

Standpunt Nederlandse orde van advocaten (NOvA)

met betrekking tot stemming over het (bij amendement) gewijzigde voorstel tot aanpassing van de Penitentiaire beginselenwet

De Tweede Kamer heeft naar aanleiding van het plenaire debat over de Penitentiaire beginselenwet een tweetal amendementen¹ aangenomen die tot doel hebben auditief toezicht op gesprekken tussen gedetineerden en hun advocaat mogelijk te maken. De NOvA stelt zich op het standpunt dat het wetsvoorstel daardoor juridisch onhoudbaar is geworden en adviseert Kamerleden om tegen de wet in deze vorm te stemmen.

De vertrouwelijkheid van het contact tussen advocaat en cliënt wordt beschermd door wetten en verdragen, onder meer door artikel 6 en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en door artikel 4 van de EU-Richtlijn betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures. Gedetineerden hebben recht op vertrouwelijke communicatie met hun advocaat, ook in een detentiesituatie. Het gaat hierbij om een met het recht op effectieve bijstand en een eerlijk proces samenhangend fundamenteel recht waarover het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zich regelmatig heeft uitgesproken (zie [bijlage](#)). Wanneer een advocaat niet vertrouwelijk met zijn of haar cliënt kan communiceren kan geen effectieve bijstand worden verleend en handelt de staat in strijd met wetten en verdragen.

Het parlement dient als er als medewetgever zorg voor te dragen dat wetgeving bijdraagt aan de samenleving. Artikel 94 van de Grondwet bepaalt bovendien dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze niet verenigbaar zijn met eenieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Van voorliggend wetsvoorstel is op voorhand duidelijk dat deze op onderdelen strijd oplevert met hoger recht. Om die reden zou de Kamer niet met het voorstel in de huidige vorm moeten instemmen.

Robert Crince le Roy, algemeen deken NOvA

Jeroen Soeteman, lid algemene raad NOvA

¹ <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2024Z03560&did=2024D08379> en <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2024Z03582&did=2024D08386> waardoor de huidige tekst van het wetsvoorstel als volgt luidt: <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?cfg=wetsvoorsteldetails&qry=wetsvoorstel%3A36372>.

Bijlagen:

- i) *Juridisch kader zoals uiteengezet in de Conclusie van PG Silvis van 12 januari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:18²*

Artikel 6 EVRM: Vertrouwelijkheid en effectieve rechtsbijstand

3.2.

Verdachten hebben recht op onbelemmerde en vertrouwelijke communicatie met hun raadsman, ook in de detentiesituatie. Het gaat hierbij bovenal om een met het recht op effectieve rechtsbijstand samenhangend fundamenteel recht waarover het EHRM zich regelmatig heeft uitgesproken.

3.3.

Het recht op effectieve rechtsbijstand in strafzaken dat is gewaarborgd in artikel 6 lid 3 EVRM in verband met artikel 6 lid 1 EVRM, omvat het recht van de verdachte om zich ook tijdens detentie ongestoord en vertrouwelijk ('in private') te onderhouden met zijn advocaat (artikel 6 lid 3 onder c EVRM).⁵ Vertrouwelijk contact tussen de advocaat en zijn cliënt mag in de detentiesituatie alleen in uitzonderlijke omstandigheden worden beperkt (Saknovskiy t. Rusland [GC], § 102)⁶. Wanneer een advocaat niet ongestoord met zijn cliënt kan overleggen en geen vertrouwelijke instructies kan ontvangen zonder aan toezicht ('surveillance') te zijn onderworpen, verliest zijn bijstand aan nut (S. t. Zwitserland, § 487; Brennan t. Verenigd Koninkrijk, § 58)⁸. Geen enkele beperking in de relatie tussen cliënt en advocaat, ongeacht of die onbedoeld voortvloeit uit de omstandigheden of opzettelijk is opgelegd, mag afbreuk doen aan het recht op effectieve rechtsbijstand van een verdachte (Saknovskiy t. Rusland [GC], § 102).

3.4.

Voorbeelden van beperkingen waaraan in dit verband gedacht moet worden zijn het af luisteren of aftappen van telefonische gesprekken tussen een verdachte en zijn advocaat (Zagaria t. Italië, § 36)⁹; het te zeer beperken van bezoek in duur en aantal door de advocaat aan zijn cliënt (Öcalan t. Turkije [GC], § 135)¹⁰; het ontbreken van privacy in een video-conferentie (Saknovskiy t. Rusland [GC], § 104; Gorbunov en Gorbachev t. Rusland, § 37)¹¹; toezicht door de vervolgende autoriteiten van een onderhoud (Rybacki t. Polen, § 58)¹²; toezicht door de onderzoeksrechter op contacten van de gedetineerde met zijn advocaat (Lanz t. Oostenrijk, § 52: 'very weighty reasons should be given for its justification. This was so in the case of Kempers v. Austria where the applicant was suspected of being the member of a gang and utmost confidentiality was necessary in order to catch the other members (No. 21842/93, Kempers v. Austria, Dec. 27.2.97, unpublished).')¹³; toezicht op communicatie tussen de verdachte en zijn advocaat in de rechtszaal (Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland, §§ 642-647)¹⁴, en het door sanctiedreiging belemmeren van de vrije communicatie tussen de verdachte en zijn advocaat (M. t. Nederland, § 92)¹⁵.

3.5.

Beperkingen van het recht op onbelemmerde communicatie tussen de advocaat en zijn cliënt buiten aanwezigheid van een derde, zijn slechts toelaatbaar als daar een goede reden voor bestaat, maar ook dan slechts in zoverre daardoor het recht op een eerlijk proces niet wordt geschaad (Öcalan t. Turkije [GC], § 133). Een goede reden moet dwingend zijn ('compelling reason', Moroz t. Oekraïne, §§ 67-70). Dwingende redenen kunnen bestaan wanneer overtuigend is aangetoond dat de beperkingen van vertrouwelijke communicatie tussen de advocaat en zijn cliënt waren gericht op het voorkomen van collusiegevaar samenhangend met die communicatie of handelen in strijd met de professionele ethiek door de advocaat en/ of onrechtmatig gedrag (S. t. Zwitserland, § 49; Rybacki t. Polen, § 59), waaronder verdenking van misbruik van vertrouwelijkheid of risico's voor de veiligheid (Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland, § 641).

3.6.

² Van latere datum is ook de zaak Demirtas en Yüsekdog Senoglu t. Turkije. Hierin overweegt het EHRM dat rechtsbijstand niet effectief is als een gedetineerde geen vertrouwelijke gesprekken kan hebben met zijn advocaat. Aangezien het recht op rechtsbijstand een fundamenteel recht is van gedetineerden, mag een inbreuk daarop volgens het EHRM alleen plaatsvinden in uitzonderlijke gevallen en er moeten voldoende waarborgen zijn tegen misbruik.

Het effect van de duur en de intensiteit van eventuele beperkingen moet in de hoofdprocedure uiteindelijk worden afgewogen in het kader van de beoordeling van de eerlijkheid van het proces (Rybacki t. Polen, § 61), waarbij het gepast kan zijn te betrekken in hoeverre de uitlatingen van een verdachte die vertrouwelijke communicatie met zijn advocaat ontbeerde, in de procedure tegen hem gebruikt zijn (Moroz t. Oekraïne, § 72)¹⁶.

Artikel 8 EVRM en vertrouwelijke communicatie met de raadsman 17

3.7.

Dat de communicatie van een advocaat met zijn cliënt niet alleen beschermd wordt in het kader van artikel 6 EVRM maar ook door artikel 8 EVRM, los van de specifieke vorm waarin die plaats heeft omdat deze communicatie valt in het domein van persoonlijk leven, is door het EHRM voor het eerst nadrukkelijk uitgemerkt in Altay t. Turkije (no. 2, (§ 49)¹⁸. Het gaat in het mondelinge onderhoud of de schriftelijke correspondentie tussen een advocaat en diens cliënt immers vaak om intieme en persoonlijke gegevens. Het recht op bescherming van het persoonlijk leven tegen inmenging is geen absoluut recht, beperkingen zijn toelaatbaar mits voorzienbaar en mits daarmee een legitiem doel wordt gediend. De toets van beperkingen aan artikel 8 lid 2 EVRM van wettelijke grondslag en noodzakelijkheid in een democratische samenleving en proportionaliteit in relatie tot het doel, is toepasselijk. Het voorkomen van misdrijven en het waarborgen van veiligheid in gevangenissen zijn voorbeelden van toelaatbare gronden voor inmenging in het persoonlijk leven (Altay t. Turkije § 52 en Doerga t. Nederland, § 53).¹⁹

3.8.

Artikel 8 EVRM geeft zowel bescherming aangaande de correspondentie met de actuele raadsman van een gevangene alsook met een mogelijk toekomstige raadsman (Schönenberger and Durmaz t. Zwitserland, § 29).²⁰ Het Hof beschouwt deze correspondentie als bijzonder beschermenswaardig, dus geprivilegieerd (Campbell t. Verenigd Koninkrijk, § 48)²¹.

ii) *Aanvullend juridisch kader: artikel 4 van de EU-richtlijn betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures*

Artikel 4

Vertrouwelijkheid

De lidstaten eerbiedigen het vertrouwelijke karakter van de communicatie tussen de verdachten of beklaagden en hun advocaat bij de uitoefening van het recht op toegang tot een advocaat op grond van deze richtlijn. Die communicatie omvat ontmoetingen, briefwisseling, telefoongesprekken en elke andere vorm van communicatie die krachtens het nationale recht is toegestaan.

Overwegingen

33) Het vertrouwelijke karakter van de communicatie tussen verdachten of beklaagden en hun advocaat is van essentieel belang voor de daadwerkelijke uitoefening van de rechten van de verdediging. De lidstaten dienen derhalve het vertrouwelijke karakter van de ontmoetingen en elke andere vorm van communicatie tussen de advocaat en de verdachte of beklaagde bij de uitoefening van het recht op toegang tot een advocaat op grond van deze richtlijn zonder uitzondering te eerbiedigen. Deze richtlijn laat de procedures met betrekking tot de situatie waarin objectieve en feitelijke omstandigheden erop wijzen dat de advocaat ervan wordt verdacht samen met de verdachte of beklaagde bij een strafbaar feit betrokken te zijn, onverlet. Elke criminele handeling van een advocaat mag niet worden beschouwd als rechtmatige bijstand aan verdachten of beklaagden binnen het kader van deze richtlijn. De verplichting het vertrouwelijke karakter te eerbiedigen betekent niet alleen dat de lidstaten die communicatie niet mogen belemmeren noch daar toegang tot mogen hebben, maar ook dat, indien de verdachten of beklaagden hun vrijheid is ontnomen of zich op andere wijze onder de controle van de staat bevinden, de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat regelingen voor communicatie de vertrouwelijkheid daarvan handhaven en beschermen. Dit laat in detentiecentra

aanwezige mechanismen om te voorkomen dat gedetineerden illegale zendingen ontvangen, zoals bijvoorbeeld het screenen van briefwisseling, onverlet, mits dergelijke mechanismen de bevoegde autoriteiten niet toestaan de communicatie tussen de verdachten of beklaagden en hun advocaat te lezen. Deze richtlijn laat tevens nationaalrechtelijke procedures onverlet op grond waarvan het doorsturen van briefwisseling kan worden geweigerd indien de verzender er niet mee instemt dat de briefwisseling eerst aan een bevoegde rechtbank wordt voorgelegd.

34) Een eventuele schending van het vertrouwelijke karakter als louter nevenverschijnsel van een wettige observatie door de bevoegde autoriteiten moet door deze richtlijn onverlet worden gelaten. Ook dient deze richtlijn de werkzaamheden onverlet te laten die, bijvoorbeeld, door de nationale inlichtingendiensten worden verricht met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid overeenkomstig artikel 4, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU), of die onder het toepassingsgebied vallen van artikel 72 VWEU, op grond waarvan titel V betreffende de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht bepaalt dat de uitoefening van de verantwoordelijkheid van de lidstaten voor de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de binnenlandse veiligheid onverlet moet worden gelaten.