sr. 2000, 205

Hof Leeuwarden

27-10-1999, Nieuwsbr.Sr. 1999, 241

President Rb Amsterdam

24-02-2000, Opportuun mei 2000, p. 19

President Rechtbank Den Haag

- 22-04-1983, Rechtshulp 1983, p. 49
 18-12-1984, PI 1985, p. 86-89
 23-07-1993, Sancties 1993, 55

Rechtbank Alkmaar

- 30-04-1974, NJ 1975, 316
 09-01-1986, NJB 1986, p. 878
 15-01-1987, NJ 1987, 547

Rechtbank Almelo

- 22-11-1984, NJ 1985, 326

Rechtbank Amsterdam

- 03-05-1940, NJ 1940, 494
 29-09-1995, AWB 95/7911 WRB, AWB
 95/8396 WRB, <www.rvr.org>
 22-02-1996, KG 1996, 124
 21-08-1997, NJB 1997, p. 1531;
 Nieuwsbr.Sr. 1997, 6
 06-02-1998, NJ 1998, 322
 09-10-1998, Nieuwsbr.Sr. 1998, 183
 02-09-1999, Nieuwsbr.Sr. 1999, 249
 31-03-2000, Nieuwsbr.Sr. 2000, 148
 10-04-2000, Nieuwsbr.Sr. 2000, 146
 04-08-2000, nr. RK 00/2549, niet gepubl.

Rechtbank Arnhem

- 22-03-1979, NJ 1979, 298

Rechtbank Breda

- 16-05-1988, NJ 1988, 769

Rechtbank Den Bosch

- 01-09-1995, NJ 1996, 29

Rechtbank Den Haag

- 17-12-1997, Nieuwsbr.Sr. 1997, 7
 23-09-1999, nr. AWB 98/6800
 BESLUI, niet gepubl.

Rechtbank Dordrecht

- 19-03-1955, NJ 1955, 633
 14-08-1986, NJ 1987, 675

Rechtbank Haarlem

- 20-05-1987, NJ 1988, 600

Rechtbank Leeuwarden

- 19-01-1978, NJ 1978, 612
 15-03-1978, NJ 1978, 427
 03-07-1998, NJ 1999, 14

Rechtbank Maastricht

- 19-09-1975, NJ 1976, 195

Rechtbank Roermond

- 05-02-1997, NJ 1998, 14

Rechtbank Zwolle

- 25-07-1997, NJ 1997, 619
 22-02-2000, Nieuwsbr.Sr. 2000, 197

Raad van State

- 13-11-1997, H01.96.0821, <www.rvr.org>
 13-11-1997, H01.96.1159, <www.rvr.org>
 20-07-2000, NJB 2000, 33, p. 1677

College van Beroep voor het Bedrijfsleven

- 23-04-1996, nr. 95/0940/075/200, Adv.bl.
 1996, p. 570
 23-04-1996, nr. 95/0941/075/200, Adv.bl.
 1996, p. 573

Beroepscommissie uit de Centrale Raad voor Strafrechtstoepassing

- 20-02-1980, PI 1980, 54
 05-06-1980, PI 1981, 48
 28-08-1980, PI 1980, 84
 02-07-1981, PI 1981, 64
 15-11-1982, PI 1983, 15
 15-06-1983, PI 1983, 95
 01-12-1983, PI 1984, 25
 15-02-1984, PI 1984, 38
 15-06-1984, PI 1984, 66
 05-02-1985, PI 1985, 39
 16-12-1985, PI 1986, 35
 28-10-1986, PI 1987, 6
 11-06-1987, Rechtshulp 1987, p. 64
 01-12-1987, PI 1988, 48
 03-04-1989, PI 1989, 115
 13-10-1989, Sancties 1990, 11
 27-12-1989, Sancties 1990, 36
 27-08-1990, Sancties 1991, 37
 21-01-1991, A 90/ 243
 04-02-1994, Sancties 1994, 30
 18-03 1994, A 94/30
 27-07-1994, Sancties 1994, 57

15-12-1994, Sancties 1995, 22
 04-06-1997, Sancties 1997, 52
 02-04-1998, A 97/655 en A 97/920
 11-05-1998, nr. A 98/206
 18-05-1998, A/ 98, 474
 29-06-1998, Sancties 1998, 48
 12-11-1998, A 98/1189
 21-04-1999, A 99/68/GA
 16-08-1999, A99/367/GA
 14-04-2000, A99/1302/GA

Hof van Discipline

28-04-1955, Adv.bl. 1956, p. 142
 28-04-1955, Adv.bl. 1956, p. 110
 29-10-1956, Adv.bl. 1956, p. 424
 08-06-1959, Adv.bl. 1960, p. 148
 02-08-1966, Adv.bl. 1967, p. 203
 24-05-1971, Adv.bl. 1972, p. 253
 14-10-1974, Adv.bl. 1975, p. 111
 22-12-1976, Adv.bl. 1977, p. 561
 17-04-1978, Adv.bl. 1979, p. 133
 04-02-1980, Adv.bl. 1980, p. 504
 28-04-1980, Adv.bl. 1981, p. 220
 29-09-1980, Adv.bl. 1981, p. 428
 14-09-1981, Adv.bl. 1982, p. 107
 14-09-1981, Adv.bl. 1983, p. 162
 16-11-1981, Adv.bl. 1983, p. 163
 25-01-1982, Adv.bl. 1984, p. 252
 05-04-1982, Adv.bl. 1983, p. 137
 25-04-1983, Adv.bl. 1983, p. 423
 26-09-1983, Adv.bl. 1984, p. 248
 29-11-1983, Adv.bl. 1984, p. 434
 18-08-1986, Adv.bl. 1987, p. 416
 10-06-1987, Adv.bl. 1988, p. 251
 21-09-1987, Adv.bl. 1988, p. 405
 21-09-1987, nr. 1015, niet gepubl.
 04-01-1988, Adv.bl. 1988, p. 270
 18-01-1988, Adv.bl. 1988, p. 272
 03-10-1988, Adv.bl. 1989, p. 200
 17-10-1988, nr. 1219, niet gepubl.
 16-01-1989, Adv.bl. 1990, p. 147
 20-03-1989, Adv.bl. 1989, p. 548
 20-03-1989, nr. 1160, niet gepubl.
 01-05-1989, nr. 1285, niet gepubl.
 19-06-1989, Adv.bl. 1990, p. 583
 28-08-1989, Adv.bl. 1990, p. 418
 18-09-1989, nr. 1159, niet gepubl.
 09-10-1989, Adv.bl. 1990, p. 224
 27-11-1989, Adv.bl. 1990, p. 551
 18-12-1989, Adv.bl. 1990, p. 202
 08-01-1990, Adv.bl. 1990, p. 244
 22-01-1990, nr. 1408, niet gepubl.
 05-03-1990, nr. 1291, niet gepubl.
 19-03-1990, Adv.bl. 1990, p. 521
 27-08-1990, nr. 1427, niet gepubl.

10-09-1990, nr. 1392, niet gepubl.
 17-12-1990, Adv.bl. 1991, p. 541
 04-02-1991, Adv.bl. 1991, p. 436
 04-02-1991, Adv.bl. 1991, p. 436
 18-03-1991, Adv.bl. 1992, p. 552
 08-04-1991, Adv.bl. 1992, p. 17
 22-04-1991, Adv.bl. 1992, p. 496
 17-06-1991, nr. 1526, niet gepubl.
 18-11-1991, Adv.bl. 1992, p. 266
 02-12-1991, Adv.bl. 1992, p. 126
 13-01-1992, Adv.bl. 1992, p. 635
 16-03-1992, Adv.bl. 1992, p. 664
 06-07-1992, nr. 1643, niet gepubl.
 01-02-1993, Adv.bl. 1993, p. 645
 01-02-1993, Adv.bl. 1993, p. 501
 14-06-1993, nr. 1750, niet gepubl.
 23-08-1993, Adv.bl. 1994, p. 246
 06-12-1993, Adv.bl. 1997, p. 407
 14-03-1994, Adv.bl. 1994, p. 945
 02-05-1994, Adv.bl. 1994, p. 772
 20-06-1994, Adv.bl. 1995, p. 911
 22-08-1994, Adv.bl. 1995, p. 912
 24-10-1994, Adv.bl. 1995, p. 961
 05-12-1994, Adv.bl. 1995, p. 1017
 05-12-1994, Adv.bl. 1995, p. 963
 30-01-1995, Adv.bl. 1995, p. 1137
 27-03-1995, Adv.bl. 1995, p. 1142
 03-04-1995, nr. 2020, niet gepubl.
 28-08-1995, nr. 2021, niet gepubl.
 06-11-1995, nr. 1962, niet gepubl.
 22-01-1996, Adv.bl. 1996, p. 1105
 01-04-1996, nr. 2141, niet gepubl.
 22-04-1996, Adv.bl. 1997, p. 264
 08-07-1996, Adv.bl. 1997, p. 809
 26-08-1996, Adv.bl. 1997, p. 621
 26-08-1996, Adv.bl. 1997, p. 1277
 09-09-1996, Adv.bl. 1997, p. 814
 13-01-1997, nr. 2258, niet gepubl.
 25-08-1997, Adv.bl. 1998, p. 1160
 12-01-1998, Adv.bl. 1998, p. 1227
 06-04-1998, nr. 2522, niet gepubl.
 11-05-1998, nr. 2470, niet gepubl.
 15-06-1998, Adv.bl. 1999, p. 235
 06-07-1998, nr. 2660, niet gepubl.
 13-07-1998, Adv.bl. 1999, p. 236
 07-09-1998, Adv.bl. 1999, p. 458
 09-11-1998, Adv.bl. 1999, p. 796
 14-12-1998, Adv.bl. 1999, p. 1106
 01-02-1999, Adv.bl. 2000, p. 351
 15-03-1999, Adv.bl. 2000, p. 311
 17-05-1999, Adv.bl. 2000, p. 136
 27-08-1999, Adv.bl. 2000, p. 428
 08-11-1999, Adv.bl. 2000, p. 508
 01-11-1999, Adv.bl. 2000, p. 633
 20-12-2000, Adv.bl. 2000, p. 846
 20-12-2000, Adv.bl. 2000, p. 845

Raad van Toezicht Amsterdam

Datum onb., Adv.bl. 1952, p. 88
 06-04-1956, Adv.bl. 1958, p. 582
 06-06-1956, Adv.bl. 1959, p. 114
 22-01-1959, Adv.bl. 1963, p. 340
 28-06-1960, Adv.bl. 1964, p. 323
 23-11-1962, Adv.bl. 1965, p. 356
 22-04-1966, Adv.bl. 1969, p. 67
 20-01-1967, Adv.bl. 1971, p. 287
 22-04-1977, Adv.bl. 1978, p. 605
 07-07-1978, Adv.bl. 1979, p. 201
 15-10-1981, Adv.bl. 1982, p. 547
 09-12-1983, Adv.bl. 1985, p. 87

Raad van Toezicht Arnhem

20-04-1983, Adv.bl. 1984, p. 26

Raad van Toezicht Assen

30-03-1955, Adv.bl. 1957, p. 86

Raad van Toezicht Breda

01-04-1960, Adv.bl. 1960, p. 268
 22-09-1977, Adv.bl. 1979, p. 135
 09-09-1982, Adv.bl. 1983, p. 430

Raad van Toezicht Den Bosch

21-12-1954, Adv.bl. 1956, p. 428
 30-01-1957, Adv.bl. 1961, p. 89
 13-02-1978, Adv.bl. 1979, p. 136
 22-03-1984, Adv.bl. 1984, p. 531

Raad van Toezicht Den Haag

14-07-1958, Adv.bl. 1961, p. 535
 07-12-1976, Adv.bl. 1979, p. 19
 19-06-1984, Adv.bl. 1985, p. 69

Raad van Toezicht Groningen

17-05-1956, Adv.bl. 1959, p. 50
 26-02-1960, Adv.bl. 1964, p. 491
 11-01-1963, Adv.bl. 1966, p. 441

Raad van Toezicht Haarlem

01-07-1960, Adv.bl. 1964, p. 401
 29-09-1961, Adv.bl. 1964, p. 456

Raad van Toezicht Leeuwarden

29-06-1961, Adv.bl. 1965, p. 230

Raad van Toezicht Maastricht

17-10-1961, Adv.bl. 1965, p. 27
 27-01-1967, Adv.bl. 1971, p. 289
 05-12-1980, Adv.bl. 1981, p. 408
 25-09-1981, Adv.bl. 1982, p. 242

Raad van Toezicht Roermond

07-04-1960, Adv.bl. 1964, p. 154
 09-09-1964, Adv.bl. 1967, p. 272

Raad van Toezicht Rotterdam

05-07-1960, Adv.bl. 1964, p. 221
 12-12-1975, Adv.bl. 1976, p. 341
 23-10-1986, nr. 683f, niet gepubl.

Raad van Toezicht Utrecht

09-12-1955, Adv.bl. 1958, p. 103
 15-11-1956, Adv.bl. 1959, p. 640
 23-05-1978, Adv.bl. 1979, p. 200

Raad van Toezicht Zutphen

29-04-1975, Adv.bl. 1975, p. 697
 19-02-1981, Adv.bl. 1981, p. 521

Raad van Toezicht Zwolle

10-11-1960, Adv.bl. 1964, p. 505

Raad van Discipline Amsterdam

Datum onb., Adv.bl. 1995, p. 1020
 15-06-1987, nr. 87/07 A, niet gepubl.
 29-02-1988, Adv.bl. 1988, p. 572
 13-03-1989, nr. 88/99 U, niet gepubl.
 12-06-1989, nr. 89/22 A, niet gepubl.
 22-01-1990, Adv.bl. 1991, p. 82
 29-06-1992, Adv.bl. 1993, p. 272
 16-11-1992, Adv.bl. 1993, p. 529
 08-03-1993, Adv.bl. 1993, p. 696
 07-02-1994, nrs. 93/66 A en 93/67 A, niet gepubl.
 30-05-1994, Adv.bl. 1995, p. 911
 30-05-1994, Adv.bl. 1995, p. 911
 18-07-1994, nr. 94/09A, niet gepubl.
 19-12-1994, nr. 94/77, niet gepubl.
 10-04-1995, Adv.bl. 1996, p. 92
 08-05-1995, Adv.bl. 1996, p. 210
 20-11-1995, nr. 95/55 A, niet gepubl.
 18-12-1995, nr. 95/96 U, niet gepubl.
 18-11-1996, nr. 96/054 U, niet gepubl.
 02-12-1996, nr. R. 1077/96.38, niet gepubl.
 16-12-1996, nr. 96/075 H, niet gepubl.

10-02-1997, nr. 96/025 U, niet gepubl.
 21-04-1997, Adv.bl. 1998, p. 442
 17-06-1997, Adv.bl. 1997, p. 677
 18-08-1997, Adv.bl. 1998, p. 507
 16-02-1998, Adv.bl. 1999, p. 234
 08-06-1998, nr. 98/021 H, niet gepubl.
 16-11-1998, Adv.bl. 1999, p. 1010
 30-11-1998, 98/068 A, niet gepubl.
 07-12-1998, nr. 98/060 H, niet gepubl.
 06-09-1999, Adv.bl. 2000, p. 472,
 13-12-2000, Adv.bl. 2000, p. 790

Raad van Discipline Arnhem

24-08-1987, nr. 87-27, niet gepubl.
 07-12-1987, Adv.bl. 1988, p. 437
 10-09-1988, nr. 87-48, niet gepubl.
 26-03-1991, Adv.bl. 1992, p. 103
 30-12-1991, Adv.bl. 1992, p. 418
 30-12-1991, Adv.bl. 1992, p. 418
 16-03-1992, Adv.bl. 1993, p. 108
 01-06-1992, Adv.bl. 1993, p. 202
 08-04-1993, Adv.bl. 1994, p. 85
 08-04-1993, Adv.bl. 1994, p. 346
 26-04-1993, Adv.bl. 1994, p. 85
 26-04-1993, nr. 92-89, niet gepubl.
 22-11-1993, nr. 93-52, niet gepubl.
 22-08-1994, nr. 94-24, niet gepubl.
 20-04-1998, nr. 97-72, niet gepubl.
 14-09-1998, Adv.bl. 1999, p. 696

Raad van Discipline Den Bosch

15-12-1986, nr. B 26-1986, niet gepubl.
 16-02-1987, nr. R 68-1986, niet gepubl.
 22-06-1987, nr. H 56-1987
 14-09-1987, Adv.bl. 1988, p. 571
 25-01-1988, nr. B 44-1987, niet gepubl.
 11-04-1988, Adv.bl. 1989, p. 650
 30-05-1988, nr. R 32-1988, niet gepubl.
 13-06-1988, nr. R 124-1987, niet gepubl.
 08-08-1988, nr. R 141-1987, niet gepubl.
 06-09-1988, nr. B 26-1986, niet gepubl.
 24-10-1988, Adv.bl. 1989, p. 570
 12-12-1988, Adv.bl. 1989, p. 375
 07-10-1991, nr. M 32-1991, niet gepubl.
 13-01-1992, Adv.bl. 1992, p. 468
 13-04-1992, nr. M 74-1991, niet gepubl.
 06-07-1992, Adv.bl. 1993, p. 272
 16-11-1992, nr. H 34-1992, niet gepubl.
 21-12-1992, nr. H 54-1992, niet gepubl.
 01-03-1993, nr. M 74-1992, niet gepubl.
 22-03-1993, nr. X 43-1992, niet gepubl.
 07-06-1993, nr. M 32-1992, niet gepubl.
 06-09-1993, nr. B 78-1992, niet gepubl.
 08-11-1993, nr. M 17-1993, niet gepubl.

20-12-1993, nrs. H 27-1990 en H 91-1991,
 niet gepubl.
 07-02-1994, Adv.bl. 1995, p. 350
 09-05-1994, nr. M 1-1994, niet gepubl.
 09-05-1994, Adv.bl. 1995, p. 122
 10-04-1995, nr. M 91-1994, niet gepubl.
 06-11-1995, nr. R 57-1995, niet gepubl.
 08-05-1995, nr. H 110-1994, niet gepubl.
 18-12-1995, nr. M 96-1995, niet gepubl.
 25-11-1996, Adv.bl. 1997, p. 879
 24-03-1997, nr. H 153-1996, niet gepubl.
 12-05-1997, Adv.bl. 1998, p. 376
 12-05-1997, nr. R 138 b-1996, niet gepubl.
 06-10-1997, Adv.bl. 1998, p. 1224
 09-02-1998, Adv.bl. 1999, p. 348
 20-04-1998, nr. H 139-1997, niet gepubl.
 07-02-2000, Adv.bl. 2000, p. 884

Raad van Discipline Den Haag

07-12-1987, nr. R 140/87.52, niet gepubl.
 21-12-1987, Adv.bl. 1988, p. 406
 04-01-1988, nr. R 142/87.54, niet gepubl.
 21-03-1988, nr. R 177/87.89, niet gepubl.
 05-12-1988, nr. R 219/88.34, niet gepubl.
 05-06-1989, nr. R 276/88.91, niet gepubl.
 11-12-1989, nr. R 353/89.59, niet gepubl.
 22-04-1991, Adv.bl. 1992, p. 44
 02-12-1991, nr. R 542/91.40, niet gepubl.
 11-01-1993, nr. R 639/92.52, niet gepubl.
 21-06-1993, nr. R 704/93.19, niet gepubl.
 21-06-1993, nr. R 706/93.21, niet gepubl.
 16-05-1994, Adv.bl. 1995, p. 395
 24-10-1994, Adv.bl. 1995, p. 962
 07-11-1994, nr. R 767/93.82, niet gepubl.
 21-11-1994, nr. R 829/94.43, niet gepubl.
 08-05-1995, Adv.bl. 1996, p. 210
 20-05-1996, nr. R 1038/95.127, niet gepubl.
 01-07-1996, nr. R 1022/95.111, niet gepubl.
 04-11-1996, Adv.bl. 1998, p. 30
 16-12-1996, nr. R 1033/95.122, niet gepubl.
 16-12-1996, nr. R 1101/96.62, niet gepubl.
 06-01-1997, nr. R 1044/96.05, niet gepubl.
 02-06-1997, nr. R 1192/96.153, niet gepubl.
 02-06-1997, Adv.bl. 1998, p. 377
 20-04-1998, Adv.bl. 1999, p. 175
 25-01-1999, nr. R 1345/97.204, niet gepubl.
 17-01-2000, nr. R 1673/99.77, niet gepubl.

Raad van Discipline Leeuwarden

- 05-06-1987, nr. 19/86 niet gepubl.
- 15-12-1989, Adv.bl. 1990, p. 420
- 14-01-1994, nr. 29/93, niet gepubl.
- 02-12-1994, nr. 9/94, niet gepubl.
- 07-05-1996, Adv.bl. 1997, p. 312
- 07-05-1996, nr. 43/95, niet gepubl.
- 04-11-1996, nr. 29/96, niet gepubl.
- 13-06-1997, nr. 80/96, niet gepubl.
- 12-02-1999, Adv.bl. 1999, p. 1057

Dankwoord

Het is een voorrecht om de gelegenheid en de tijd te krijgen om onderzoek te doen en te schrijven. Ik heb ervan genoten, met name in de periode dat ik vrijgesteld van alle andere werkzaamheden kon doorwerken. Ik wil iedereen danken die in verband hiermee taken van mij heeft overgenomen. Daarnaast hebben velen mij geholpen met het zoeken naar literatuur en jurisprudentie, met het spitten in archieven van de Orde van Advocaten en met het nakijken en corrigeren van dit boek. Een aantal van hen wil ik met name noemen. In de eerste plaats mijn collega's van de Advocatenpraktijk Universiteit Maastricht, Judith Serrarens, Richard Verkijk en Elles Ramakers, die als vanzelfsprekend mijn zaken hebben overgenomen. Mijn promotoren Gerard Mols en Ties Prakken waren er steeds als ik ze nodig had. Richard Verkijk en Jürgen Wöretshofer hebben mij met hun kritiek op bepaalde passages geholpen knopen door te hakken. En dan is er Marjo Mullers, die veel van haar vrije tijd heeft gestoken in de opmaak van dit boek en altijd vrolijk en opgewekt in een enorm tempo correctie na correctie heeft verwerkt.

Curriculum vitae

Taru Spronken is geboren op 19 februari 1956 te Beek Limburg. In 1974 haalde zij haar atheneumdiploma aan de Scholengemeenschap Sint Michiel te Geleen. Zij studeerde rechten in Utrecht en vestigde zich in 1979 als advocaat in Maastricht. In 1987 stapte zij over naar de Universiteit Maastricht. Daar is zij als universitair docent verbonden aan de capaciteitsgroep Strafrecht en Criminologie. Zij is nauw betrokken geweest bij de oprichting en ontwikkeling van de Advocatenpraktijk Universiteit Maastricht, waarin studenten in de laatste fase van hun studie werkzaam kunnen zijn en is als advocaat aan deze praktijk verbonden. Haar bijzondere belangstelling gaat uit naar de betekenis van het EVRM voor het Nederlandse strafproces. Zij was als raadvrouw betrokken bij de Kostovski zaak (EHRM 20-11-1989) en de Van Mechelen zaak (EHRM 23-04-1997). Zij maakt deel uit van de Adviescommissie Strafrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en is lid van de redactie van de Nieuwsbrief Strafrecht en de rubriek Advocatuur in Delikt en Delinkwent. Zij is getrouwd met Gijs Romme en samen hebben zij twee zonen, Kai en Michiel.