

HC 4B, 16-05-2017, Positie verschoningsgerechtigden

Deze hele week (dus hc B ook) bekijken we de dwangmiddelen vanuit een ander perspectief dan tot nu toe. Dus niet rechtstreeks vanuit de bevoegdheden, maar vanuit de positie van een aantal belangrijke spelers. Vrijdag is de r-c aan de beurt en vandaag de positie van verschoningsgerechtigden bij de toepassing van dwangmiddelen.

Opbouw

1. art. 218 Sv

- achtergrond
- subjecten
- object
- beoordeling omvang

2. Enkele specifieke dwangmiddelen

- inbeslagneming, art. 98 lid 1 Sv
- doorzoeking, art. 98 lid 2 Sv

Art. 218 Sv

Dat is de centrale bepaling voor vandaag. Hier wordt steeds naar verwezen bij dwangmiddelen en deze is richtinggevend voor de vragen die vandaag centraal staan, zoals: Zou je zomaar het kantoor van een advocaat kunnen doorzoeken ter inbeslagneming? Hoe zit het dan met al die vertrouwelijke gegevens in die dossierkasten? Kan een arts worden verplicht een medisch dossier af te geven? Je komt dan steeds terug bij deze bepaling. Je ziet het ook direct al bij art. 98 lid 1 Sv. Art. 98 lid 1 zegt: 'Bij personen met bevoegdheid tot verschoning, als bedoeld bij art. 218, worden, tenzij met hun toestemming, niet in beslag genomen brieven of andere geschriften, tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt.' Daar gaan we straks nog iets dieper op in.

Dit artikel komt na een aantal andere belangrijke bepalingen die gaan over verschoningsrecht; art. 216 en 217; de toekenning van het verschoningsrecht aan bloed- en aanverwanten van verdachten. Dan komt art. 218: 'Van het geven van getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen kunnen zich ook verschoonen zij die uit hoofde van hun stand, beroep of ambt tot geheimhouding verplicht zijn, doch alleen omtrent hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zoodanig is toevertrouwd'.

Waar is deze bepaling opgenomen? In de vierde afdeling ('het verhoor van den getuige'), van titel III van het Tweede Boek WvSv. Deze titel III omvat 'Onderzoek door de rechter-commissaris', dus dit verschoningsrecht geldt primair voor het verhoor bij de r-c, maar het geldt ook zeker ter zitting; Eerste afdeling ('Onderzoek op de terechtzitting') van Titel VI van het Tweede Boek van het WvSv: art. 290 lid 5 Sv, dit is een schakelbepaling.

Die bepaling geeft dan uiteindelijk de daar bedoelde genoemde personen het recht om bepaalde vragen niet te beantwoorden of misschien zelfs geen enkele verklaring af te leggen, althans voor zover die vragen betrekking hebben op hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zodanig is toevertrouwd. Oftewel 218 geeft bepaalde getuigen het recht over bepaalde aangelegenheden te zwijgen als hen daarnaar gevraagd wordt.

Verband met de getuigplicht

Normale getuigen moeten gewoon antwoorden als hen een vraag wordt gesteld; zij hebben een getuigplicht. Deze blijkt uit art. 444 jo. 192 Sr. Het verschoningsrecht is dus een uitzondering op de normale situatie; de getuigplicht. Als normale getuigen niet spreken kunnen zij strafbare feiten plegen, art. 221, 222, 223 en 294 (gijzeling). Uit deze artikelen kun je de getuigplicht afleiden.

Heb je een verschoningsrecht, dan geldt deze getuigplicht dus niet voor jou. Dit verschoningsrecht geldt dus tegenover de r-c als hem op vordering van de OvJ bijvoorbeeld gevraagd wordt getuigen te horen en ook voor de zittingsrechter die getuigen oproept ter zitting. Je vindt in het wetboek geen bepaling die iets zegt over wat er nu gebeurt als je als getuige wordt opgeroepen op het politiebureau te verschijnen. Wat is de positie van een verschoningsgerechtigde tegenover een opsporingsambtenaar? Nergens in het wetboek vind je een bepaling die art. 218 doet uitstrekken voor de formele vervolging. Art. 218 kun je niet inroepen, die geldt alleen tegenover de r-c en ter terechtzitting. Als je in dit geval niet antwoordt, pleeg je dan een strafbaar feit? Nee, die getuigplicht

geldt niet tegenover een opsporingsambtenaar, daar hoef je als uitzondering dus ook geen verschoningsrecht tegenover te zetten.

Als de persoon bedoeld in art. 218 zich niet wil uitlaten over iets wat hem in zijn hoedanigheid is toevertrouwd, zal de rechter daar in beginsel ook genoeg mee nemen. Het zwijgen levert geen strafbaar feit op en hij zal niet gegijzeld kunnen worden.

Subjecten

Op wie ziet dan die bepaling? Want dit verschoningsrecht is nogal wat. Waarheidsvinding staat hoog in het vaandel in ons recht. Dus wie hebben dan dat verschoningsrecht? De wet noemt geen specifieke beroepsgroepen, dat betekent uiteindelijk een opdracht/bevoegdheid van de rechter om te bepalen wie onder deze bepaling vallen.

Wat laat die rechtspraak dan vervolgens zien? Een beperkte toekenning van dit verschoningsrecht, omdat het haaks staat op de getuigplicht (en dat grote belang van waarheidsvinding):

- In ieder geval het 'klassieke kwartet': advocaat, notaris, arts, geestelijke.

Dit zijn niet de enigen, je ziet mondjesmaat een uitbreiding van de toekenning van het verschoningsrecht aan andere beroepsgroepen. Bijvoorbeeld:

-Juridisch medewerker Bureau voor Rechtshulp

-Reclasseringsmedewerker, afhankelijk van de taak van de medewerker

-Patiëntenvertrouwenspersoon in een ziekenhuis

-Apotheker

-Medewerker Raad van de Kinderbescherming

-Inspectie voor de Gezondheidszorg als zodanig, die heeft een afgeleid verschoningsrecht gekregen.

Niet: belastingadviseur, registeraccountant.

Ratio verschoningsrecht

Waarom is dit recht er eigenlijk? Ten aanzien van dat klassieke kwartet komt de Hoge Raad uiteindelijk tot het volgende, NJ 1986, 173: 'In een in Nederland geldend *algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene voor bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden*'. Hier is ook duidelijk een link met art. 8 EVRM; Niemitz, Campbell & Aalmoes. Volgens de literatuur kunnen deze personen hun beroep niet goed uitoefenen als ze niet ook een verschoningsrecht hebben. Deze mensen bieden *existentiële hulpverlening*, daarvoor is het verschoningsrecht een basisvoorwaarde. Het belang van waarheidsvinding is ondergeschikt aan het belang van goede hulpverlening.

De toekenning van het verschoningsrecht aan personen die zich niet (direct) bezig houden met die existentiële hulpverlening wordt door de HR niet op voorhand uitgesloten in dit arrest. Uit dit arrest blijkt dat de rechter steeds twee vragen positief moet beantwoorden wil een getuige die niet de status heeft van existentiële hulpverlening toch onder de werking van art. 218 kunnen vallen. Dat zijn natuurlijk vrij hoge drempels, vandaar ook de beperkte toekenning van dit verschoningsrecht:

1. Kunnen de belangen van degene met wie de getuige in een functionele relatie staat, niet naar behoren worden gediend indien die getuige geen verschoningsrecht heeft?

2. Weegt de geheimhouding zodanig zwaar dat deze ook ten opzichte van de rechter moet gelden, m.a.w. moet de waarheidsvinding het afleggen tegen de geheimhoudingsplicht?

Er is nogal wat discussie over dit verschoningsrecht, daarom verandert er ook nog wel eens wat.

Zo is er al een tijd lang discussie op het terrein van kindermishandeling, al lijkt dat sinds eind vorig jaar wel enigszins beslecht te zijn. Lange tijd is daar gesproken over de vraag of er niet ook een meldplicht zou moeten bestaan voor artsen. Dat is een hele moeilijk afweging. Stel de arts wordt geconfronteerd met een kind dat vermoedelijk wordt mishandeld. Zou een arts dan de plicht moeten hebben dit te melden aan justitie? Eind vorig jaar is uiteindelijk vanuit de artsen gesteld dat ze daar niet aan gaan beginnen. Dat hele spanningsveld van het verschoningsrecht en de geheimhoudingsplicht spelen daarbij een rol. Wel bestaat er op dit punt een zogenoemd meldrecht. Dat is natuurlijk ook een oplossing: Als je ermee wordt geconfronteerd en je vindt dat er iets aan gedaan moet worden, dan heb je tenminste wel een mogelijkheid om het te melden. Dan mag je een

uitzondering maken op die geheimhoudingsplicht die je normaal gesproken hebt. Op dit moment is er op dit punt alweer een verplichte meldcode. Dat is een protocol dat bepaalde instanties verplicht moeten hebben ingevoerd, dat heeft dan te maken met de vraag hoe daarmee omgegaan moet worden en in welke gevallen er sprake is van een meldrecht.

Ter relativering is het ook wel goed om op iets anders te wijzen. Voor een ieder die geen verschoningsrecht heeft kennen we natuurlijk nog art. 293 Sv, dat ook wel eens in de literatuur het pseudo-verschoningsrecht wordt genoemd. Dit is gezet in de sleutel van het beletten van het beantwoorden van vragen; de rechter mag de getuige beletten bepaalde vragen te beantwoorden, maar daar licht het initiatief heel erg bij procespartijen en de rechter zelf.

Samenwerken met verschoningsgerechtigden

Als we teruggaan naar dat klassieke kwartet, dan zien we dat die in ieder geval beschikken over een verschoningsrecht. Maar hoe zit het met mensen die met hen samenwerken, zoals een doktersassistente, secretaresse van de advocaat, tolk? Want als de arts niets zou zeggen, zou je dan alsnog al die informatie uit de secretaresse kunnen krijgen? Dan zou je heel makkelijk het verschoningsrecht kunnen omzeilen.

Daarom is er een zogenaamd ‘*afgeleid verschoningsrecht*’; personen die nauw samenwerken met verschoningsgerechtigden kunnen in situaties verzeild raken waarin ze niet hoeven getuigen. Een paar voorbeelden:

-NJ 1949, 66 (personeel advocatenkantoor)

-NJ 2005, 273 (rechtspersoon/instelling voor jeugdpsychiatrie)

Hierover later meer bij specifieke dwangmiddelen

Object/omvang verschoningsrecht

Vervolgens is de vraag: wat omvat dit recht dan zoal? Dat noemt men het object. Waarover hoef je dan niet te getuigen? Art. 218 geeft daar zelf ook al een aanwijzing over: *datgene waarvan de wetenschap aan hen als zodanig is toevertrouwd* (=object), alleen ten aanzien van dat kan dat verschoningsrecht worden ingeroepen. Als een advocaat wordt opgeroepen als getuige is het dus niet zo dat hij een absoluut recht tot zwijgen heeft.

Alweer een paar jaar geleden was hierover een aanbeveling. De civiel jurist Franken schreef toen: ‘Het object van verschoning omvat alle vertrouwelijke gegevens, over en weer tussen cliënt en beroepsbeoefenaar uitgewisseld, hetzij mondeling, hetzij schriftelijk, *mits de beroepsbeoefenaar in zijn hoedanigheid is opgetreden en met het oogmerk zijn specifieke deskundigheid aan te wenden ten dienste van de cliënt*’. Alles wat de advocaat ter ore komt buiten dat functionele verband tussen cliënt en geheimhouder, valt niet onder het verschoningsrecht. Bijvoorbeeld: Een advocaat ziet een aanrijding, stel dat hij later wordt gevraagd als advocaat van de veroorzaker. Hij mag zich dan niet verschonen van hetgeen hij heeft waargenomen van het ongeluk, want dat is niet toevertrouwd in die functionele relatie; het was immers daarvoor.

Het gaat dus om een toevertrouwen van de cliënt aan de geheimhouder, maar het is meer dan toevertrouwen. Uiteraard zal het ook voorkomen dat de hulpverlener aan de slag zal gaan en op onderzoek zal gaan. Alles wat uit dat onderzoek komt, valt ook onder het verschoningsrecht. HR NJ 13, pagina 961: ‘Een ieder moet erop kunnen rekenen dat hetgeen een medicus uit eigen onderzoek te weten komt over de patiënt, geheim blijft’. Dit is inclusief mededelingen van derden aanwezig bij een bespreking, bijvoorbeeld een advocaat-cliënt gesprek (bijvoorbeeld moeder jeugdige verdachte is mee).

Oordeel omvang verschoningsrecht

Op een gegeven moment wordt de advocaat als getuige opgeroepen. Dan zegt hij: op die vraag geef ik geen antwoord, dat valt onder mijn verschoningsrecht. De rechter neemt daar vervolgens genoegen mee. *Uiteindelijk is het de beroepsbeoefenaar zelf die bepaalt of hij zich beroept op het verschoningsrecht, ook het oordeel van de omvang wordt door de verschoningsgerechtigde bepaald*. Het is dus niet de cliënt die dit bepaalt. Je hebt een verschoningsrecht, geen -plicht! (NJ 1992, 315).

Als de advocaat zich hierop beroept, zal de rechter dit toetsen. Dit zal hij uiteraard *marginaal* doen. Dus in beginsel bepaalt de verschoningsgerechtigde zelf de omvang. Meestal ga je daar als rechter mee akkoord, vooral bij het klassieke kwartet.

Het *klachtrecht* ligt dus ook bij de verschoningsgerechtigde. **LJN BX4284**: Daar had een arts uiteindelijk een medisch dossier overgeleverd van een mishandeld kind aan het OM. De betrokken vader die als verdachte was aangemerkt, klaagde daarover bij de raadkamer. De Hoge Raad vond dat de vader terecht niet-ontvankelijk was verklaard, omdat alleen de arts klachtgerechtigde was.

Enige specifieke dwangmiddelen

Dan gaat het om de inbeslagneming en doorzoeking. Art. 98 Sv geeft bepalingen over beslag en doorzoeking bij een geheimhouder. De algemeenheden van doorzoeking en inbeslagneming hebben we al besproken. Waar gaat art. 98 om? Het verschoningsrecht zou gefrustreerd kunnen worden als alleen datgene wat mondeling is toevertrouwd, zou worden beschermd. Het is niet vreemd dat bijvoorbeeld ook de correspondentie tussen advocaat en cliënt wordt beschermd. Dat geldt ook voor aantekeningen van gesprekken, etc.

Art. 98 lid 1 zegt dan vervolgens: 'Bij personen met bevoegdheid tot verschoning, als bedoeld in art. 218, worden, tenzij met hun toestemming, niet in beslag genomen brieven of andere geschriften, tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt. De rechter-commissaris is bevoegd ter zake te beslissen' (r-c art. 104 Sv). Die laatste zin moeten we nog wel even bespreken: 'de r-c is bevoegd ter zake te beslissen'. Die zin kennen we nog niet heel erg lang, pas vanaf de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit. Het was toch juist de geheimhouder die mocht bepalen wat de omvang is van dat verschoningsrecht? Maar nu mag de r-c dat ineens beslissen? Hoe zit dat? Daar valt niet echt een goed antwoord op te geven, het is een beetje onduidelijk. Er is wel een houvast in de MvT, daarin wordt gezegd: 'dit beoogt geen afwijking te vormen van bestaande jurisprudentie' dus dan moet je ervan uit gaan dat het nog steeds de geheimhouder is die de omvang bepaalt. Misschien heeft het iets te maken met een bepaalde trend dat de r-c steeds wordt gepositioneerd als dé centrale persoon. In relatie tot art. 96c Sv; daar ligt ook nog een wetsvoorstel wat betreft de spoeddoorzoeking bij woningen en kantoren van geheimhouders. De r-c is principieel de aangewezen persoon dit te doen.

Er zou ook nog een relatie kunnen liggen met de relativering van het verschoningsrecht. Want als er sterke twijfels bestaan over het standpunt van de geheimhouder, dan zal de r-c er ook bij moeten komen om daarover een beslissing te nemen. Want wat nu als je er donder op kunt zeggen dat het standpunt van de advocaat echt onjuist is? Stel dat je allerlei aanwijzingen hebt dat de advocaat allemaal dingen onder het verschoningsrecht wil laten vallen terwijl dat helemaal niet de bedoeling is. Hoe los je dat dan op? Daarvoor heb je dan een r-c die dit kan doorbreken en die zegt: We gaan toch in beslag nemen want ik heb zeer sterke twijfel over dit standpunt. Feitelijk wordt het materiaal dan vaak verzegeld en in een kluis gelegd. De advocaat mag dan een klaagschrift indienen bij de raadkamer van de rechtbank, die zal dan oordelen of het onder het verschoningsrecht valt. Dan gaat het vervolgens terug naar de advocaat als zij vinden dat het er onder valt, en anders gaat het naar het OM als zij vinden dat het er niet onder valt. Uiteindelijk is er dan nog de mogelijkheid van cassatie bij de Hoge Raad. Hiervoor is de r-c hier bij betrokken, maar ook voor andere uitzonderlijke situaties of in gevallen waarbij het de vraag is of er daadwerkelijk toestemming is verleend door de advocaat.

Het object van art. 98 lid 1

'Brieven of andere geschriften, tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt'. Dat is wel een lastig stukje. Je kunt je ook voorstellen dat er sprake is van elektronische bestanden die worden uitgewisseld, daar is een aparte bepaling voor, art. 125l Sv: 'Naar gegevens die zijn ingevoerd door of vanwege personen met bevoegdheid tot verschoning als bedoeld in art. 218, vindt, tenzij met hun toestemming, geen onderzoek plaats voor zover daartoe hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt. Een onderzoek in een geautomatiseerd werk waarin zodanige gegevens zijn opgeslagen, vindt, tenzij met hun toestemming, slechts plaats, voor zover dit zonder schending van het stand-, beroeps-, of ambtsgeheim kan geschieden'.

Naar gegevens die voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend mag worden gezocht: HR 2007, LJN AZ3564 (NB: ook inbeslagneming gehele computers). Voorwerpen vallen niet onder het verschoningsrecht, nooit. Denk maar eens aan een verwijderde kogel of afgenomen bloed. Een computer zou dus ook in beslag kunnen worden genomen, het onderzoek daarin valt dan weer onder art. 125l. De vraag is waar die grens precies ligt.

Wat mag dan wel in beslag worden genomen? *Geschriften/gegevens die het voorwerp van het strafbare feit zijn of tot het begaan daarvan hebben gediend* (relatie art. 98 lid 5; de doorzoeking mag zich ook uitstrekken tot dit soort geschriften). Bijvoorbeeld een kopie van de dreigbrief. Zie ook het arrest **Envelop bij Notaris**.

Reikwijdte art. 98 Sv

Arrest **Inbeslaggenomen Hangmap**: Het verschoningsrecht zou uitgehold zijn als afschriften van brieven etc. zo bij de cliënt in beslag kunnen worden genomen. Het is dus een uitbreiding van art. 218, maar wel in de ratio van art. 98. Denk er wel om: als dit bij cliënt thuis in beslag wordt genomen, is de advocaat alsnog degene die hierover kan klagen; hij is degene die klachtgerechtigd is.

NJ 1994, 552 Wat nu als de advocaat een deskundige inschakelt om nader onderzoek te verrichten. Er werd een registeraccountant ingeschakeld. Er werden stukken uitgewisseld/mededelingen gedaan tussen de deskundige en de advocaat, ook deze mogen niet in beslag worden genomen. De deskundige heeft dus eigenlijk een soort afgeleid verschoningsrecht, maar dat is het eigenlijk ook weer niet, want het is nog steeds de advocaat die de omvang van het verschoningsrecht bepaalt en die zegt: Die map die je net in beslag hebt genomen bij de registeraccountant, die valt onder het verschoningsrecht en daar moet je van afblijven.

NJ 2002, 440 De advocaat schakelt een deskundige in. De deskundige stelt zelfstandig een rapport op, het kan onder bepaalde omstandigheden zijn dat dat rapport ook onder de verschoning valt. Ook hier bepaalt de advocaat weer of het onder het verschoningsrecht valt.

NB. Art. 98 lid 1 Sv: 'tenzij met hunne toestemming'. Het is een verschoningsrecht, geen -plicht. Een advocaat kan besluiten dat bijvoorbeeld een brief die onder het verschoningsrecht valt, toch in beslag mag worden genomen. In welke situatie zou je dat doen? Misschien als het ontlastend is, of als het voor de cliënt goed is om volledig mee te werken (tactisch gezien).

Toestemming moet uiteindelijk uitdrukkelijk. Als dat dan niet zo goed gaat zou je misschien kunnen voorstellen dat de advocaat uiteindelijk een strafbaar feit pleegt, want schending van een geheimhoudingsplicht, art. 272 Sv, is ook een realiteit. Maar dat is ook een klachtdelict, dus zo is dat weer opgelost, want alleen de verschoningsgerechtigde kan klagen over inbeslagname en niet de cliënt.

Wat nu als je als advocaat een overeenkomst van dienstverlening aangaat met je cliënt en je cliënt laat zich dan ontvallen dat hij van plan is om een aanslag te plegen binnen enkele dagen. Toestemming van de cliënt zal er dan niet snel komen om dat openbaar te maken, maar wat als je als advocaat zegt: Dit gaat te ver, er staan levens op het spel, ik ga naar justitie en vertellen wat ik net heb gehoord. Stel je nu voor, theoretisch, dat de OvJ zegt: Ho even, maar hier heb je je geheimhoudingsplicht geschonden, art. 272 Sv en de cliënt dient daarover een klacht in. Stel dat de advocaat dan terecht staat voor schending van zijn geheimhoudingsplicht. Wat voor verweer zou er dan gevoerd kunnen worden? Overmacht noodtoestand.

Positie medewerker Raad van de Kinderbescherming/Reclassering

De Raad van de Kinderbescherming en Reclassering zijn interessante organen die ook betrokken zijn bij de strafvordering; zij dienen soms rapportages op te stellen. Zie bijvoorbeeld art. 494 lid 1 Sv, die dienen ten behoeve van justitie rapporten op te stellen. Maar het kan dus zijn dat zij vertrouwelijke informatie te horen krijgen over bijvoorbeeld de motieven van verdachte, kan die rapportage dan worden gebruikt? *Het rapport wat verplicht wordt opgesteld, mag niet worden gebruikt voor het bewijs*.

Dan is er nog de optie dat een medewerker vervolgens als getuige wordt opgeroepen. Mag dat? Daarvoor hebben we dan nog art. 218 Sv. In zoverre komt die persoon een verschoningsrecht toe. Maar als de betrokken medewerker zich daar niet op beroept, kan die verklaring wel als bewijs worden gebruikt. Daar is nog wel wat kritiek op. Want advocaten en notarissen weten de consequenties als ze toch gaan praten ook al hebben ze een verschoningsrecht, maar medewerkers van de reclassering bijvoorbeeld niet. Zou het niet zo moeten zijn dat je zelfs zo ver zou moeten gaan om te zeggen: Je mag ze überhaupt niet oproepen als getuige, omdat ze daar niet vaak mee te maken krijgen en daardoor niet goed weten dat ze een verschoningsrecht hebben.

Art. 98 lid 5: doorzoeking bij geheimhouder

‘Een doorzoeking vindt bij zodanige personen, tenzij met hun toestemming, alleen plaats voor zover het zonder schending van het stands-, beroeps-, of ambtsgeheim kan geschieden, en strekt zich niet uit tot andere brieven of geschriften dan die welke het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan gediend hebben’.

Daar kun je weer een link leggen. We hebben namelijk gezien wat een doorzoeking betekent; je mag kasten openen etc. Het doorzoeken naar voorwerpen is mogelijk (vgl. art. 98 lid 1; we hadden al gezegd dat voorwerpen in beslag mogen worden genomen) (computer, art. 125I Sv)

De wijze voor doorzoeken bij geheimhouding: NJ 1989/213, dit arrest gaat over hoe je moet gaan zoeken. Dat moet in ieder geval *gericht* geschieden. Je mag ook alleen zoeken op plaatsen waarvan een *sterke aanwijzing* is dat bijvoorbeeld de stalkingsbrief zich daar bevindt. Zie ook de Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten.

Relativering verschoningsrecht

Hoe absoluut is dat verschoningsrecht? De geheimhouder bepaalt de omvang van het verschoningsrecht. De Hoge Raad zegt in NJ 2002, 438: “De aard van de hier aan de orde zijnde bevoegdheid tot verschoning brengt mee dat het oordeel omtrent de vraag *of* brieven of geschriften object van de bevoegdheid tot verschoning uitmaken in beginsel toekomt aan de advocaat als de tot verschoning bevoegde persoon. Wanneer deze zich op het standpunt stelt dat het gaat om brieven of geschriften die noch voorwerp van het strafbare feit uitmaken noch tot het begaan daarvan hebben gediend en waarvan kennisneming zou leiden tot schending van het beroepsgeheim, dient dit standpunt door de organen van politie en justitie te worden geëerbiedigd...”. Maar vervolgens zegt de Hoge Raad nog wel: “...tenzij redelijkerwijze geen twijfel erover kan bestaan dat dit standpunt onjuist is.”

Als de advocaat zegt dat iets onder zijn verschoningsrecht valt, heb je dat in principe dus te accepteren, tenzij er geen twijfel over kan bestaan dat dit standpunt onjuist is. In dat geval mag het standpunt van de geheimhouder worden gepasseerd, het beslagverbod is dan mogelijk niet meer van toepassing.

In de praktijk vindt er bij twijfel overleg plaats met een beroepsvertegenwoordiger (bijvoorbeeld de deken) en wordt de r-c er bij betrokken.

Uiteindelijk zou je kunnen spreken van een drietal relativeringen, waarbij het verschoningsrecht een minder absoluut karakter heeft dan je in eerste instantie zou zeggen:

- Gevallen van toestemming, dan wordt het verschoningsrecht aan de kant geschoven. Dat is een beslissing van de verschoningsgerechtigde zelf. Die zegt dan: Ik vind dat je dit wel in beslag mag nemen, ik geef daar toestemming voor. Dan kun je dat verschoningsrecht niet meer daarover uitoefenen
- Brieven, geschriften die voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend vallen ook niet onder het verschoningsrecht zagen we al in art. 98 lid 5. Die zijn domweg geen object van verschoning, die vallen er niet onder.
- Doorbreking van het verschoningsrecht in uitzonderlijke omstandigheden. Dat zijn echt de voornaamste gevallen waarin je echt kunt spreken van relativering in die zin dat daar gewoon een andere afweging gaat plaatsvinden: dat waarheidsvinding toch prevaleert boven geheimhouding. Maar bij al deze aspecten is het uiteindelijk de r-c die beslist over dat beslag. Of het uiteindelijk ook ter kennis komt van justitie is nog maar de vraag, meestal ligt het in de kluis tot de beklagrechtter er onherroepelijk over heeft beslist. Je hebt de r-c, die centrale figuur daar nodig, die mag tot op zekere hoogte kennisnemen van dat materiaal waarvan het twijfelachtig is of het onder het verschoningsrecht valt, ook om een goede beslissing te kunnen nemen.

Doorbreking bij uitzonderlijke omstandigheden

Dit gaat nog een stap verder dan die ‘twijfel’. De Hoge Raad zegt: In *zeer uitzonderlijke situaties* is het denkbaar dat het belang van de waarheidsvinding prevaleert boven het belang van geheimhouding. Dit kan zelfs het geval zijn als er géén twijfel is over de juistheid van het standpunt. De start van die ontwikkeling vond zo’n veertien jaar geleden plaats, zie HR NJ 2002/438: ‘**Advocaat in kwade zaken**’.

In dit soort gevallen is altijd de betrokkenheid van de r-c vereist, hij bepaalt of een stuk onder het verschoningsrecht valt (in overleg met een vertegenwoordiger van de beroepsgroep). De r-c verzegelt en bewaart en wacht eventueel het beklag van de geheimhouder af.

Wat zou zo'n uitzonderlijke omstandigheid kunnen zijn? Zie het bovenstaande arrest; De enkele aanmerking van advocaat als verdachte is niet voldoende, dan zou je een verschoningsrecht nog niet mogen doorbreken. Wel voldoende is de verdenking van een *ernstig* strafbaar feit (bijvoorbeeld een crimineel samenwerkingsverband advocaat/bepaalde cliënt). Later kwam de Hoge Raad met een toetsingskader aan de hand van welke criteria kan worden bepaald of zich uitzonderlijke situaties voordoen (NJ 2008/407; NJ 2011/416):

-Aard ernst/strafbare feit in kwestie

-Aard/inhoud materiaal, onderworpen aan verschoningsrecht in relatie tot het belang dat door geheimhouding wordt gediend

-Mate waarin belangen van cliënten worden geschonden bij doorbreking

-Subsidiariteit: als het materiaal dat je uiteindelijk zou willen hebben ook op een andere manier verkregen kan worden, dan heeft dat uiteraard voorrang.

Enige casuïstiek

Enkele gevallen waarin die doorbreking erkend is:

-Advocaat in kwade zaken: Er was sprake van 'grootschalige fraude' en misbruik van de eigen positie
-NJ 2003, 621: Daar werd een advocaat verdacht van het onder druk zetten van getuigen, in samenwerking met zijn cliënt. Ook toen is die vertrouwensband doorbroken. Anders zou hij 218 kunnen

gebruiken om zijn eigen criminele rol te verhullen.

-NJ 2008, 407: Een frauderende apotheker, het ging om ernstige fraude met recepten.

In de eerst twee gevallen ging het om een criminele samenwerking, maar in het derde geval was het een apotheker die alleen handelde; een enkelvoudige verdenking. Het zijn hier dus ook steeds gevallen waarin de geheimhouder verdachte is.

-NJ 2008, 630: De arts werd verdacht van dood door schuld jegens een patiënt. In het kader van het onderzoek wilde de OvJ dossiers inzien, de arts weigerde dit. De rechter besloot dat dit een uitzonderlijk

geval was en de Hoge Raad vond dit niet onbegrijpelijk. Op basis van de stukken kon geoordeeld worden dat patiënt waarschijnlijk had gewild dat anderen ook kennis konden nemen van dat dossier. Dat bracht dus geen schade toe aan patiënt.

-NJ 2005, 273; Dit ging over het Centrum voor Jeugdpsychiatrie. Er was in het geheel geen sprake van een verdenking van een geheimhouder of een criminele samenwerking tussen geheimhouder en cliënt. Toch kon doorbreking van het verschoningsrecht plaatsvinden. Een voormalig bewoner van dat centrum zou een andere bewoner hebben verkracht, daarbij waren nog meer patiënten betrokken. Er werd verzocht om gegevens van patiënten te overleggen, maar de psychiater directeur weigerde en beriep zich op het verschoningsrecht. Toch werden die gegevens in beslag genomen. De rechtbank vroeg zich af of sprake was van een uitzonderlijke omstandigheid waardoor de waarheidsvinding moest

prevaleren. De rechtbank vond van wel; De gegevens waren niet via het GBA te achterhalen, maar die gegevens waren wel absoluut noodzakelijk voor de waarheidsvinding, mede gelet op de ernst van het feit. De Hoge Raad kon zich hier in vinden en voegde nog iets toe: 'hier is bovendien van belang dat het achterwege blijven van de strafrechtelijke bescherming van het slachtoffer weer afbreuk kan doen aan het maatschappelijk belang. De strekking daarvan is dan eigenlijk: bescherming van het slachtoffer

was ook aan die instelling toevertrouwd en viel onder de verantwoordelijkheid van die psychiater directeur. Het ging niet alleen om de relatie psychiater-verdachte, maar ook psychiater-slachtoffer.

-HR 2012, LJN BU 6088: Dit ging over gesprekken van een huisartsenpost met verdachten. Hier was uiteindelijk sprake van doorbreking omdat het om kindermishandeling ging, een erg ernstig feit.

In het nieuwe wetboek dat eraan zit te komen zal het concept van doorbreking worden verankerd. Uiteindelijk gaat de wet dan ook niet verder, er zullen dus geen situaties worden genoemd, maar wel de mogelijkheid tot doorbreking komt expliciet in de wet te staan.

