

No. W16.24.00063/II

's-Gravenhage, 24 april 2024

Bij Kabinetsmissive van 27 maart 2024, no.2023000485, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Rechtsbescherming, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het geamendeerde voorstel van wet tot wijziging van de Penitentiaire beginselenwet in verband met aanvullende maatregelen tegen georganiseerde criminaliteit tijdens detentie, met memorie van toelichting.

De minister voor Rechtsbescherming heeft de Afdeling advisering van de Raad van State verzocht advies uit te brengen over het wetsvoorstel tot wijziging van de Penitentiaire beginselenwet zoals gewijzigd als gevolg van amendementen die bij stemmingen in de Tweede Kamer zijn aangenomen. Naar het oordeel van het kabinet is het gewijzigde wetsvoorstel als gevolg van de aangenomen amendementen van de leden Helder en Ellian strijdig met artikel 6 EVRM en artikel 17 van de Grondwet. Gelet hierop heeft de minister de Afdeling verzocht met spoed te adviseren over deze amendementen en hun verhouding tot de grondrechten.

De amendementen bevatten beide een grondslag voor het preventief opnemen van gesprekken van gedetineerden die zijn geplaatst in de EBI of op de AIT en hun advocaat. De Afdeling constateert dat de amendementen daarmee allebei een inmenging vormen in het recht op vertrouwelijk overleg met een advocaat. Dit recht behoort tot de kern van het recht op een eerlijk proces en is in een democratische rechtsstaat van groot belang. Een beoordeling op individuele gronden of aannemelijk is dat misbruik wordt gemaakt van de vertrouwelijke communicatie of dat een risico bestaat op schending van de regels van de professionele ethiek, zoals vereist wordt door de rechtspraak van het EHRM, ontbreekt bij beide amendementen. Daarmee is geen sprake van dwingende redenen die de inmenging kunnen rechtvaardigen. De Afdeling komt dan ook tot de conclusie dat de amendementen onverenigbaar zijn met de Grondwet, het EVRM en het Unierecht.

De minister heeft de Afdeling verder verzocht – indien zij de grondrechtelijke bezwaren onderkent – aan te geven onder welke condities het mogelijk is om toezicht te houden op communicatie tussen een gedetineerde en diens rechtsbijstandverlener, alsmede een regeling voor rechtmatige toegang tot deze gegevens, zoals de indieners van de amendementen voor ogen hebben. De Afdeling schetst in dat verband de voorwaarden waaraan een regeling moet voldoen en gaat in op de bestaande strafvorderlijke mogelijkheden tot het afluisteren van vertrouwelijke gesprekken. Tot slot wijst de Afdeling op aanvullende initiatieven om de weerbaarheid en veiligheid van geheimhouders te versterken.

1. Context van de adviesaanvraag

De minister voor Rechtsbescherming heeft de Afdeling advisering verzocht advies uit te brengen over het wetsvoorstel tot wijziging van de Penitentiaire beginselenwet (hierna: Pbw) zoals gewijzigd als gevolg van amendementen die op 12 maart 2024 bij

AAN DE KONING

stemmingen in de Tweede Kamer zijn aangenomen.¹ Voordat het wetsvoorstel werd ingediend bij de Tweede Kamer heeft de Afdeling advisering op 5 april 2023 advies uitgebracht.² Naar het oordeel van het kabinet is het gewijzigde wetsvoorstel als gevolg van een tweetal aangenomen amendementen strijdig met artikel 6 EVRM en artikel 17 van de Grondwet.

Gelet hierop heeft de minister de Afdeling verzocht met spoed te adviseren over een tweetal amendementen en hun verhouding tot de grondrechten. Het betreft het amendement van het lid Helder³ en een amendement van het lid Ellian.⁴ De minister verzoekt daarnaast of de Afdeling – indien zij de grondrechtelijke bezwaren onderkent – kan aangeven onder welke condities het mogelijk is om toezicht te houden op communicatie tussen een gedetineerde en diens rechtsbijstandverlener, alsmede een regeling voor rechtmatige toegang tot deze gegevens, zoals de indieners van de amendementen voor ogen hebben.

2. Inhoud van de amendementen

De aan de Afdeling voorgelegde amendementen hebben betrekking op het houden van toezicht op geprivilegieerd contact tussen gedetineerden die zijn geplaatst in de extra beveiligde inrichting (hierna: EBI) of op de afdeling intensief toezicht (hierna: AIT) en hun advocaat. De voorgestelde vormen van toezicht krijgen in het wetsvoorstel plaats in aanvulling op de generieke maatregel van visueel toezicht, zoals reeds door het kabinet was opgenomen in het wetsvoorstel.⁵ Bij dat laatste voorstel wordt visueel toezicht gehouden op ieder contact van een gedetineerde met diens rechtsbijstandverlener. Daarbij kan de conversatie niet worden gehoord. Volgens de memorie van toelichting bij het voorstel kan het visueel toezicht worden gehouden via een camera.⁶ De precieze vormgeving hiervan wordt verder uitgewerkt in een algemene maatregel van bestuur, welke recent in internetconsultatie is gegeven.⁷

Het eerste amendement is ingediend door Kamerlid Helder en introduceert een nieuw artikel in de Pbw.⁸ Op grond van dat artikel wordt al het contact dat een gedetineerde heeft met diens rechtsbijstandverlener audiovisueel opgenomen. Het betreft een generieke maatregel die geldt voor alle gedetineerden in de EBI en op de AIT. De opnames worden vervolgens ongezien in bewaring gegeven aan de Nederlandse Orde van Advocaten (hierna: NOvA). De NOvA bewaart de gesprekken volgens de toelichting bij het amendement ongezien voor een periode van vijf jaar. Alleen als sprake is van een redelijke verdenking dat een rechtsbijstandverlener zich schuldig maakt aan deelname aan een criminele organisatie én van een redelijke verdenking dat de gedetineerde zich schuldig maakt aan deelname aan dezelfde criminele organisatie, kan de officier van justitie de rechter verzoeken toestemming te verlenen de audiovisuele opnames op te vragen bij de NOvA. Volgens de toelichting bij het

¹ Kamerstukken II 2022/23, 36372, nr. 22.

² [Kamerstukken II 2022/23, 36372, nr. 4.](#)

³ [Kamerstukken II 2023/24, 36372, nr. 10.](#)

⁴ [Kamerstukken II 2023/24, 36372, nr. 12.](#)

⁵ Artikel 38 Pbw, zie [Kamerstukken II 2022/23, 36372, nr. 2.](#)

⁶ [Kamerstukken II 2022/23, 36372, nr. 3](#), p. 10-11.

⁷ [Wijziging van de Penitentiaire maatregel en het Besluit politiegegevens.](#)

⁸ Artikel 38a Pbw, zie [Kamerstukken II 2023/24, 36372, nr. 10.](#)

amendement dient in dat geval sprake te zijn van een redelijke verdenking dat de rechtsbijstandverlener informatie doorspeelt.

Het tweede amendement is ingediend door Kamerlid Ellian en bevat een uitbreiding van de voorgestelde bevelsbevoegdheid van de minister.⁹ Die uitbreiding ziet op de mogelijkheid van het houden van auditief toezicht bij gesprekken tussen de gedetineerde en diens rechtsbijstandverlener. Het betreft een maatregel die aan individuele gedetineerden in de EBI of op de AIT kan worden opgelegd. De maatregel wordt automatisch van kracht op het moment dat de minister gebruik maakt van zijn bevelsbevoegdheid om extra beperkingen op te leggen ten aanzien van het door de gedetineerde te ontvangen of verzenden van brieven, te ontvangen bezoek of telefoonverkeer van de gedetineerde.¹⁰ De opnames worden ter beschikking gesteld aan een onafhankelijke commissie en uitsluitend deze leden zijn bevoegd van de opnames kennis te nemen. Die commissie kan de minister vervolgens informeren of nader onderzoek naar de rechtsbijstandverlener noodzakelijk is. De verdere uitwerking van het toezicht, de samenstelling van de commissie en haar taken wordt bij algemene maatregel van bestuur geregeld.

Uit de toelichting bij het amendement volgt dat voor toepassing van de bevelsbevoegdheid van de minister (nog) geen sprake hoeft te zijn van een verdenking dat de rechtsbijstandverlener zich schuldig maakt aan enig strafbaar feit. De minister kan gebruikmaken van de bevelsbevoegdheid als er aanwijzingen zijn dat de gedetineerde zijn contacten gebruikt voor ernstig intimiderende of levensbedreigende activiteiten in de buitenwereld, of indien een gevaar voor de openbare orde of veiligheid moet worden aangenomen.¹¹ Een dergelijk gevaar kan in ieder geval worden aangenomen indien de gedetineerde ervan wordt verdacht de oprichter, leider of bestuurder te zijn van een criminele organisatie.¹²

Als gevolg van genoemde aangenomen amendementen bevat het gewijzigde wetsvoorstel tot wijziging van de Pbw een drietal toezichtmaatregelen die, cumulatief, gelden voor contact van een gedetineerde met diens rechtsbijstandverlener. Twee van die maatregelen gelden standaard voor alle gedetineerden in de EBI of op de AIT. Dit zijn de maatregel van het houden van visueel toezicht op gesprekken tussen gedetineerden en diens rechtsbijstandverlener en daarnaast het audiovisueel opnemen van die gesprekken, welke opnames worden bewaard bij de NOVA. Naast deze generieke maatregelen kan de minister ook nog bevelen dat voor een specifieke gedetineerde geldt dat de gesprekken met diens rechtsbijstandverlener auditief worden opgenomen, waarna deze gesprekken door een onafhankelijke commissie worden uitgeluisterd. Als de minister gebruikmaakt van zijn bevelsbevoegdheid, worden dus gelijktijdig drie vormen van toezicht uitgeoefend op een gedetineerde en het contact met diens rechtsbijstandverlener.

⁹ Artikel 40d, derde lid, sub i, Pbw, zie [Kamerstukken II 2023/24, 36372, nr. 12](#).

¹⁰ Voorgesteld artikel 40d, negende lid, Pbw.

¹¹ Gelet op de aard van de verdenking, de aard van het misdrijf of de misdrijven waarvoor de gedetineerde is veroordeeld, de omstandigheden waaronder dat misdrijf of die misdrijven zouden zijn begaan of zijn begaan, of gelet op de persoonlijkheid van de gedetineerde. Zie voorgesteld artikel 40d, eerste lid, Pbw.

¹² Voorgesteld artikel 40d, eerste lid, onder b jo. tweede lid, Pbw.

3. Constitutioneel kader

De Afdeling constateert dat de amendementen van de leden Helder en Ellian ingrijpende mogelijkheden behelzen die enkele fundamentele rechten van gedetineerden in de EBI en op de AIT beperken. Zoals ook de minister voor Rechtsbescherming opmerkte, hebben de amendementen gevolgen voor het recht op een eerlijk proces, dat is vervat in artikel 17 van de Grondwet en artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM). Onderdeel daarvan is dat eenieder tegen wie vervolging is ingesteld het recht heeft om zichzelf te verdedigen en daarbij te worden bijgestaan door een raadsman.¹³ Dit behelst onder meer het recht om vertrouwelijk met een advocaat te kunnen spreken, buiten gehoorafstand van een derde. Dat vertrouwelijk overleg met een advocaat is een basisvoorwaarde voor het recht op een eerlijk proces in een democratische samenleving.¹⁴

Het recht op vertrouwelijk overleg met een advocaat vloeit niet alleen voort uit het recht op een eerlijk proces, maar ook uit het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer dat onder meer wordt beschermd door artikel 8 EVRM. Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is het contact met een advocaat namelijk van belang voor het maken van een geïnformeerde beslissing over intieme en persoonlijke zaken of gevoelige kwesties.¹⁵ Voor het verlenen van rechtsbijstand mag een individu er daarom vanuit gaan dat de communicatie met de advocaat privé en vertrouwelijk is. Die rechtsbijstand strekt zich niet alleen uit tot de verdediging tijdens een strafproces, maar ook bijvoorbeeld over de mogelijkheid om te klagen over de behandeling in detentie.¹⁶

In dit verband is tevens relevant Richtlijn 2013/48 van de Europese Unie over het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures. Deze Richtlijn is een uitwerking van artikel 47, tweede alinea, en artikel 48, tweede lid, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest). Daarin is expliciet vervat dat onder het recht op toegang tot een advocaat ook wordt verstaan het recht om de advocaat onder vier ogen te ontmoeten.¹⁷ Dit recht is geïmplementeerd in artikel 45 van het Wetboek van Strafvordering.

Het recht op vertrouwelijk overleg met de advocaat is in onze democratische rechtstaat van groot belang en wordt beschermd door de Grondwet, het EVRM en het Unierecht. De Afdeling benadrukt dat een inmenging in dit recht – óók wanneer dat gebeurt met het oog op het beschermen van de democratische rechtsstaat, openbare orde en

¹³ Dit volgt expliciet uit artikel 6, derde lid, aanhef en onder c, EVRM. Artikel 17, eerste lid, van de Grondwet biedt blijkens de totstandkomingsgeschiedenis materieel minimaal dezelfde bescherming als artikel 6 EVRM. Zie Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 29-31.

¹⁴ Zie ook EHRM 28 november 1991, [S. t. Zwitserland](#), nrs. 12629/87 en 13965/88, ECLI:CE:ECHR:1991:1128JUD001262987, par. 48.

¹⁵ EHRM 9 april 2019, [Altay t. Turkije](#), nr. 11236/09, par. 49.

¹⁶ Idem, par. 50.

¹⁷ Artikel 3, derde lid, onder a, [Richtlijn 2013/48](#). Deze bepaling moet worden uitgelegd en toegepast in het licht van het Handvest. Dit betekent ook dat beperkingen van dit grondrecht niet verder mag gaan dan strikt noodzakelijk (artikel 52, eerste lid, van het Handvest).

veiligheid – zorgvuldig dient te worden afgewogen.¹⁸ Bij het treffen van dergelijke maatregelen moet voldaan worden aan eisen van noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit. Deze uitgangspunten gelden onverkort voor de gedetineerden van wie een grote dreiging uitgaat. Het is dan ook cruciaal dat in (de amendementen bij) het wetsvoorstel een evenwicht wordt gevonden tussen de verschillende belangen die in verband met de democratische rechtsstaat in het geding zijn.

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.¹⁹

Dit is een consistente lijn in de jurisprudentie van het EHRM, die breed erkend wordt. In dit verband wijst de Afdeling ook op het zogenaamde 41-bis regime dat in Italiaanse gevangenissen wordt gehanteerd voor een specifieke groep gedetineerden. Dat regime kent geen bepaling voor het houden van toezicht, anders dan visueel, op communicatie tussen de gedetineerde en diens rechtsbijstandverlener.²⁰ Het Italiaanse Constitutionele Hof heeft het contact tussen gedetineerde en advocaat gevrijwaard van beperkingen. In 2022 oordeelde het Constitutionele Hof bijvoorbeeld dat een generieke maatregel die het houden van toezicht op de schriftelijke correspondentie van gedetineerden en hun advocaat mogelijk maakt het recht op vertrouwelijke correspondentie zoals beschermd door het EVRM onevenredig beperkt. De maatregel moest dan ook worden teruggedraaid.²¹

Tegen deze achtergrond beantwoordt de Afdeling de door de minister voorgelegde vragen over de amendementen Helder en Ellian en hun verhouding tot de grondrechten (punt 4). Vervolgens adresseert de Afdeling de aanvullende vraag van de minister over de condities voor toezicht op de communicatie tussen een gedetineerde en diens advocaat en een regeling voor rechtmatige toegang tot deze gegevens. Zij

¹⁸ Zie ook het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 5 april 2023 over het wetsvoorstel tot wijziging van de Penitentiaire beginselenwet in verband met aanvullende maatregelen tegen georganiseerde criminaliteit tijdens detentie, Kamerstukken II 2022/23, 36372, nr. 4. Zie eveneens het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 24 januari 2024 over het wetsvoorstel tot wijziging van de Penitentiaire beginselenwet in verband met de toevoeging van een regel ter aanscherping van het regime in extra beveiligde inrichtingen en afdelingen intensief toezicht (Wet aanscherping EBI- en AIT-regime), [W16.23.00320/II](#).

¹⁹ Zie de conclusie van PG Silvis [van 12 januari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:18](#), par. 3.3. Zie ook onder meer EHRM 12 mei 2005, [Öcalan t. Turkije](#), nr. 46221/99, par. 133 en EHRM 2 november 2010, [Sakhnovskiy t. Rusland](#), nr. 21272/03, par. 102.

²⁰ Zie onder meer [WODC, Vergelijkend onderzoek Italiaans 41-bis detentieregime, 2023](#), p. 98 en 139.

²¹ [Sentenza n. 18 del 2022 EN.pdf \(cortecostituzionale.it\)](#). Zie hierover ook [WODC, Vergelijkend onderzoek Italiaans 41-bis detentieregime, 2023](#), p. 139.

herhaalt de belangrijkste randvoorwaarden die in dit verband in acht genomen moeten worden en zet dit af tegen de reeds bestaande mogelijkheden om vertrouwelijke communicatie op te nemen (punt 5). Tot slot maakt de Afdeling in het licht van de adviesaanvraag en de aard van de door de minister voorgelegde vragen enkele opmerkingen over een tweede aangenomen amendement van het lid Ellian. Dat amendement bevat een beperking van de rechten van gedetineerden in de EBI en op de AIT om contact te hebben met niet-geprivilegieerde contacten (punt 6).

4. Beantwoording eerste vraag van de minister

a. *Beschouwing amendementen*

De amendementen Helder en Ellian bevatten beide een grondslag voor het opnemen van gesprekken van gedetineerden die zijn geplaatst in de EBI of op de AIT en hun advocaat. Op grond van het amendement Helder worden alle gesprekken van alle gedetineerden met hun advocaten audiovisueel opgenomen. Op grond van het amendement Ellian worden alle gesprekken van een individuele gedetineerde met diens advocaat opgenomen op grond van een bevel van de minister. Door middel van een dergelijk bevel kan de minister in het kader van de Pbw de daarin geregelde beperkende maatregelen opleggen indien dat, kort gezegd, noodzakelijk is in het belang van de openbare orde of de veiligheid van de inrichting.²²

Het maken van opnames van communicatie tussen een gedetineerde en diens advocaat vormt op zichzelf al een inmenging in het recht op vertrouwelijke communicatie zoals voortvloeit uit artikel 6 en artikel 8 EVRM.²³ Dit staat los van de vraag of deze opnames worden opgeslagen of daarvan kennis wordt genomen. Het is namelijk niet van doorslaggevend belang of daadwerkelijk sprake is van het afluisteren van de vertrouwelijke communicatie.²⁴

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat alleen al de overtuiging dat de communicatie mogelijk wordt afgeluisterd de effectiviteit van de rechtsbijstand beperkt, indien die overtuiging is gebaseerd op redelijke gronden. Die situatie doet zich ook voor bij het maken van opnames. Het enkele feit dat opnames van alle gesprekken worden gemaakt en de mogelijkheid dat die, weliswaar onder voorwaarden en waarborgen, gedurende langere tijd worden bewaard en mogelijk later worden beluisterd, beïnvloedt het vrije verkeer tussen de gedetineerde en zijn advocaat. Dat zal voor de gedetineerde en zijn advocaat aanleiding (kunnen) zijn om hun communicatie aan te passen en te beperken. In zoverre is er sprake van een 'chilling effect'.

²² In voorgesteld artikel 40d, eerste en tweede lid, Pbw zijn de voorwaarden opgenomen waaronder de minister gebruik kan maken van de bevelsbevoegdheid.

²³ Zie hiervoor onder meer EHRM 13 juni 2007, [Castravet t. Moldavië](#), nr. 23393/05, par. 60, EHRM 2 november 2010, [Sakhnovskiy t. Rusland](#), nr. 21272/03, par. 102, EHRM 27 maart 2002, [Aalmoes en 112 anderen t. Nederland](#), nr. 16269/02, EHRM 7 november 2017, [Dudchenko t. Rusland](#), nr. 37717/05, par. 89 en EHRM 25 maart 1998, [Kopp t. Zwitserland](#), nr. 13/1997/797/1000, par. 53.

²⁴ Zie hiervoor EHRM 13 juni 2007, [Castravet t. Moldavië](#), nr. 23393/05, par. 51 en [Kopp t. Zwitserland](#), nr. 13/1997/797/1000, par. 53.

Het voorgaande neemt niet weg dat een inmenging in het recht op vertrouwelijke communicatie onder uitzonderlijke omstandigheden wel gerechtvaardigd kan zijn. Het mag echter niet tot gevolg hebben dat de rechtzoekende geen effectieve rechtsbijstand meer kan ontvangen.²⁵ Dit is eveneens expliciet neergelegd in Richtlijn 2013/48, die het recht op vertrouwelijke communicatie met een advocaat in het Unierecht waarborgt.²⁶ Daarbij moeten beperkingen van het recht om te kunnen communiceren onder vier ogen, zoals neergelegd in de Richtlijn 2013/48, ook volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie zeer restrictief worden toegepast.²⁷

Een inmenging in het recht op vertrouwelijke communicatie met een advocaat kan alleen gerechtvaardigd zijn wanneer sprake is van dwingende redenen (*compelling reasons*) voor die inmenging.²⁸ Daarvan kan sprake zijn als uit een op het individuele geval gerichte beoordeling blijkt dat er aanwijzingen zijn voor een risico op misbruik van de vertrouwelijkheid tussen de gedetineerde en diens advocaat, dan wel schending van de regels van professionele ethiek.²⁹

Van dwingende redenen kan overigens ook sprake zijn indien er aanwijzingen bestaan dat onbeperkt contact een gevaar oplevert binnen de inrichting (zie hierover nader punt 5b van dit advies).³⁰ Beperkingen op het recht op vertrouwelijke communicatie moeten in die gevallen altijd proportioneel zijn. Voor de beoordeling of een beperking proportioneel is, is van belang in hoeverre de beperking gepaard is gegaan met procedurele waarborgen. Als een dergelijke waarborg geldt onder andere de voorafgaande toetsing van de inmenging op het recht op vertrouwelijke communicatie door een rechter in het individuele geval.³¹

De Afdeling meent dat geen van beide amendementen aan deze eisen voldoet. In beide amendementen kent de grondslag voor het opnemen van de vertrouwelijke communicatie tussen een gedetineerde en diens advocaat een preventief karakter. Voor het amendement Helder geldt dat de preventieve maatregel wordt toegepast op *alle* gedetineerden die in de EBI of op de AIT worden geplaatst en voor *alle* gesprekken van die gedetineerden met hun advocaten. Een beoordeling op individuele gronden of aannemelijk is dat misbruik wordt gemaakt van de vertrouwelijke communicatie of een risico bestaat op schending van de regels van de professionele ethiek, ontbreekt.

²⁵ Zie onder andere EHRM 2 november 2010, [Sakhnovskiy t. Rusland](#), nr. 21272/03, par. 102.

²⁶ Overweging 22 considerans [Richtlijn 2013/48](#).

²⁷ Zier hiervoor HvJEU 12 maart 2020, VW, [ECLI:EU:C:2020:201](#).

²⁸ Zie onder andere EHRM 2 november 2010, [Sakhnovskiy t. Rusland](#), nr. 21272/03, par. 102.

²⁹ Zie onder meer EHRM 13 april 2009, [Rybacki t. Polen](#), nr. 52479/99, par. 59 en EHRM 28 november 1991, [S. t. Zwitserland](#), nrs. 12629/87 en 13965/88, par. 49, EHRM 25 juli 2013, [Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland](#), nrs. 11082/06 en 13772/05, par. 634 en 640-641 en EHRM 16 oktober 2001, [Brennan t. Verenigd Koninkrijk](#), nr. 39846, par. 59. Zie ook de conclusie van PG Silvis [van 12 januari 2021](#), [ECLI:NL:PHR:2021:18](#), par. 3.3-3.6 en de conclusie van PG Hartevelt [van 8 december 2023](#), [ECLI:NL:PHR:2023:1122](#).

³⁰ EHRM 12 mei 2005, [Öcalan t. Turkije](#), nr. 46221/99, par. 133 en EHRM 13 juni 2007, [Castravet t. Moldavië](#), nr. 23393/05, par. 58.

³¹ EHRM 25 juli 2013, [Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland](#), nrs. 11082/06 en 13772/05, par. 634 en EHRM 25 maart 1998, [Kopp t. Zwitserland](#), nr. 13/1997/797/1000, par. 74.

Dat van gedetineerden die in de EBI of op de AIT worden geplaatst een bijzonder gevaar uitgaat, is op zichzelf onvoldoende om het maken en bewaren van opnames te rechtvaardigen. Dat gevaar kan immers van verschillende aard zijn en brengt niet als zodanig een risico op misbruik van vertrouwelijke communicatie met zich mee. Hierbij is onder meer van belang dat voor zowel de EBI als de AIT ruime plaatsingscriteria zijn geformuleerd, waardoor daar gedetineerden kunnen verblijven van wie verschillende soorten en gradaties van risico's uitgaan.³² Om van een risico op misbruik van vertrouwelijke communicatie te spreken moeten er concrete aanwijzingen bestaan dat die communicatie door een bepaalde gedetineerde wordt misbruikt. Slechts een veronderstelling dat mogelijk sprake is van misbruik van de communicatie is onvoldoende.³³

Van dwingende redenen die een inmenging in het recht op vertrouwelijke communicatie rechtvaardigen is ten aanzien van het amendement Helder dan ook geen sprake. De maatregel is, gelet op het algemene karakter ervan en het ontbreken van procedurele waarborgen, ook niet proportioneel.³⁴

Anders dan bij het amendement Helder is in het amendement Ellian wel voorzien in een individuele beoordeling voordat de maatregel om toezicht te houden op vertrouwelijke communicatie van kracht wordt. De maatregel is namelijk gekoppeld aan de bevelsbevoegdheid van de minister. De minister mag alleen gebruikmaken van de bevelsbevoegdheid als dit in het geval van de betreffende gedetineerde noodzakelijk is in het belang van de openbare orde of veiligheid buiten de inrichting.³⁵ Als de minister hiervan gebruikmaakt, zou op grond van het amendement automatisch ook de vertrouwelijke communicatie met de advocaat worden opgenomen.

De beoordeling van de minister in het kader van het toepassen van de bevelsbevoegdheid is echter meer algemeen van aard en niet specifiek gericht op de vraag of aannemelijk is dat misbruik wordt gemaakt van de vertrouwelijke communicatie tussen de gedetineerde en diens advocaat. De toelichting bij het amendement onderstreept dit. Daarin wordt opgemerkt dat in de gevallen waarin van deze bevelsbevoegdheid gebruik wordt gemaakt nog geen verdenking tegen de rechtsbijstandverlener bestaat.³⁶ Ook ten aanzien van dit amendement geldt derhalve dat in het individuele geval geen sprake is van dwingende redenen die een inmenging in het recht op vertrouwelijke communicatie rechtvaardigen. Tevens is de voorgestelde maatregel niet proportioneel gelet op het ontbreken van procedurele waarborgen.

b. *Concluderend*

³² De Afdeling verwijst in dit verband ook naar hetgeen zij hierover heeft opgemerkt in haar eerdere advies bij het wetsvoorstel en bij het initiatiefvoorstel van lid Ellian: [Kamerstukken II 2022/23, 36372, nr. 4](#) en advies [W16.23.00320/II](#).

³³ EHRM 25 juli 2013, [Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland](#), nrs. 11082/06 en 13772/05, par. 640 en EHRM 17 april 2012, [Piechowicz t. Polen](#), nr. 20071/07, par. 239.

³⁴ Zie ook: artikelen 3, zesde lid, en artikel 8 Richtlijn 2013/48 en [Commissievoorstel voor een richtlijn betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures en betreffende het recht op communicatie bij aanhouding \(2011/0154\)](#), p. 7-8.

³⁵ Zie voorgesteld artikel 40d Pbw.

³⁶ Toelichting in Kamerstukken II 2023/24, 36372, nr. 12.

Gelet op voorgaande concludeert de Afdeling dat de amendementen Helder en Ellian beide een inmenging in het recht op vertrouwelijke communicatie vormen, zoals beschermd in artikel 6 en artikel 8 EVRM. Nu deze inmenging wegens het ontbreken van dwingende redenen niet kan worden gerechtvaardigd, concludeert de Afdeling dat de amendementen onverenigbaar zijn met de Grondwet, het EVRM en het Unierecht.³⁷

De Afdeling wijst erop dat door het ontbreken van dwingende redenen die het maken en bewaren van opnames van vertrouwelijke communicatie tussen een gedetineerde en diens advocaat kunnen rechtvaardigen, ook het bekijken of beluisteren van de opgenomen gesprekken zoals vormgegeven in de amendementen in strijd met de Grondwet, het EVRM en het Unierecht moet worden geacht. Gelet op de geconstateerde onverenigbaarheid met de grondrechten, ziet de Afdeling af van een verdere beschouwing van de amendementen voor zover die betrekking hebben op opslag, bewaren, beluisteren en gebruiken. Wel constateert zij dat de invulling van de amendementen ook op deze punten op gespannen voet staat met de grondrechten. De Afdeling verwijst in dat verband naar de opmerkingen van meer algemene aard die hierover worden gemaakt in het kader van de beantwoording van de aanvullende vraag van de minister (punt 5b, onder ii en iii).

5. Beantwoording aanvullende vraag minister

a. *Reikwijdte beantwoording*

In het verzoek tot spoedbehandeling van de adviesaanvraag heeft de minister voor Rechtsbescherming niet alleen gevraagd naar de amendementen en hun verhouding tot de grondrechten. Tevens werd gevraagd of – indien de Afdeling de door de minister aangevoerde grondrechtelijke bezwaren onderkent – “kan worden aangegeven onder welke condities dergelijk toezicht, alsmede een regeling voor rechtmatige toegang tot deze gegevens, zoals de indieners van de amendementen voor ogen hebben wel mogelijk zou kunnen zijn”.³⁸

De Afdeling schetst in dit advies de voorwaarden die in acht genomen moeten worden bij de beantwoording van de aanvullende vraag van de minister. Daarbij gaat zij ook in op de bestaande mogelijkheden om vertrouwelijke communicatie op te nemen.

b. *Voorwaarden beperking recht op vertrouwelijke communicatie*

i. Algemeen

Het recht op vertrouwelijke communicatie met een advocaat kan slechts in uitzonderlijke situaties worden beperkt. De beperking moet kunnen worden

³⁷ Artikel 17, eerste lid, van de Grondwet en artikel 48, tweede lid, van het Handvest bieden immers minimaal dezelfde bescherming als artikel 6 van het EVRM. Dit volgt uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 17 van de Grondwet (Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 29-31) en artikel 52, derde lid, van het Handvest.

³⁸ Brief van de Minister voor Rechtsbescherming d.d. 22 maart 2024, Spoedbehandeling adviesaanvraag inzake het gewijzigde voorstel van wet tot wijziging van de Penitentiaire beginselenwet in verband met aanvullende maatregelen tegen georganiseerde criminaliteit vanuit detentie, Kamerstukken II 2023/24, 36372, nr. 22.

gerechtvaardigd op basis van dwingende redenen ('compelling reasons').³⁹ Daarvan kan sprake zijn als uit een op het individuele geval gerichte beoordeling blijkt dat: (i) er aanwijzingen zijn voor een risico op misbruik van de vertrouwelijkheid tussen de gedetineerde en diens advocaat, dan wel schending van de regels van professionele ethiek⁴⁰ of (ii) er aanwijzingen bestaan dat onbeperkt contact een gevaar oplevert binnen de inrichting.⁴¹ Wanneer sprake is van dergelijke aanwijzingen hangt af van de omstandigheden van het geval. Het moet in ieder geval gaan om feiten of informatie die een objectieve waarnemer ervan kunnen overtuigen dat de betreffende communicatie, waarop de beperking ziet, wordt misbruikt.⁴² Dit vergt meer dan een verregaande veronderstelling dat mogelijk sprake is van misbruik van de communicatie of een gevaar binnen de inrichting.⁴³

Het enkele feit dat een gedetineerde is geplaatst in de EBI of op de AIT is onvoldoende om aan te nemen dat inmenging in de vertrouwelijke communicatie kan worden gerechtvaardigd. Het EHRM heeft geoordeeld dat voor het voorkomen van gevaar binnen de inrichting het houden van visueel toezicht – waarin het wetsvoorstel van de minister voor amendering al voorzag – daarvoor voldoende wordt geacht.⁴⁴ Gelet op de strikte interpretatie van het EHRM als het gaat om uitzonderingen op het recht op vertrouwelijke communicatie, acht de Afdeling het onwaarschijnlijk dat het EHRM verdere beperkingen van het recht op vertrouwelijke communicatie zou toelaten.

Nadrukkelijk moet de afweging worden gemaakt op grond van een individuele beoordeling. Generieke maatregelen die een beperking vormen op het recht op vertrouwelijke communicatie zijn daarmee uitgesloten.⁴⁵ Daarbij geldt dat de dwingende redenen niet in zijn algemeenheid kunnen worden afgeleid uit bijvoorbeeld de aard van het delict waarvoor een gedetineerde is veroordeeld of waarvan de gedetineerde wordt verdacht.

Als er dwingende redenen zijn om het recht op vertrouwelijke communicatie te beperken, moet vervolgens worden bezien of die beperking ook proportioneel is. Daarvoor is onder andere van belang of het beoogde doel ook met minder beperkende maatregelen kan worden bereikt en of de beperking gepaard gaat met procedurele

³⁹ Zie onder meer EHRM 25 juli 2013, [Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland](#), nrs. 11082/06 en 13772/05, par. 632 en EHRM 2 maart 2017, [Moroz t. Oekraïne](#), nr. 5187/07, par. 67.

⁴⁰ Zie onder meer EHRM 13 april 2009, [Rybacki t. Polen](#), nr. 52479/99, par. 59 en EHRM 28 november 1991, [S. t. Zwitserland](#), nrs. 12629/87 en 13965/88, par. 49, EHRM 25 juli 2013, [Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland](#), nrs. 11082/06 en 13772/05, par. 634 en 640-641 en EHRM 16 oktober 2001, [Brennan t. Verenigd Koninkrijk](#), nr. 39846, par. 59. Zie ook de conclusie van PG Silvis [van 12 januari 2021](#), [ECLI:NL:PHR:2021:18](#), par. 3.3-3.6 en de conclusie van PG Hartevelde van [8 december 2023](#), [ECLI:NL:PHR:2023:1122](#).

⁴¹ EHRM 12 mei 2005, [Öcalan t. Turkije](#), nr. 46221/99 en EHRM 13 juni 2007, [Castravet t. Moldavië](#), nr. 23393/05.

⁴² EHRM 17 april 2012, [Piechowicz t. Polen](#), nr. 20071/07, par. 239.

⁴³ EHRM 25 juli 2013, [Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland](#), nrs. 11082/06 en 13772/05, par. 640.

⁴⁴ EHRM 12 mei 2005, [Öcalan t. Turkije](#), nr. 46221/99 en EHRM 13 juni 2007, [Castravet t. Moldavië](#), nr. 23393/05.

⁴⁵ Zie onder meer EHRM 13 juni 2007, [Castravet t. Moldavië](#), nr. 23393/05, par. 58.

waarborgen.⁴⁶ Een waarborg kan bijvoorbeeld de voorafgaande toetsing van die beperking door een rechter betreffen, maar ook de betrokkenheid van onafhankelijke advocaten bij de beoordeling wat al dan niet vertrouwelijk moet blijven.⁴⁷ De vraag of een beperking proportioneel is, kan ook worden beantwoord met het oog op de duur en intensiteit van de beperking.⁴⁸ Een maatregel die voor onbeperkte tijd geldt, waardoor gedetineerden op geen enkel moment de mogelijkheid hebben gebruik te maken van het recht op vertrouwelijke communicatie, is niet proportioneel.⁴⁹

Deze voorwaarden moeten in acht worden genomen bij het aanbrengen van beperkingen van het recht op vertrouwelijke communicatie. Zoals reeds in punt 4 van dit advies toegelicht, is van een beperking op dat recht al sprake op het moment dat de vertrouwelijke communicatie wordt opgenomen of bewaard.⁵⁰ Daarvoor is niet van belang of de opnames ook daadwerkelijk worden beluisterd of bekeken. Niettemin is er wel enige ruimte om in het individuele geval het recht op vertrouwelijke communicatie te beperken.

ii. Opslaan en bewaren

Voor het opslaan van opgenomen vertrouwelijke communicatie geldt dat dit wordt genormeerd door het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, dat onder meer is vervat in artikel 8 EVRM. Opnames van gesprekken tussen gedetineerden en hun advocaten bevatten immers (potentieel gevoelige) persoonsgegevens. Het nationale recht moet passende waarborgen bieden om gebruik van persoonsgegevens dat zich mogelijk niet verdraagt met het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer te voorkomen.⁵¹ Dat is des te meer van belang wanneer het gaat om persoonsgegevens die automatisch worden verwerkt en voor opsporingsdoeleinden worden gebruikt. Alléén gegevens die relevant zijn voor het te dienen doel mogen worden verzameld en die gegevens mogen niet langer worden bewaard dan nodig is.⁵² Dat te dienen doel moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving.⁵³

⁴⁶ Zie onder meer EHRM 13 juni 2007, [Castravet t. Moldavië](#), nr. 23393/05, par. 59 en EHRM 2 november 2010, [Sakhnovskiy t. Rusland](#), nr. 21272/03, par. 106.

⁴⁷ Zie onder meer EHRM 25 juli 2013, [Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland](#), nrs. 11082/06 en 13772/05, par. 634, EHRM 25 maart 1998, [Kopp t. Zwitserland](#), nr. 13/1997/797/1000, par. 74 en EHRM 9 april 2009, [Kolesnichenko t. Rusland](#), nr. 19856/04, par. 34.

⁴⁸ Zie onder meer de conclusie van PG Silvis [van 12 januari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:18](#), par. 3.6, onder verwijzing naar EHRM 13 april 2009, [Rybacki t. Polen](#), nr. 52479/99, par. 61.

⁴⁹ Zoals voorgesteld in amendement Helder. De inperking mag de effectiviteit van het recht op rechtsbijstand niet aantasten. Zie onder andere EHRM 2 november 2010, [Sakhnovskiy t. Rusland](#), nr. 21272/03, par. 102.

⁵⁰ Zie hiervoor onder meer EHRM 13 juni 2007, [Castravet t. Moldavië](#), nr. 23393/05, par. 60, EHRM 2 november 2010, [Sakhnovskiy t. Rusland](#), nr. 21272/03, par. 102, EHRM 27 maart 2002, [Aalmoes en 112 anderen t. Nederland](#), nr. 16269/02, EHRM 7 november 2017, [Dudchenko t. Rusland](#), nr. 37717/05, par. 89 en EHRM 25 maart 1998, [Kopp t. Zwitserland](#), nr. 13/1997/797/1000, par. 53.

⁵¹ EHRM 25 februari 1997, [Z. t. Finland](#), nr. 22009/93, par. 95.

⁵² Ook het Unierecht vereist dat gegevens niet langer worden bewaard dan noodzakelijk. Onder andere de bewaartermijn bepaalt de ernst van de inbreuk op het recht. Zie HvJEU 8 april 2014, Digital Rights Ireland, [ECLI:EU:C:2014:238](#).

⁵³ EHRM 25 februari 1997, [Z. t. Finland](#), nr. 22009/93, par. 94.

Voor het bepalen van een redelijke termijn voor het bewaren van gegevens wijst de Afdeling ter illustratie op telefoongesprekken van gedetineerden die in verband met het houden van toezicht binnen de penitentiaire inrichting zijn opgenomen. Die opgenomen gesprekken mogen maximaal vier maanden worden bewaard.⁵⁴ Een bewaartermijn van vijf jaar is aanzienlijk langer en lijkt in verhouding daartoe disproportioneel.⁵⁵

Om te voldoen aan het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, dient de inbreuk ook proportioneel te zijn.⁵⁶ Dit houdt onder meer in dat de wet voldoende garanties moet bieden tegen misbruik van de verzamelde gegevens.⁵⁷ Zo moet de wet waarborgen bieden om te voorkomen dat de gegevens voor een ander doel worden gebruikt dan waarvoor ze zijn verzameld. Die garanties moeten ook bestaan uit het bieden van mogelijkheden aan betrokkenen om te verzoeken de opnames te verwijderen.⁵⁸ Voorts moet de nationale wetgeving ook garanderen dat de opnames veilig kunnen worden opgeslagen en beschermd. Dit klemt eens te meer voor opnames van vertrouwelijke gesprekken tussen gedetineerden en hun advocaat. Het opslaan en voor langere tijd bewaren van de gegevens brengt een risico met zich mee op hackaanvallen en lekken. Dergelijke risico's moeten worden uitgesloten, of in ieder geval in grote mate worden beperkt, als een grondslag voor het maken en bewaren van dergelijke opnames wordt gecreëerd.

iii. Beluisteren en gebruiken opnames

Tevens staat de Afdeling stil bij de mogelijkheden om opgenomen vertrouwelijke communicatie te kunnen bekijken of beluisteren en deze te gebruiken. Het uitluisteren van de opgenomen gesprekken is een verregaande inmenging in het recht op vertrouwelijke communicatie met een advocaat. Daarvoor hoeft het niet te gaan over het uitluisteren door de vervolgende autoriteiten.⁵⁹ Ook het uitluisteren van de opnames door een bij wet ingestelde, onafhankelijke commissie, vormt een op zichzelf staande beperking van het recht op vertrouwelijkheid.⁶⁰

Voor het uitluisteren van de opnames geldt dat dwingende redenen aanwezig moeten zijn, de beperking proportioneel moet zijn en er voldoende waarborgen gepaard moeten gaan met de inbreuk, zoals hiervoor uitgewerkt. De Afdeling merkt op dat die dwingende redenen aanwezig moeten zijn voorafgaand aan het bekijken of beluisteren van opgenomen vertrouwelijke communicatie en niet door middel van het beluisteren of bekijken van de opnames mogen worden gezocht. Een grondslag om alle opnames te beluisteren zonder dat in het individuele geval is beoordeeld of sprake is van dwingende redenen voldoet hieraan niet.⁶¹

⁵⁴ Artikel 23a, eerste lid, Penitentiaire maatregel.

⁵⁵ Een dergelijk lange bewaartermijn wordt voorgesteld in het amendement Helder, terwijl niet blijkt wat de noodzaak daarvoor is.

⁵⁶ Artikel 8, tweede lid, EVRM.

⁵⁷ EHRM 4 december 2008, [S. and Marper t. Verenigd Koninkrijk](#), nrs. 30562/04 en 30566/04, par. 101-104, EHRM 22 juni 2017, [Aycaguer t. Frankrijk](#), nr. 8806/12, par. 33 en 38.

⁵⁸ EHRM 4 december 2008, [S. and Marper t. Verenigd Koninkrijk](#), nrs. 30562/04 en 30566/04, par. 99 en EHRM 22 juni 2017, [Aycaguer t. Frankrijk](#), nr. 8806/12, par. 38.

⁵⁹ Zie onder meer EHRM 25 juli 2013, [Khodorkovskiy en Lebedev t. Rusland](#), nrs. 11082/06 en 13772/05 en EHRM 17 april 2012, [Piechowicz t. Polen](#), nr. 20071/07.

⁶⁰ De Afdeling wijst er in dit verband op de maatregel zoals voorgesteld in het amendement Ellian om deze reden niet voldoet aan de gestelde vereisten.

⁶¹ Dit geldt voor de maatregel zoals voorgesteld in het amendement Ellian.

In aanvulling hierop wijst de Afdeling er nog op dat de verwachting is dat niet alle opnames van vertrouwelijke communicatie in hun geheel zien op de gerezen verdenking van misbruik daarvan. De opnames kunnen ook mededelingen bevatten die onder het verschoningsrecht vallen en betrekking hebben op de rechtsbijstand aan de gedetineerde. Het EHRM acht van belang dat in de wet regels of voorwaarden moeten worden opgenomen op basis waarvan een schifting kan worden gemaakt tussen delen van opnames die wel en delen die niet vertrouwelijk moeten blijven. Zonder een schifting aan de hand van vooraf vastgestelde wettelijke regels of voorwaarden is sprake van een disproportionele beperking van het recht op vertrouwelijkheid.⁶²

c. *Bestaande mogelijkheden*

De Afdeling heeft in het voorgaande het kader geschetst waarbinnen het mogelijk is om het recht op vertrouwelijke communicatie tussen de advocaat en diens cliënt te beperken. Die mogelijkheden zijn zeer beperkt en slechts mogelijk in uitzonderlijke omstandigheden. In dat verband is ook van belang welke mogelijkheden het bestaande wettelijke kader reeds biedt.

Het Wetboek van Strafvordering bevat dwangmiddelen waarmee besloten gesprekken tussen twee of meer personen kunnen worden opgenomen in het kader van een opsporingsonderzoek.⁶³ Dat opnemen kan plaatsvinden door gebruik te maken van bijvoorbeeld richtmicrofoons of camera's. De inzet van dit dwangmiddel is alleen mogelijk op basis van een bevel van een officier van justitie. Daarvoor is vereist dat het onderzoek de inzet van het middel dringend vordert. Het bevel kan telkens gelden voor een periode van ten hoogste vier weken en moet vooraf worden gegaan door een schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris.⁶⁴

Het is bij wet niet uitgesloten dat dit dwangmiddel wordt ingezet tegen verschoningsgerechtigden zoals advocaten.⁶⁵ Voor de vraag of de gesprekken van een advocaat mogen worden opgenomen en uitgeluisterd, is van belang of de advocaat als verdachte is aangemerkt of niet. Als de advocaat geen verdachte is in het strafrechtelijk onderzoek, maar er zijn toch vertrouwelijke gesprekken tussen die advocaat en diens cliënt opgenomen, geldt de vernietigingsplicht.⁶⁶ Op grond van de vernietigingsplicht moeten alle processen-verbaal of andere voorwerpen die mededelingen bevatten van of aan verschoningsgerechtigden onmiddellijk worden vernietigd zodra de opsporingsambtenaar bekend raakt met het geprivilegieerde

⁶² Zie onder meer EHRM 25 maart 1998, [Kopp t. Zwitserland](#), nr. 13/1997/797/1000, par. 73. Volgens de Hoge Raad ontbreekt op dit moment een wettelijke regeling die is toegesneden op de situatie waarin gegevens worden verzameld terwijl op voorhand niet duidelijk is of en, zo ja, in hoeverre de gegevens onder het functioneel verschoningsrecht vallen. Zie [Hoge Raad 12 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375, r.o. 3.1](#).

⁶³ Op grond van artikelen 126l, 126s en 126zf Wetboek van Strafvordering. In de artikelen wordt gesproken over 'vertrouwelijke gesprekken'. Het gaat hier niet om vertrouwelijk in de zin van geprivilegieerd contact.

⁶⁴ Artikel 126l, eerste, vierde en zesde lid, Sv en artikel 126s, eerste, vierde en zesde lid, Sv. Voor iedere verlenging is een machtiging van de rechter-commissaris vereist.

⁶⁵ [Kamerstukken II 1997/98, 25403, nr. 7](#), p. 76 en de titels 'Opnemen gesprekken en andere opsporingsbevoegdheden', 'Bescherming van gesprekken tussen advocaat en cliënt' in de [Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten](#).

⁶⁶ Neergelegd in artikel 126aa, tweede lid, Sv.

karakter daarvan. Op die manier wordt verzekerd dat de gegevens die onder het verschoningsrecht vallen geen deel uitmaken van de processtukken in het verdere verloop van een strafproces.⁶⁷

Wanneer een advocaat daarentegen wel als verdachte is aangemerkt, kan de communicatie tussen die advocaat en diens cliënt ook gericht worden opgenomen na machtiging van de rechter-commissaris.⁶⁸ Recent is van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.⁶⁹ Vernietiging van de gegevens kan dan achterwege blijven. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de officier van justitie, voordat gebruik kan worden gemaakt van de gemaakte opnames, het oordeel van een gezaghebbend lid van de beroepsgroep dient te vragen.⁷⁰

Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat de rechter-commissaris een centrale rol heeft bij de selectie van de geprivilegieerde gegevens als dat nodig is om het verschoningsrecht van geheimhouders te waarborgen.⁷¹ De rechter-commissaris beslist dan of de geprivilegieerde gegevens aan het strafdossier kunnen worden toegevoegd – en dus door opsporingsambtenaren kunnen worden bekeken – omdat voor die gegevens geldt dat het belang van de waarheidsvinding moet prevaleren boven het belang van het verschoningsrecht.

Gelet op het voorgaande is het zeer de vraag of er nog ruimte bestaat voor een uitbreiding van de mogelijkheden naast al bestaande strafvorderlijke mogelijkheden voor het afluisteren van gesprekken tussen gedetineerden en hun advocaat.

d. *Aanvullende initiatieven*

De Afdeling begrijpt de problematiek die ten grondslag ligt aan de amendementen en de behoefte om te voorkomen dat vertrouwelijke communicatie tussen een advocaat en de gedetineerde wordt misbruikt. Zoals hiervoor uiteengezet zijn de mogelijkheden om die vertrouwelijke communicatie te beperken zeer beperkt en is dat slechts mogelijk in uitzonderlijke omstandigheden. Vandaar dat de Afdeling ook wijst op aanvullende initiatieven die vanuit de advocatuur worden genomen om de weerbaarheid en veiligheid van advocaten te versterken. Zoals in de vorm van weerbaarheidstrainingen, collegiale ondersteuning, en in de vorm van wetenschappelijk onderzoek. Daarbij bestaat specifiek aandacht voor de bijstand aan gedetineerden in extra beveiligde detentieregimes.⁷² Dergelijke initiatieven zouden ook ontwikkeld kunnen worden met betrekking tot de weerbaarheid en veiligheid van andere geheimhouders.

6. Tweede amendement van het lid Ellian

⁶⁷ Zie onder meer [Kamerstukken II 1997/98, 25403, nr. 7](#), p. 76-77.

⁶⁸ Niet uitgesloten is dat een advocaat in dat geval onder druk is gezet door de gedetineerde of daaraan verbonden personen. Onder omstandigheden kan de advocaat ook dan als verdachte worden aangemerkt.

⁶⁹ Zie ter illustratie de uitspraak van de [Rechtbank Amsterdam 23 januari 2023](#), [ECLI:NL:RBAMS:2023:195](#), r.o. 3.2.

⁷⁰ In het geval van advocaten is dat de deken. Zie [Kamerstukken II 1996/97, 25403, nr. 3](#), p. 83. Met de inwerkingtreding van artikel 126aa Sv is niet beoogd die praktijk te veranderen.

⁷¹ Zie onder meer [Hoge Raad 12 maart 2024](#), [ECLI:NL:HR:2024:375](#), r.o. 6.5.4 en [Rechtbank Amsterdam 23 januari 2023](#), [ECLI:NL:RBAMS:2023:195](#), r.o. 3.2.

⁷² NOvA, [Consultatie wetsvoorstel in verband met aanvullende maatregelen tegen georganiseerde criminaliteit in detentie](#), 3 januari 2023.

De minister heeft de Afdeling verzocht advies uit te brengen over het wetsvoorstel tot wijziging van de Pbw zoals gewijzigd als gevolg van amendementen die op 12 maart 2024 door de Tweede Kamer zijn aangenomen.⁷³ In het licht van deze adviesaanvraag en gelet op de aard van de door de minister gestelde vragen in het verzoek tot spoedbehandeling, merkt de Afdeling op dat tevens een amendement van het lid Ellian is aangenomen dat betrekking heeft op de bezoek- en telefoonrechten van gedetineerden.⁷⁴ Het amendement vloeit voort uit het initiatiefwetsvoorstel van het lid Ellian tot wijziging van de Penitentiaire beginselenwet, waarover de Afdeling op 24 januari jl. heeft geadviseerd.⁷⁵

De formulering van het amendement is enigszins aangepast ten opzichte van de in het initiatiefwetsvoorstel voorgestelde bepaling. Desondanks leidt het amendement er feitelijk nog steeds toe dat gedetineerden in de EBI en op de AIT geen wettelijk recht meer hebben op bezoek van of telefonisch contact met niet-geprivilegieerde contacten, doordat het in plaats van een ondergrens een bovengrens stelt aan de duur en frequentie van het bezoek en telefonisch contact. De Afdeling merkt daarom op dat het eerdere advies van de Afdeling op dit punt onverminderd van toepassing is.

In dat advies heeft de Afdeling erop gewezen dat het loslaten van een ondergrens voor deze vormen van contact in strijd is met het recht op privé- en familielevens in de zin van artikel 8 EVRM. De voorgestelde bovengrens laat bovendien weinig ruimte om maatwerk te leveren. Voldoende ruimte voor maatwerk is niet alleen van belang vanuit een grondrechtelijk perspectief, maar ook met het oog op een veilige tenuitvoerlegging van de detentie en verantwoorde resocialisatie. De Afdeling adviseerde daarom de ondergrens voor bezoek en telefonisch contact te handhaven en af te zien van de voorgestelde bovengrens.⁷⁶

De waarnemend vice-president van de Raad van State,

⁷³ Kamerstukken II 2022/23, 36372, nr. 22.

⁷⁴ Amendement van het lid Ellian over het aanscherpen van het regime in EBI's en AIT's, [Kamerstukken II 2023/24, 36372, nr. 9](#).

⁷⁵ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 24 januari 2024 over het wetsvoorstel tot wijziging van de Penitentiaire beginselenwet in verband met de toevoeging van een regel ter aanscherping van het regime in extra beveiligde inrichtingen en afdelingen intensief toezicht (Wet aanscherping EBI- en AIT-regime), [W16.23.00320/II](#).

⁷⁶ Idem, punt 6.