

PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Advies

voor [REDACTED] (ministerie van Justitie en Veiligheid)
van [REDACTED] (kantoor landsadvocaat)
datum 23 mei 2025
inzake Beperking aantal EBI-/AIT-gedetineerden per advocaat
zaaknr 11023633

1 Inleiding en adviesvraag

- 1.1 U hebt ons gevraagd om advies uit te brengen over de vraag of een beperking kan worden aangebracht in het aantal in een Extra Beveiligde Inrichting (EBI) en/of op een Afdeling Intensief Toezicht (AIT) gedetineerde cliënten dat één advocaat mag bijstaan (hierna ook: de beoogde beperking of de beoogde regel). Achtergrond van deze vraag is een in de Tweede Kamer aangenomen motie.¹ Ons advies ziet op de juridische implicaties en houdbaarheid van de beoogde beperking, in het bijzonder in het licht van het recht op geprivilegieerd contact met een advocaat en het recht op vrije advocaatkeuze.
- 1.2 Wij bespreken in dit advies eerst een inmiddels ingetrokken amendement en waarom daarmee de beoogde beperking niet op effectieve wijze tot stand zou zijn gebracht (§ 3). In het verlengde daarvan bespreken wij hoe die beperking naar ons idee beter zou kunnen worden ingericht (§ 4). Vervolgens behandelen we de verenigbaarheid van de beperking met het recht op vrije advocaatkeuze (§ 5). Tot slot volgen nog enkele aandachtspunten die bij invoering van een nieuwe regeling aandacht verdienen (§ 6). Nu volgt eerst een samenvatting van ons advies (§ 2).

2 Samenvatting en conclusie

- 2.1 Met een – inmiddels ingetrokken – amendement werd aanvankelijk voorgesteld de beoogde beperking in te voeren in de Penitentiaire beginselenwet (Pbw) op een wijze die niet belet dat tussen een gedetineerde en een advocaat die al twee EBI-/AIT-gedetineerden bijstaat een advocaat-cliëntrelatie ontstaat, maar die wel het (geprivilegieerd) contact tussen hen zou uitsluiten. Uit onder meer diverse verdragsrechten (zoals art. 6 EVRM) volgt dat onderdeel van de bijstand van een

¹ Kamerstukken II 2024/25, 36 583, nr. 14.

advocaat, en in zoverre uitvloeisel van het bestaan van een advocaat-cliëntrelatie, is dat recht bestaat op geprivilegieerd contact. Beperking van dat contact is slechts mogelijk onder zeer bijzondere omstandigheden en na een individuele beoordeling; derhalve niet op basis van een algemene (wettelijke) regel die dat contact verbiedt alleen omdat de advocaat in kwestie ook twee andere EBI-/AIT-gedetineerden bijstaat.

- 2.2 Om de beoogde beperking te realiseren, verdient dan ook aanbeveling de regeling zo in te richten dat wordt voorkomen dat een advocaat-cliëntrelatie kan ontstaan tussen een EBI-/AIT-gedetineerde en een advocaat die al twee EBI-/AIT-gedetineerden bijstaat. Dat betreft een beperking van het eveneens door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op vrije advocaatkeuze van de gedetineerde, maar dat is een minder ingrijpende beperking dan het uitsluiten van geprivilegieerd contact in een bestaande advocaat-cliëntrelatie, waarvoor dus ook minder strenge eisen gelden.
- 2.3 De meest passende en effectieve manier om dit te doen, lijkt ons om een dergelijke regel op te nemen in een wet in formele zin die de advocaat in dit geval verbiedt de gedetineerde als cliënt te accepteren. Gevolg daarvan is dat tussen hen geen (rechtsgeldige) advocaat-cliëntrelatie ontstaat, zodat daaruit ook geen recht op geprivilegieerd contact kan voortvloeien. Op de naleving van een aldus op de advocaat toe te passen regel kan toezicht worden gehouden door de deken en de tuchtrechter.
- 2.4 Op het eerste gezicht ligt naar ons idee het meest voor de hand om een dergelijke regel op te nemen in de Advocatenwet of in de Pbw. Omdat wij menen dat een nieuwe regeling zal moeten voorzien in een uitzonderingsmogelijkheid (zoals ook het thans voorgestelde art. 40a Pbw doet), roept zowel opname in de Advocatenwet als in de Pbw de vraag op wie over het maken van uitzonderingen moet beslissen en hoe rechtsmiddelen daartegen kunnen worden vormgegeven. Meest voor de hand liggende opties lijken ons om deze beslissing neer te leggen bij de minister of bij de deken, maar aan beide opties zijn (afhankelijk van de gekozen wet) ook nadelen verbonden.
- 2.5 Ervan uitgaande dat de beoogde regel zo wordt vormgegeven dat tussen een gedetineerde en een advocaat die al twee EBI-/AIT-gedetineerden bijstaat geen advocaat-cliëntrelatie tot stand kan komen, is onze inschatting dat een dergelijke regeling een rechterlijke toets aan het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op vrije advocaatkeuze kán doorstaan. Daarvoor is wel vereist dat (in de memorie van toelichting) de noodzaak van de regel deugdelijk wordt gemotiveerd en toegelicht, temeer nu uit rechtspraak blijkt dat het EHRM een bij algemene regel ingestelde beperking van de vrije advocaatkeuze kritisch beoordeelt. Of de vereiste motivering van de noodzaak kan worden geleverd, kunnen wij binnen het bestek van dit advies niet beoordelen.

- 2.6 Tot slot benoemen wij nog een aantal (overige) aandachtspunten. Dat betreft in de eerste plaats de vraag of de beoogde regel verenigbaar kan zijn met art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (wij menen van wel) en daarnaast een drietal punten die de uitwerking c.q. uitvoering betreffen van een eventuele nieuwe regeling. Het gaat dan om (i) de mogelijkheid van overgangsrecht voor bestaande advocaat-cliëntrelaties, (ii) de omgang met doorbrekingen van de beoogde regel die het gevolg zijn van overplaatsing van een gedetineerde en (iii) de vraag of er na invoering nog voldoende ter zake kundige advocaten zijn waaruit EBI-/AIT-gedetineerden kunnen kiezen. Hoe met deze punten wordt omgegaan kan ook weer een rol spelen in de beoordeling van de juridische houdbaarheid van de beoogde regel, en is in elk geval van wezenlijk belang voor de uitvoerbaarheid en effectiviteit daarvan.

3 Beperking geprivilegieerd contact (ingetrokken amendement)

- 3.1 De beoogde beperking was ook het onderwerp van een in de Tweede Kamer ingediend amendement, dat uiteindelijk is ingetrokken.² Met het amendement zou een lid worden toegevoegd aan het voorgestelde art. 40a Pbw, luidende:

“Opgave door een gedetineerde in een extra beveiligde inrichting als bedoeld in artikel 13, eerste lid, onderdeel d, van een rechtsbijstandverlener die reeds twee gedetineerden in die inrichting bijstaat, wordt niet aanvaard door de directeur. Opgave door een gedetineerde in een afdeling voor intensief toezicht, van een rechtsbijstandverlener die reeds een gedetineerde in een extra beveiligde inrichting als bedoeld in artikel 13, eerste lid, onderdeel d, en reeds twee gedetineerde in een afdeling voor intensief toezicht bijstaat, wordt ook niet aanvaard door de directeur. In deze gevallen wordt de gedetineerde verzocht een andere rechtsbijstandverlener op te geven.”

De hier bedoelde ‘opgave van een rechtsbijstandverlener’ slaat terug op het eerste lid van het voorgestelde art. 40a Pbw, waarin EBI- en AIT-gedetineerden worden verplicht bij hun inrichtingsdirecteur opgave te doen “van ten hoogste twee rechtsbijstandsverleners die toegang hebben tot de gedetineerde”.

Uit de toelichting op het amendement blijkt dat de indieners noodzakelijk achten om wettelijk te regelen dat rechtsbijstandverleners slechts twee EBI-/AIT-gedetineerden tegelijkertijd mogen bijstaan. Zij beogen daarmee het risico te beperken dat deze gedetineerden met hulp van rechtsbijstandverleners een communicatiekanaal hebben met de buitenwereld. Ook willen zij hiermee rechtsbijstandverleners beschermen tegen druk, dwang of dreiging vanuit de georganiseerde criminaliteit om vertrouwelijke communicatie te misbruiken.

² *Kamerstukken II 2024/25, 36 583, nr. 13.* De al genoemde motie is voor het amendement in de plaats gekomen.

- 3.2 Het amendement volstond er aldus mee te bepalen dat de opgave van een bepaalde rechtsbijstandverlener (als rechtsbijstandverlener die toegang heeft tot de gedetineerde) door de inrichtingsdirecteur “niet [wordt] aanvaard”. Kennelijk ervan uitgaande dat dan geen (geprivilegieerd³) contact tot stand hoeft te komen tussen de gedetineerde en de betreffende, door de directeur niet-aanvaarde rechtsbijstandverlener. Wij vragen ons af of dat juist is.
- 3.3 Daarbij is van belang dat art. 40a Pbw – en dus ook het amendement – er niet aan in de weg staat dat tussen een gedetineerde en een advocaat een advocaat-cliëntrelatie ontstaat, maar vervolgens wel de mogelijkheid van geprivilegieerd contact tussen hen uitsluit. Dat lijkt ons een problematische constructie, omdat dan het recht op geprivilegieerd contact wordt beperkt tussen een advocaat en zijn cliënt, hetgeen alleen onder zeer bijzondere omstandigheden is toegelaten. Beter lijkt dan ook om te kiezen voor de – minder ingrijpende⁴ – beperking van de advocaatkeuze van de gedetineerde, door ervoor te zorgen dat hij niet kan worden bijgestaan door een advocaat die al twee EBI-/AIT-gedetineerden als cliënten heeft. Wij lichten dit toe.
- 3.4 Het recht op geprivilegieerd contact tussen een (gedetineerde) verdachte en zijn advocaat vloeit voort uit diverse nationale en internationale rechtsbronnen, zoals art. 45 Sv, art. 6 EVRM,⁵ art. 8 EVRM,⁶ art. 14 lid 3 sub b IVBPR⁷ en art. 3 lid 3 sub a van Richtlijn 2013/48/EU. Strekking van die bepalingen is in de kern steeds dat een verdachte, ook als hij is gedetineerd, recht heeft op vertrouwelijk een-op-eencontact met zijn advocaat (met het oog op een effectieve verdediging in zijn strafzaak). Of geprivilegieerd contact moet worden toegestaan tussen een gedetineerde verdachte en een bepaalde advocaat, is er dus van afhankelijk of die advocaat *zijn* advocaat is, in die zin dat deze de gedetineerde bijstaat (in een strafzaak). Het gaat er dus om of tussen hen een advocaat-cliëntrelatie bestaat.
- 3.5 Of die relatie bestaat, is afhankelijk van het tussen de cliënt en advocaat tot stand komen van een overeenkomst (van opdracht) en dus van de wil van de cliënt en de advocaat: als tussen hen overeenstemming bestaat over door de advocaat aan de

³ De term ‘geprivilegieerd’ ontleen wij aan o.a. de Regeling geprivilegieerde post gedetineerden (*Stcrt.* 1998, 211)). Er wordt niet iets anders mee bedoeld dan met bijv. (de in deze context ook wel gebruikte termen) ‘afgeschermd’, ‘confidentieel’ of ‘vertrouwelijk’.

⁴ Op het eerste gezicht lijkt wellicht ingrijpender om niet toe te staan dat een gedetineerde wordt bijgestaan door een bepaalde advocaat, dan om de bijstand wel toe te staan, maar het geprivilegieerd contact te beperken (of zelfs uit te sluiten, zoals hier). Dat is echter niet het geval: gevolg van het eerste is immers dat de gedetineerde kan kiezen voor een andere advocaat, die hem kan voorzien van volledige bijstand (inclusief geprivilegieerd contact), terwijl het gevolg van het tweede is dat de te leveren bijstand (aanzienlijk) wordt bemoeilijkt. Voor een beperking van de advocaatkeuze gelden dan ook minder strenge eisen dan voor het beperken van geprivilegieerd contact, zoals hierna nog aan de orde komt.

⁵ Geprivilegieerd contact is niet uitdrukkelijk geregeld, maar is in de uitleg van het EHRM wel onderdeel van het door art. 6 beschermde recht op een eerlijk proces; zie: EHRM (registrar), *Guide on Article 6 – Right to a fair trial (criminal limb)*, 31 augustus 2024, § 509-511.

⁶ Zie over de bescherming onder art. 8 EVRM: EHRM (registrar), *Guide on Article 8 – Right to respect for private and family life, home and correspondence*, 31 augustus 2024, § 266-270.

⁷ Ook deze bepaling noemt geprivilegieerd contact niet uitdrukkelijk, maar dit wordt geacht onderdeel te zijn van lid 3 sub b (het recht zich te verstaan met een zelf gekozen raadsman): UNHRC, *General Comment nr. 32 (CCPR/C/GC/32)*, 23 augustus 2007, § 34.

cliënt te verlenen rechtsbijstand, dan bestaat er een advocaat-cliëntrelatie.⁸ Dat de directeur van de inrichting waar de cliënt is gedetineerd de advocaat vervolgens niet 'aanvaardt' als 'rechtsbijstandverlener' in de zin van de Pbw, doet niet af aan de tussen hen bestaande advocaat-cliëntrelatie.⁹

- 3.6 Als de directeur vervolgens niettemin het geprivilegieerd contact tussen beiden zou weigeren of zou beperken (door de advocaat niet als rechtsbijstandverlener te 'aanvaarden' en feitelijk geen contact te faciliteren), dan betreft dat dus ingrijpen in het recht op geprivilegieerd contact tussen een gedetineerde en de advocaat die hem bijstaat. Hoewel dat onder bijzondere omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn, ligt de lat daarvoor (heel) hoog.

Zie CPG 12 januari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:18, rov. 3.3 (met weglating van voetnoten):

"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). Vertrouwelijk contact tussen de advocaat en zijn cliënt mag in de detentiesituatie alleen in uitzonderlijke omstandigheden worden beperkt (Saknovskiy t. Rusland [GC], § 102)."

In zijn (recente) spoedadvies over twee andere amendementen bij het in dezen voorliggende wetsvoorstel, die een beperking zouden opleveren van het geprivilegieerd contact, concludeerde de Raad van State onder meer:¹⁰

"De voorgelegde amendementen bevatten beide een grondslag voor het opnemen en af luisteren van gesprekken tussen gedetineerden in de EBI of op de AIT en hun advocaat. Dit vormt een verregaande inmenging in het recht op vertrouwelijke communicatie tussen een verdachte en diens raadsman, dat tot de kern behoort van het recht op een eerlijk proces. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat dergelijk vertrouwelijk contact in detentie alleen in uitzonderlijke omstandigheden en op basis van een op het individuele geval toegespitste beoordeling mag worden beperkt. Wanneer een advocaat niet ongestoord met zijn cliënt kan overleggen en geen vertrouwelijke instructies kan ontvangen zonder aan toezicht te zijn onderworpen, verliest zijn bijstand immers aan nut."

Vgl. voorts RSJ 17 januari 2022, 21/21068/GA:

"De beroepscommissie is van oordeel dat de directeur uit hoofde van zijn verantwoordelijkheid voor de handhaving van de orde of de veiligheid in de inrichting (daaronder begrepen de veiligheid van ieder die in zijn inrichting uit

⁸ Vgl. ook art. 38 lid 1 Sv: "De verdachte is te allen tijde bevoegd een of meer raadslieden te kiezen."

⁹ In praktische zin zal overeenstemming tussen een gedetineerde en een advocaat uiteraard moeilijk tot stand kunnen komen als de directeur de gedetineerde niet toestaat contact te hebben met de advocaat. Ook dan lijkt echter het bestaan of ontstaan van een advocaat-cliëntrelatie niet uitgesloten: er kunnen al voorafgaand aan de detentie afspraken zijn gemaakt tussen de gedetineerde en de advocaat, of een derde die wel contact mag hebben met de gedetineerde (een familielid of een wel-aanvaarde advocaat) zou als tussenpersoon kunnen fungeren.

¹⁰ RvS 24 april 2024, W16.24.00063/II, p. 4.

welke hoofde dan ook aanwezig is) en een ongestoorde tenuitvoerlegging van de vrijheidsbeneming, bevoegd moet worden geacht om in (zeer uitzonderlijke) situaties waarin dit knelt met deze verantwoordelijkheid, geprivilegieerde personen of instanties als bedoeld in artikel 37, eerste lid, van de Pbw de (geprivilegieerde) toegang tot een gedetineerde te ontzeggen.” [onderstreping toegevoegd]

- 3.7 Een wettelijke bepaling die in algemene zin het (geprivilegieerd) contact verbiedt tussen een gedetineerde en een advocaat met wie hij een advocaat-cliëntrelatie heeft – zonder afweging van de omstandigheden van het individuele geval, maar enkel op basis van het gegeven dat de advocaat al twee EBI-/AIT-gedetineerden bijstaat – zal naar onze inschatting veel discussie opleveren en vermoedelijk met een beroep op (o.a.) art. 6 EVRM bij de rechter worden aangevochten. Zou een dergelijke regel op deze manier in de Pbw worden opgenomen, dan lijkt ons dat derhalve een kwetsbare basis voor het instellen van de beoogde beperking.
- 3.8 Met het voorgaande is niet gezegd dat de beoogde beperking niet mogelijk is. Wij zien daarvoor meer ruimte als deze de vorm krijgt van een beperking van de vrije advocaatkeuze van de gedetineerde, waarmee wordt voorkomen dat een advocaat-cliëntrelatie tot stand komt. Zoals hierna wordt besproken, lijkt aangewezen een dergelijke beperking op te nemen in wet- of regelgeving die van toepassing is op de advocaat.

4 Beperking advocaatkeuze (in Advocatenwet of Pbw)

- 4.1 Om de beoogde beperking op een minder ingrijpende en daarmee juridisch minder kwetsbare wijze te regelen, zou moeten worden voorkomen dat een EBI-/AIT-gedetineerde een advocaat-cliëntrelatie aangaat met een advocaat die al twee EBI-/AIT-gedetineerden bijstaat. Op die manier is ook geen sprake van een (daaruit voortvloeiend) recht op geprivilegieerd contact, dat als gezegd niet zomaar kan worden beperkt, en kan recht worden gedaan aan de genoemde wens om rechtsbijstandverleners te beschermen tegen druk, dwang of dreiging vanuit de georganiseerde criminaliteit om vertrouwelijke communicatie te misbruiken.
- 4.2 De meest voor de hand liggende manier om dit te bereiken, lijkt ons om een regel in te voeren die de advocaat verbiedt om deze cliënt te accepteren op het moment dat hij al twee EBI-/AIT-gedetineerden bijstaat. Die regel zou bij voorkeur worden opgenomen in een wet in formele zin, omdat een in strijd daarmee gesloten overeenkomst op grond van art. 3:40 lid 2 BW nietig kan worden geacht, zodat geen (rechtsgeldige) advocaat-cliëntrelatie kan ontstaan. Overtredingen van een dergelijke regel door advocaten zouden kunnen worden voorgelegd aan de tuchtrechter.

- 4.3 Het lijkt ons ook in praktische zin logischer om de verantwoordelijkheid voor de naleving van deze regel neer te leggen bij de advocaat dan bij de directeur van een PI. De advocaat weet immers hoeveel EBI-/AIT-gedetineerden hij al als cliënten heeft, terwijl een inrichtingsdirecteur niet zal weten welke EBI-/AIT-gedetineerden buiten zijn eigen inrichting worden bijgestaan door welke advocaat.
- 4.4 Een wettelijke regeling die een advocaat verbiedt een derde EBI-/AIT-gedetineerde als cliënt te accepteren zou bijvoorbeeld kunnen worden opgenomen in de Advocatenwet¹¹ of in de Pbw. Aan beide opties zijn voor- en nadelen verbonden, die wij alleen op hoofdlijnen bespreken.
- 4.5 Wij gaan ervan uit dat een regeling (ongeacht in welke wet die wordt opgenomen) zal moeten voorzien in een uitzonderingsmogelijkheid, zoals dat ook is gedaan in het thans voorgestelde art. 40a lid 6 Pbw. Het gaat dan bijvoorbeeld om situaties waarin het handhaven van de regel, en dus het dwingen van een gedetineerde tot het kiezen van een andere advocaat, zou leiden tot (grote) vertraging van een lopende strafzaak (met ook nadelige gevolgen voor andere procesdeelnemers, zoals slachtoffers of medeverdachten).
- De precieze formulering van zo'n uitzonderingsbevoegdheid is een kwestie van wetgevingstechniek en is geen onderdeel van dit advies. Wel benoemen wij dat een dergelijke bevoegdheid voldoende ruimte moet bieden om rekening te houden met alle relevante belangen; in elk geval die van de verdachte/gedetineerde, de betrokken advocaat, overige procesdeelnemers en het algemeen belang van een effectieve (en voortvarende) rechtspleging.
- 4.6 In het voorgestelde art. 40a Pbw is het de minister (voor Rechtsbescherming) die beslist op een verzoek van de gedetineerde om een uitzondering en is tegen een afwijzing bezwaar en beroep (bij de RSJ) opengesteld. De Advocatenwet kent thans een dergelijke beslissende rol van de minister niet en voorziet ook niet in rechtsmiddelen tegen een dergelijke beslissing.¹² De Advocatenwet regelt uiteraard wel de tuchtrechtelijke rechtsmiddelen, maar een procedure waarin wordt opgekomen tegen een afwijzende beslissing van de minister op een uitzonderingsverzoek wijkt sterk af van de procedures die de tuchtrechters thans behandelen.
- 4.7 Ook bij een regeling in de Pbw is een vraag hoe vorm te geven aan een uitzonderingsmogelijkheid en aan in dat verband in te stellen rechtsmiddelen. Hoewel deze wet de minister wel kent als beslissende instantie, zou een afwijking van de penitentiaire praktijk zijn dat een verzoek tot het maken van een uitzondering wordt

¹¹ Waarbij nog kan worden benoemd dat een van de doelen van het ingetrokken amendement (en naar wij aannemen dus ook een doel van de motie) was om advocaten te beschermen tegen druk, dwang of dreiging vanuit de georganiseerde criminaliteit.

¹² Een alternatief zou zijn om niet de minister, maar de deken te laten beslissen op een uitzonderingsverzoek. De deken zal echter (zonder nadere informatievoorziening) niet beschikken over de informatie die nodig is om een uitzonderingsverzoek – en de risico's die met inwilliging gepaard kunnen gaan – te beoordelen.

ingediend door de advocaat in plaats van de gedetineerde. Het is immers de advocaat op wie de regel van toepassing is, zodat hij ook om een uitzondering dient te verzoeken. Dat betekent dat ook de tegen een afwijzing in te stellen (penitenciaire) rechtsmiddelen moeten worden opengesteld voor de advocaat.

- 4.8 Welke route wordt gekozen, is uiteindelijk (vanuit juridisch oogpunt) niet het belangrijkste. Waar het om gaat, is dat een regeling in een wet in formele zin waarmee wordt voorkomen dat een advocaat-cliëntrelatie ontstaat tussen gedetineerde en advocaat, een veel sterkere basis biedt voor de met de motie beoogde beperking dan een regeling die alleen het geprivilegieerd contact uitsluit.
- 4.9 Ongeacht in welke wet de beoogde beperking wordt geregeld, is een volgende vraag of deze regel, die een gedetineerde verdachte ervan weerhoudt een bepaalde advocaat tot *zijn* advocaat te kiezen, verenigbaar is met het recht op vrije advocaatkeuze.

5 Verenigbaarheid met het recht op vrije advocaatkeuze

- 5.1 Zoals wij hiervoor bespraken, verdient het de voorkeur de beoogde beperking vorm te geven in een wettelijke regel die het een advocaat niet toestaat om meer dan twee EBI-/AIT-gedetineerden tegelijk bij te staan. Omdat het hiermee voor de gedetineerde onmogelijk wordt om zich door de betreffende advocaat te laten bijstaan vormt een dergelijke regeling een beperking van zijn recht op vrije advocaatkeuze. Daarom bespreken wij hierna de mogelijkheden tot beperking van dat recht.

5.2 Juridisch kader vrije advocaatkeuze

- 5.2.1 Het recht op vrije advocaatkeuze in strafzaken is onder meer geregeld in art. 6 lid 3 sub c EVRM, art. 14 lid 3 sub b IVBPR en art. 38 lid 1 Sv. Laatstgenoemde bepaling geeft de verdachte in een Nederlandse strafzaak het recht te allen tijde een of meer raadslieden te kiezen.
- 5.2.2 Het recht op vrije advocaatkeuze is echter niet absoluut, zo volgt uit onder meer de jurisprudentie van het EHRM. Daarin hanteert het EHRM als criterium voor het beperken van het recht op vrije advocaatkeuze of daarvoor "*relevant and sufficient reasons*" bestaan (stap 1). Als dat niet of onvoldoende het geval is, beoordeelt het hof vervolgens de "*overall fairness of the criminal proceedings*" om te bepalen of een schending van art. 6 EVRM moet worden aangenomen (stap 2).

Zie voor het relevante beoordelingskader bijv. EHRM 8 maart 2022, nr. 41954/10 (*Elif Nazan Şeker/Turkije*), § 43-45:
"43. Notwithstanding the importance of the relationship of confidence between a lawyer and his client, this right is not absolute. It is necessarily subject to certain limitations where free legal aid is concerned and also where

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

44. In contrast to the cases involving denial of access to a lawyer, which may be justified only in case of the existence of "compelling reasons" for such a restriction (...), the more lenient requirement of "relevant and sufficient" reasons has been applied in situations raising the less serious issue of "denial of choice". In such cases the Court's task will be to assess whether, in the light of the proceedings as a whole, the rights of the defence have been "adversely affected" to such an extent as to undermine their overall fairness (...).

45. It is the latter test which is to be applied in cases concerning the restrictions on the right of access to a lawyer of one's own choosing. Against the above background, the Court considers that the first step should be to assess whether it has been demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there were relevant and sufficient grounds for overriding or obstructing the defendant's wish as to his or her choice of legal representation. Where no such reasons exist, the Court should proceed to evaluate the overall fairness of the criminal proceedings (...). In making its assessment, the Court may have regard to a variety of factors, including the nature of the proceedings and the application of certain professional requirements (...); the circumstances surrounding the designation of counsel and the existence of opportunities for challenging this (...); the effectiveness of counsel's assistance (...); whether the accused's privilege against self-incrimination has been respected (...); the accused's age (...); and the trial court's use of any statements given by the accused at the material time (...). The Court is further mindful that the Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective and not theoretical and illusory (...) and that in determining Convention rights one must frequently look beyond appearances and concentrate on the realities of the situation (...)."

- 5.2.3 Het EHRM hanteert voor een beperking van het recht op vrije advocaatkeuze daarmee (begrijpelijkerwijs) een minder strikt criterium (relevante en voldoende redenen) dan voor het geheel onthouden van toegang tot een advocaat (dwingende redenen). Wat relevante en voldoende redenen zijn, dient van geval tot geval te worden beoordeeld. Voorbeelden van omstandigheden c.q. overwegingen die een beperking van de vrije advocaatkeuze in aan het EHRM voorgelegde zaken konden rechtvaardigen, zijn:

- voorschriften omtrent de bevoegdheid tot het procederen in (hoogste) (cassatie)instanties;¹³
- de voortvarende behandeling van een procedure, waarbij onder meer de vestigingsplaats van de toegewezen advocaat in kwestie meespeelde;¹⁴
- de nabije vestigingsplaats van een toegewezen advocaat ten opzichte van de rechtbank en de inrichting waar een verdachte was gedetineerd;¹⁵
- additionele kosten en vertraging van de procedure die het gevolg zouden zijn van het tussentijds wisselen van advocaat;¹⁶
- afwezigheid van de zelf gekozen advocaat zonder afmelding of opgave van reden tijdens een zitting waar getuigen werden gehoord.¹⁷

5.3 Houdbaarheid van de beoogde beperking in algemene zin

5.3.1 Een eerste vraag is of met de beoogde beperking daadwerkelijk sprake is van een inmenging in het recht op vrije advocaatkeuze. Dat lijkt immers eerder c.q. sterker aan de orde wanneer een verdachte in een concreet geval een reeds door hem geselecteerde advocaat wordt ontzegd,¹⁸ dan wanneer op voorhand een regel bestaat die maakt dat hij bepaalde advocaten überhaupt niet kan kiezen (vanwege andere cliënten die zij al hebben, in zoverre vergelijkbaar met het verbod op tegenstrijdige belangen als bedoeld in regel 15 van de Gedragsregels advocatuur).

5.3.2 Toch lijkt een algemene regel die de keuze beperkt tot een bepaalde groep advocaten in elk geval een *inmenging* op te leveren in het recht van vrije advocaatkeuze zoals beschermd door art. 6 lid 3 sub c EVRM. In het arrest *Meftah e.a./Frankrijk* beoordeelde het EHRM of het Franse 'monopolie' van advocaten van de cassatiebalie op het procederen bij het Hof van Cassatie verenigbaar was met art. 6 lid 1 en lid 3 sub c EVRM.¹⁹ Klagers in deze procedure meenden dat hen ten onrechte de mogelijkheid werd ontzegd om te kiezen voor een 'gewone' advocaat in plaats van een cassatieadvocaat. Het EHRM constateerde echter geen schending van art. 6 EVRM:

"47. Consequently, in the light of the foregoing, it is clear that the special nature of proceedings before the Court of Cassation, considered as a whole, may justify specialist lawyers being reserved a monopoly on making oral representations (...) and that such a reservation does not deny applicants a reasonable opportunity to present their cases under conditions that do not place them at a substantial disadvantage (...).

¹³ EHRM 26 juli 2002, nrs. 32911/96, 35237/97 en 34595/97 (*Meftah e.a./Frankrijk*), § 45-48.

¹⁴ EHRM 25 september 1992, nr. 13611/88 (*Croissant/Duitsland*), § 29-32. In deze zaak werd door de rechtbank tegen de wil van de verdachte een derde, in het arrondissement van de rechtbank gevestigde, advocaat toegevoegd.

¹⁵ EHRM 24 augustus 2010, nr. 40451/06 (*Prehn/Duitsland*), § 3 (onder 'THE LAW').

¹⁶ EHRM 14 januari 2003, nr. 26891/95 (*Lagerblom/Zweden*), § 54-64. Het ging hierbij om van overheidswege gefinancierde rechtsbijstand.

¹⁷ EHRM 25 maart 2008, nr. 42084/02 (*Vitan/Roemenië*), § 59-64.

¹⁸ Zoals het geval zou zijn bij invoering van het door de indieners aanvankelijk bij amendement voorgestelde lid 2 van art. 40a Pbw.

¹⁹ EHRM 26 juli 2002, nrs. 32911/96, 35237/97 en 34595/97 (*Meftah e.a./Frankrijk*).

In conclusion, having regard to the Court of Cassation's role and to the proceedings taken as a whole, the Court considers that the fact that the applicants were not given an opportunity to plead their cases orally, either in person or through a member of the ordinary bar, did not infringe their right to a fair trial within the meaning of Article 6.

48. Consequently, there has been no violation of Article 6 §§ 1 and 3 (c) of the Convention on that account."

- 5.3.3 Wij gaan er dan ook van uit dat de met de motie beoogde beperking in elk geval een inmenging oplevert in het door (o.a.) art. 6 lid 3 sub c EVRM beschermde recht, en dus door rechters daaraan zal worden getoetst. Bepalend zal dan zijn of de achterliggende redenen voor deze beperking – het verkleinen van het risico op voortgezet crimineel handelen vanuit detentie door een specifieke categorie (gevaarlijke) gedetineerden, alsmede het beschermen van de betrokken advocaten tegen druk, dwang of dreiging vanuit de georganiseerde criminaliteit – kunnen worden aangemerkt als *'relevant and sufficient reasons'*.
- 5.3.4 Hoewel wij hierover geen rechtspraak hebben kunnen vinden, lijkt ons dat dit het geval kan zijn, mede gelet op de hiervóór (§ 5.2.3) genoemde voorbeelden van (ook procedurele) omstandigheden die een beperking van de vrije advocaatkeuze konden rechtvaardigen, en die toch minder zwaarwegend moeten worden geacht dan de met de motie beoogde doelstellingen. In algemene zin *kunnen* die doelstellingen naar onze beoordeling dan ook *'relevant and sufficient reasons'* opleveren voor een beperking van de vrije advocaatkeuze. Mede gelet op hierna te bespreken rechtspraak, is echter niet zonder meer gegeven dat zij ook een rechtvaardiging opleveren voor het bij algemene regel beperken van de vrije advocaatkeuze van alle EBI- en AIT-gedetineerden, onafhankelijk van de omstandigheden van het individuele geval.
- 5.4 Houdbaarheid van de beoogde beperking in individuele gevallen
- 5.4.1 Een met de beoogde beperking in enige mate vergelijkbare algemene regel lag voor in de zaak *Atristain Gorosabel/Spanje* van het EHRM.²⁰ Daarin werd een verdachte in het kader van voorarrest gedetineerd in een strikt detentieregime (*'detention incommunicado'*), bedoeld voor onder meer terrorismeverdachten.²¹ Onderdeel van dat regime, dat maximaal vijf dagen kon duren, was dat een verdachte geen eigen advocaat mocht kiezen, maar dat aan hem een advocaat werd toegewezen. Die regel gold voor alle gedetineerden die (door een onderzoeksrechter) in dit regime werden geplaatst.

²⁰ EHRM 18 januari 2022, nr. 15508/15 (*Atristain Gorosabel/Spanje*).

²¹ Strekking van dit regime is dat de verdachte met niemand contact mag hebben, ook niet steeds (specifiek voorafgaand aan verhoren) met zijn toegewezen advocaat. Dit laatste achtte het EHRM zelfstandig in strijd met art. 6 lid 3 sub c EVRM, nu dwingende redenen voor het geheel ontzeggen van bijstand van een advocaat (voorafgaand aan de verhoren) ontbraken.

5.4.2 Het EHRM oordeelde deze op een algemene regel gebaseerde inbreuk op het recht op vrije advocaatkeuze ontoelaatbaar:

"55. The Court observes that, at the time of the events in question, the Spanish Code of Criminal Procedure denied to detainees being held in detention incommunicado, as in cases concerning terrorism such as the present one, the possibility of being assisted by a lawyer of their own choosing although it stipulated that they had to be appointed a legal-aid representative from the moment of their arrest. Detention incommunicado could only be ordered by an investigating judge in exceptional circumstances and only for purposes provided by law. In respect of terrorism cases, an investigating judge could only authorise detention incommunicado by means of a reasoned decision that made reference to the specific circumstances. (...)

56. It is not in dispute that the impugned restrictions stemmed from the applicable provisions of the Code of Criminal Procedure in respect of the ordering of detention incommunicado which, as such, was decided by the investigating judge in a case concerning alleged membership of a terrorist group and possession of explosives (...). In particular, the incommunicado detention was decided in view of the Guardia Civil requests to enter and search properties used by the cell of ETA to which the applicant allegedly belonged and the objective of pre-empting the potential frustration of the ongoing investigation, which was primarily aimed at the location of explosives (...). Following the investigating judge's decision, the applicant was entitled to and was granted a legal-aid representative when arrested and prior to his being interviewed by the Guardia Civil for the first time on 1 October 2010 (...). His legal-aid representative was again present in person when he made his second statement to the Guardia Civil during his detention incommunicado (...).

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

58. The Court observes yet that in the concrete situation of the applicant's detention incommunicado, the decisions which restricted his right to be assisted by a lawyer of his own choosing were of a general nature, and they were based on a general provision of law. They did not entail an assessment on a case by case basis and were not subject to judicial authorisation in the light of the specific facts, but took into account general suspicions that the applicant had participated in a terrorist organisation and had hidden explosives that could allegedly have been used in a manner posing a severe risk to others' lives.

59. Moreover, national judges did not provide any justification as regards the necessity of the restriction and gave no reason on this point. The fact that the judge must provide reasons for the incommunicado detention in general does not imply a justification about the necessity of the restriction of the right of access to a lawyer of one's own choosing. The national courts failed

to demonstrate how the interests of justice required that the applicant should not be able to choose his counsel.

60. In conclusion, the applicant's right of access to a lawyer of his own choosing at the pre-trial stage was restricted, and there were not relevant and sufficient grounds for that restriction, which was not based on an individual assessment of the particular circumstances of the case when the judicial decision to place the applicant in detention incommunicado was adopted, and were, as such, of a general and mandatory nature."

5.4.3 Belangrijke kanttekening hierbij is wel dat het toewijzen van een advocaat tegen de wil van de verdachte, zonder mogelijkheid om een voorkeur kenbaar te maken of zelf een andere advocaat te kiezen, een aanzienlijk grotere beperking oplevert van diens vrije advocaatkeuze dan een regel die op voorhand een bepaald aantal advocaten van zijn keuze uitsluit, zoals die in het onderhavige advies voorligt.

5.4.4 Zoals hiervoor besproken (§ 5.3.4), menen wij dat het voorkomen van voortgezet crimineel handelen en het beschermen van advocaten tegen druk, dwang of dreiging vanuit de georganiseerde criminaliteit op zichzelf beschouwd een afdoende rechtvaardiging kunnen opleveren voor een beperking van de vrije advocaatkeuze. Mede gelet op het arrest *Atristain Gorosabel/Spanje* is echter onzeker of zij ook een bij algemene regel ingestelde beperking kunnen rechtvaardigen, zonder dat een beoordeling plaatsvindt aan de hand van de omstandigheden van het individuele geval. Uit dit arrest blijkt in elk geval dat het EHRM een dergelijke algemene regel kritisch beoordeelt. Omdat echter in die zaak sprake was van een (veel) verdergaande beperking van de vrije advocaatkeuze dan, is onze inschatting dat de beoogde beperking voor EBI- en AIT-gedetineerden een rechterlijke toets aan art. 6 EVRM (wel) kan doorstaan.

Wij merken nog op dat het vanuit EVRM-perspectief de voorkeur zou verdienen als een beperking niet bij algemene regel, maar op basis van een beoordeling per geval zou plaatsvinden. Dat zou betekenen dat het niet gaat om een regeling die een beperking van de advocaatkeuze instelt voor alle EBI- en AIT-gedetineerden, maar een regeling die alleen de mogelijkheid creëert tot een dergelijke beperking in individuele gevallen.²²

5.4.5 Hoewel wij dus juridische ruimte zien voor de beoogde regel,²³ benadrukken wij dat het daadwerkelijk bij de rechter overeind blijven van zo'n regel sterk afhankelijk is van een deugdelijke onderbouwing van de noodzakelijkheid ervan. Met andere woorden: dat de beoogde regel in abstracte zin juridisch toelaatbaar is, wil nog niet zeggen dat die in de concrete (Nederlandse) praktijk noodzakelijk en (dus) gerechtvaardigd is.

²² Tot op zekere hoogte zou dat een codificering zijn van de door de RSJ aanvaarde bevoegdheid van de inrichtingsdirecteur om in bepaalde (zeer uitzonderlijke) situaties een advocaat de toegang tot een gedetineerde cliënt te ontzeggen; RSJ 17 januari 2022, 21/21068/GA.

²³ Mits zodanig vormgegeven dat geen sprake is van het beperken van geprivilegieerd contact in een bestaande advocaat-cliëntrelatie, zoals hiervoor besproken.

Wat deze onderbouwing betreft, constateren wij dat in het thans voorliggende wetsvoorstel tot wijziging van de Pbw (ter beperking van het aantal advocaten per EBI-/AIT-gedetineerden) is gewezen op een aantal praktijkvoorbeelden.²⁴ Met uitzondering van de in algemene bewoordingen beschreven situatie van "het beschikbaar stellen van een advocatentelefoon aan een gedetineerde", betreffen de genoemde voorbeelden steeds (weliswaar ernstige) incidenten met betrekking tot de advocaten van één specifieke gedetineerde.²⁵ Dat roept de vraag op of dan een algemene regel ter beperking van het aantal advocaten van alle EBI- en AIT-gedetineerden gerechtvaardigd is.²⁶ In elk geval achten wij een onderbouwing die alleen op deze voorbeelden is gebaseerd kwetsbaar. Een eventueel wetsvoorstel ter invoering van de beoogde beperking zou daarom uitvoeriger moeten worden onderbouwd. Of die onderbouwing kan worden geleverd, kunnen wij binnen het bestek van dit advies niet beoordelen.

Vgl. in dit verband de 'zorgenbrief' van de RSJ van 3 april 2025 over (de onderbouwing van) de noodzaak van vergaande generieke maatregelen en beperkingen ten aanzien van een grotere groep gedetineerden.²⁷

5.5 Gevolgen van een ongerechtvaardigde beperking van de vrije advocaatkeuze

- 5.5.1 Tot slot gaan wij in dit verband nog in op de vraag wat de gevolgen zouden zijn van een ongerechtvaardigde (te vergaande) beperking van het recht op vrije advocaatkeuze.
- 5.5.2 Hiervóór bespraken wij al dat het EHRM een inmenging in de vrije advocaatkeuze toetst in twee stappen: als er geen sprake is van een rechtvaardiging voor een beperking (in de vorm van '*relevant and sufficient reasons*'), dan wordt vervolgens beoordeeld of deze beperking gevolgen heeft gehad voor de effectieve verdediging van de verdachte en of (dus) de procedure als geheel nog in lijn kan worden geacht met het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces.²⁸ Pas als dat niet het geval is, neemt het EHRM een schending aan van art. 6 EVRM.

²⁴ *Kamerstukken II 2022/23*, 36 372, nr. 3, p. 13.

²⁵ Waarbij het overigens, voor zover ons uit openbare bronnen bekend is, steeds lijkt te zijn gegaan om een verdenking van het overbrengen van boodschappen door een advocaat aan en/of van personen buiten het gevangeniswezen, niet aan of van andere (EBI-)gedetineerden.

²⁶ De vraag kan immers worden gesteld of er niet mee kan worden volstaan t.a.v. deze specifieke gedetineerde aanvullend toezicht in te stellen en/of toepassing te geven aan de door de RSJ aanvaarde bevoegdheid van de inrichtingsdirecteur om in bepaalde (zeer uitzonderlijke) situaties een advocaat de toegang tot een gedetineerde te ontfangen; RSJ 17 januari 2022, 21/21068/GA.

²⁷ Begeleidende brief van 3 april 2025 bij het advies van de RSJ over de wijziging van de Circulaire Gedetineerden met een vlucht- en/of maatschappelijk risico, de Regeling toelating en weigering bezoek en beperking telefooncontacten en de vaststelling van het Regeling model huisregels AIT en EBI (kenmerken 6065735, 6167003, 6230876).

²⁸ Zie voor de factoren die daarbij worden meegewogen het hiervoor geciteerde arrest *Elif Nazan Şeker/Turkije* (§ 45).

- 5.5.3 Ook als dus zou blijken dat in een individueel geval de achterliggende doelstellingen van de beoogde regel onvoldoende rechtvaardiging opleveren voor de beperking van het recht op vrije advocaatkeuze van de verdachte, dan wil dat nog niet zeggen dat die verdachte geen eerlijk proces krijgt en dat art. 6 EVRM is geschonden. Of dat zo is, is afhankelijk van de overige omstandigheden van het geval, waarbij blijkens de rechtspraak van het EHRM onder meer belangrijk is of de verdachte uiteindelijk wel (tijdig) bijstand heeft gekregen van een andere door hem (als alternatief) gekozen en ter zake kundige advocaat. Als dat het geval is, lijkt het EHRM niet snel een schending aan te nemen van art. 6 EVRM.²⁹
- 5.5.4 Dat een op zichzelf ongerechtvaardigde beperking uiteindelijk (bij het eindoordeel in een strafzaak) geen schending hoeft op te leveren van het recht op een eerlijk proces, betekent echter niet dat die beperking als zodanig niet (al eerder) kan worden aangevochten. Een gedetineerde zou bijvoorbeeld een civielrechtelijk kort geding kunnen starten tegen de Staat, waarin hij aanvoert dat zijn vrije advocaatkeuze³⁰ ongerechtvaardigd wordt beperkt en vordert dat hij toch mag worden bijgestaan door een advocaat die al twee (of meer) EBI-/AIT-gedetineerden bijstaat. Als geen rechtvaardiging (in de vorm van '*relevant and sufficient reasons*') kan worden aangewezen om in dat individuele geval aan de beperking vast te houden, lijkt aannemelijk dat een dergelijke vordering zal worden toegewezen.
- 5.5.5 Dat het EHRM pas na de zojuist beschreven tweede stap eventueel een schending aanneemt van art. 6 EVRM, is aldus voor de houdbaarheid van de beoogde beperking van weinig belang. Voor het bestaan van die beperking – althans om te voorkomen dat die met succes bij de (civiele) rechter wordt aangevochten – zijn steeds '*relevant and sufficient reasons*' vereist. Hiervóór (§ 5.4.4) bespraken wij al dat de met de beperking beoogde doelstellingen in beginsel die '*reasons*' kunnen opleveren, maar dat niet zonder meer gegeven is dat zij ook voldoende zijn voor het bij algemene regel beperken van de vrije advocaatkeuze van een grotere groep gedetineerden.

6 Overige aandachtspunten

- 6.1 In aanvulling op het voorgaande benoemen wij hier nog een aantal aandachtspunten. Het gaat om één strikt juridische vraag (omtrent het eigendomsrecht van advocaten) en drie punten die vooral de uitwerking c.q. uitvoering van een eventuele nieuwe regeling betreffen. Hoe met deze punten wordt omgegaan kan ook weer van betekenis zijn voor de beoordeling van de juridische houdbaarheid van de beoogde regel.

²⁹ Zie bijv. EHRM 6 oktober 2022, nr. 56540/14 (*Suslov en Batikyan/Oekraïne*), § 180-182 en EHRM 18 januari 2022, nr. 15508/15 (*Atristain Gorosabel/Spanje*), § 57.

³⁰ Ter onderbouwing waarvan hij zich behalve op art. 6 EVRM ook kan beroepen op diverse andere, nationale en internationale rechtsbronnen, waarvan een deel in dit advies al is besproken.

6.2 Eigendomsrecht en art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM

6.2.1 U hebt ons gevraagd in dit advies ook in te gaan op de verenigbaarheid van de beoogde regel met het eventuele eigendomsrecht van advocaten ten aanzien van de klantrelaties die zij hebben met hun cliënten, omdat dit recht dan mogelijk zou worden beschermd door art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (hierna: EP). Om met het laatste te beginnen: het EHRM heeft inderdaad bevestigd dat een zakelijk klantenbestand ('*clientele*'), ook van een advocaat, moet worden aangemerkt als een '*possession*' in de zin van art 1 EP.³¹ Het lijkt daarbij wel te moeten gaan om bestaande klanten; toekomstig inkomen wordt door het EHRM althans niet als '*possession*' aangemerkt.³²

6.2.2 In elk geval voor zover de beoogde regel tot gevolg zou hebben dat bestaande advocaat-cliëntrelaties moeten worden beëindigd, lijkt die dan ook een inmenging op te leveren in het door art. 1 EP beschermde eigendomsrecht van de advocaat. Art. 1 EP laat echter beperkingen toe voor zover die het algemeen belang dienen, in lijn zijn met de wet en de algemene beginselen van internationaal recht en voor zover sprake is van een '*fair balance*' tussen de beperking van het eigendomsrecht en het nagestreefde algemeen belang (voor zover de beperking dus proportioneel is). Hierbij komt aan staten een '*wide margin of appreciation*' toe; dat geldt in het bijzonder voor de nationale wetgever: een bij wet ingestelde beperking wordt door het EHRM alleen ongerechtvaardigd geacht als deze "*manifestly without reasonable foundation*" wordt geoordeeld.³³

Bij de beoordeling van de proportionaliteit van een beperking houdt het EHRM onder meer rekening met:³⁴ (i) reeds bestaande regelgeving die van toepassing is op de betreffende activiteit/sector,³⁵ (ii) de aard van dergelijke regelgeving en (iii) het bestaan van '*transitional measures*' (overgangsrecht).

6.2.3 Wij constateren dat de ruimte voor een bij wet ingestelde beperking van het door art. 1 EP gewaarborgde eigendomsrecht groter is dan de ruimte voor beperking van de door art. 6 EVRM beschermde vrije advocaatkeuze. Met andere woorden: onze hiervoor besproken conclusie dat de beoogde regel een rechterlijke toets aan art. 6 EVRM kan doorstaan, geldt temeer voor een rechterlijke toets aan art. 1 EP. Onze opmerkingen over het vereiste van een deugdelijke onderbouwing van de noodzaak van de regel, gelden evenzeer bij toetsing aan art. 1 EP.

³¹ Zie bijv. EHRM 16 oktober 2018, nr. 21623/13 (*Könyv-Tár Kft e.a./Hongarije*), § 31-32. Zie specifiek t.a.v. een advocaat: EHRM 22 mei 2006, nr. 6213/03 (*Lederer/Duitsland*), § 1 onder 'THE LAW'.

³² EHRM 22 mei 2006, nr. 6213/03 (*Lederer/Duitsland*), § 1 onder 'THE LAW'. Het EHRM gaat in deze uitspraak ook alleen in op het verlies van bestaande cliënten van de advocaat.

³³ EHRM 16 oktober 2018, nr. 21623/13 (*Könyv-Tár Kft e.a./Hongarije*), § 44-45.

³⁴ EHRM 16 oktober 2018, nr. 21623/13 (*Könyv-Tár Kft e.a./Hongarije*), § 49.

³⁵ Vgl. EHRM 27 november 2012, nr. 21252/09 (*Tipp 24 AG/Duitsland*), § 34. Hierbij maken wij het voorbehoud dat niet direct duidelijk is of het EHRM de beoogde regel zou beoordelen als een regel die geldt voor de hele advocatuur (en die dus wordt beoordeeld in het licht van de voor de hele advocatuur bestaande regelgeving), of als een regel die specifiek ziet op bepaalde advocaten (die zich specialiseren in straf- en/of penitentiairrechtelijke zaken voor hoogrisico-gedetineerden).

6.3 Aandachtspunten bij de uitwerking en uitvoering van een nieuwe regeling

- 6.3.1 Als gezegd benoemen wij hier nog een drietal punten die aandacht behoeven bij de uitwerking en uitvoering van een eventuele nieuwe regeling. Wij bespreken deze punten op hoofdlijnen, maar benadrukken dat zij wezenlijke vragen oproepen ten aanzien van de uitvoerbaarheid en effectiviteit van een nieuwe regeling.
- 6.3.2 In de eerste plaats gaat het om de vraag hoe wordt omgegaan met advocaten die op het moment van invoering van de nieuwe regel reeds meer dan twee EBI-/AIT-gedetineerden bijstaan. Zij zullen dat in voorkomende gevallen al langere tijd doen, zodat zij niet gemakkelijk kunnen worden vervangen (zonder aanzienlijke kosten en serieuze vertraging in veelal grote strafzaken). Wij kunnen ons voorstellen dat voor dergelijke gevallen wordt voorzien in overgangsrecht. Een alternatief is dat in de nieuwe in te voeren regeling een uitzonderingsmogelijkheid wordt opgenomen (zoals ook hiervóór besproken; § 4.5-4.7) en dat die in deze overgangsgevallen in beginsel – bij afwezigheid van concrete aanwijzingen voor voortgezet crimineel handelen of andere relevante risico's – wordt toegepast. Een voordeel van deze alternatieve benadering is dat daarbij per geval wordt beoordeeld en besloten of een bestaande advocaat-cliëntrelatie in stand wordt gelaten, terwijl overgangsrecht een algemeen karakter zal hebben.
- 6.3.3 In de tweede plaats moet worden bedacht wat er gebeurt als (na invoering van de nieuwe regel) een reguliere gedetineerde die wordt bijgestaan door een advocaat die ook al twee EBI-/AIT-gedetineerden bijstaat, wordt overgeplaatst naar een EBI of AIT. Vanaf dat moment heeft die advocaat immers, als gevolg van een buiten hem om genomen overplaatsingsbeslissing, plots meer dan twee EBI-/AIT-gedetineerden als cliënten. Ook in die situaties, waarin vervanging van een advocaat evenzeer kan leiden tot hogere kosten en/of vertraging, komt ons voor dat er ruimte moet zijn voor toepassing van de hiervóór besproken uitzonderingsmogelijkheid – in elk geval in die gevallen waarin geen sprake is van concrete aanwijzingen voor voortgezet crimineel handelen of andere relevante risico's.

Terzijde merken wij op dat na invoering van de beoogde regel het gevolg van een overplaatsing naar een EBI of AIT kan zijn dat de gedetineerde niet meer kan worden bijgestaan door zijn advocaat (althans niet zonder dat hem een uitzondering wordt toegestaan). Dat betekent dat de gevolgen van zo'n overplaatsingsbeslissing zwaarder worden, hetgeen kan meebrengen dat de drempel om een gedetineerde in een EBI of op een AIT te plaatsen (nog) hoger wordt. De gedetineerde kan dan bij het aanvechten van die beslissing immers (ook) aanvoeren dat het verlies van zijn voorkeursadvocaat een onevenredig zwaar gevolg zou zijn.

- 6.3.4 Wij constateren hier dat wij op voorhand al de nodige gronden zien waarop mogelijk een uitzondering gemaakt zou moeten (kunnen) worden op de beoogde regel.³⁶ Als na invoering zou blijken dat in veel (of zelfs de meerderheid) van de gevallen waarin een uitzondering wordt verzocht, deze moet worden verleend, dan roept dat de vraag op of een bij algemene regel ingestelde beperking wel gerechtvaardigd en effectief is. Of dit het geval zou zijn, is echter op voorhand moeilijk te zeggen en hangt ook samen met de hierna te bespreken beschikbaarheid van voldoende (gespecialiseerde) advocaten.
- 6.3.5 Tot slot is voor de juridische houdbaarheid van een nieuw in te voeren regel relevant of er voor EBI- en AIT-gedetineerden voldoende ter zake kundige c.q. gespecialiseerde advocaten overblijven waaruit zij (wel, vrij) kunnen kiezen. Als de regel tot gevolg zou hebben dat deze gedetineerden moeten uitwijken naar advocaten die weinig of geen ervaring hebben met het soort (omvangrijke) strafzaken waar het hier veelal om gaat, dan kan dat behalve aan de vrije advocaatkeuze ook raken aan het recht op een effectieve verdediging. Wij weten niet of er zicht is op het aantal advocaten dat optreedt in dergelijke zaken, en op het aantal daarbinnen dat reeds twee of meer EBI-/AIT-gedetineerden bijstaat. Het lijkt ons nodig dat daarvan een inventarisatie plaatsvindt, althans een inschatting wordt gemaakt, alvorens een nieuwe regel wordt ingevoerd. Anders is niet goed te beoordelen of na invoering van de regel de effectieve rechtsbijstand van deze groep gedetineerden voldoende gewaarborgd blijft.
- Vanzelfsprekend wordt dit probleem kleiner als de nieuwe regel zou worden beperkt tot de EBI.³⁷
- 6.3.6 Tot zover ons advies. Tot een nadere toelichting zijn wij uiteraard graag bereid.

³⁶ De zojuist besproken gevallen van bestaande advocaat-cliëntrelaties bij invoering van de regel en doorbrekingen van de regel die het gevolg zijn van overplaatsing, maar hiervoor (§ 4.5) kwam ook al aan de orde dat (andere) belangen van de verdachte/gedetineerde, de betrokken advocaat, overige procesdeelnemers en het algemeen belang van effectieve (en voortvarende) rechtspleging een uitzondering kunnen rechtvaardigen.

³⁷ Vgl. Verslag TK 43 – 2024-2025 (ongecorrigeerd stenogram), p. 9 en 41.