

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Tappen van telefoon van verschoningsgerechtigde)

Borgers, M.J.

2011

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2011). *Case note: Hoge Raad (Tappen van telefoon van verschoningsgerechtigde)*, No. 222, Apr 20, 2010. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2011).

General rights

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

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

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

M.J. Borgers

1. Uit gesprekken tussen enerzijds de raadsman van de verdachte en anderzijds enkele familieleden van de verdachte zou blijken dat de raadsman heeft getracht getuigen te beïnvloeden. Deze gesprekken zijn bekend geworden ten gevolge van de telefoontaps bij familieleden van de verdachte. Op de raadsman zelf is geen tap geplaatst, terwijl de raadsman ten tijde van het tappen ook niet zelf werd verdacht van een strafbaar feit. Met machtiging van de rechter-commissaris worden de schriftelijke uitwerkingen van de genoemde gesprekken in het dossier gevoegd. In de strafzaak spitst het debat zich vervolgens toe op de vraag of aldus het verschoningsrecht van de raadsman is geschonden. Of meer nauwkeurig geformuleerd: of artikel 126aa lid 2 Sv enige ruimte laat om de uitwerking van gesprekken die op zich onder het verschoningsrecht vallen, in een geval als het onderhavige toch in het dossier te voegen.

De Hoge Raad plaatst deze kwestie zelf in het licht van de rechtspraak omtrent inbeslagname en doorzoeking bij geheimhouders, in welk kader geldt dat het verschoningsrecht kan worden doorbroken indien zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt, moet prevaleren boven het belang van het verschoningsrecht. Geldt dat ook in relatie tot de regeling omtrent de vernietiging dan wel de voeging van (de schriftelijke uitwerking van) de opname van vertrouwelijke communicatie?

Bij de beantwoording van deze vraag gaat de Hoge Raad in overweging 3.12.2 tevens in op de mogelijkheid om de (zakelijke) telefoonaansluiting van een verschoningsgerechtigde te tappen. Voor de uitkomst van de zaak waarover de Hoge Raad hier heeft geoordeeld, was dat strikt genomen niet nodig, aangezien hierin niet de (zakelijke) aansluiting van de raadsman is getapt. De Hoge Raad lijkt niettemin op deze mogelijkheid te willen ingaan om zodoende aan te geven in hoeverre het feit of de advocaat al dan niet als verdachte heeft te gelden, van invloed is op het al dan niet bestaan van de mogelijkheid om de inhoud van de afgeluisterde gesprekken in het dossier te voegen.

In deze annotatie geef ik de vraag of de (zakelijke) telefoonaansluiting van een verschoningsgerechtigde onder omstandigheden kan worden getapt, meer accent dan de Hoge Raad in de hierboven afgedrukte uitspraak doet. De reden daarvoor is erin gelegen dat – om nog nader te bespreken redenen – de beantwoording van die vraag naar mijn mening niet los kan worden gezien van de vraag in hoeverre (de schriftelijke uitwerking van) de opname van een geheimhoudersgesprek in het dossier terecht mag komen. Gegeven het feit dat de Hoge Raad in overweging 3.12.2 expliciet de eerdere rechtspraak bevestigt omtrent de mogelijkheid om de (zakelijke) telefoonaansluiting van een verschoningsgerechtigde te tappen, is het naar mijn mening nuttig en gerechtvaardigd nader in te gaan op deze onderlinge samenhang. Dat neemt overigens niet weg dat in de praktijk – net zoals in de zaak die tot het hierboven afgedrukte arrest heeft geleid – de vraag naar de mogelijkheden om getapte gesprekken te gebruiken zich ook kan voordoen indien niet de (zakelijke) aansluiting van een verschoningsgerechtigde wordt getapt. Geheimhoudersgesprekken kunnen immers ook via een andere aansluiting worden onderschept.

2. Onder welke omstandigheden mag de telefoonaansluiting van een advocaat (of een andere verschoningsgerechtigde) worden getapt? Het antwoord op deze vraag wordt niet door de wet gegeven, maar heeft zich in de loop der jaren uitgekristalliseerd in de rechtspraak. Aanvankelijk was de koers van de Hoge Raad enigszins diffuus (vgl. HR 10 april 1979, *NJ* 1979, 374 m.nt. ThWvV, HR 17 mei 1988, *NJ* 1989, 439 en HR 9 juni 1992, *NJ* 1992, 776; zie ook de annotaties van 't Hart onder HR 19 november 1985, *NJ* 1986, 533 en HR 20 oktober 1987, *NJ* 1988, 447). Duidelijkheid wordt vooral geboden in HR 29 juni 1993, *NJ* 1993, 692 m.nt. 'tH. Daarin bepaalt de Hoge Raad dat het afluisteren of opnemen van gesprekken die worden gevoerd door middel van een telefoonaansluiting welke door een advocaat in de uitoefening van zijn beroep wordt gebezigd, niet is toegestaan indien de advocaat zelf geen verdachte is. In dat geval zal immers, wanneer de verdachte – of eventueel een familielid van de verdachte (vgl. HR 24 januari 2006, *NJ* 2006, 109) – via deze telefoonlijn contact heeft met de advocaat, het besprokene onder het verschoningsrecht vallen. Wanneer de advocaat zelf als verdachte heeft te gelden, geldt dit tapverbod niet. In die situatie geldt *niet* als vereiste voor het tappen van de verdachte advocaat – zo volgt uit overweging 6.6 in *NJ* 1993, 692 – dat er sprake moet zijn van 'zeer uitzonderlijke omstandigheden'. In aansluiting daarop overweegt de Hoge Raad dat het aan de wetgever is om af te wegen of de mogelijkheid om een verdachte advocaat te tappen onder omstandigheden moet worden beperkt en ook of nadere regels dienen te worden geformuleerd met betrekking tot de waarborgen waarmee het afluisteren wordt omgeven. Wellicht beschouwt de Hoge Raad het niet geheel als vanzelfsprekend dat een verdachte advocaat zonder meer kan worden getapt, althans is de Hoge Raad hier van mening dat de mogelijkheid daartoe niet los kan worden gezien van de waarborgen waarmee de verplichting – zoals toentertijd opgenomen in artikel 125h lid 2 (oud) Sv – om gegevens te vernietigen die onder het verschoningsrecht vallen, wordt omgeven.

3. De wetgeving is nadien in zoverre gewijzigd dat ten gevolge van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden de wettelijke regeling van (onder andere) de telefoontap opnieuw is vormgegeven. Artikel 126aa Sv – dat in feite in de plaats is gekomen artikel 125h lid 2 (oud) Sv – strekt er in de kern toe dat de opnames van gesprekken die worden gevoerd door en met verschoningsgerechtigden, en de schriftelijke uitwerking daarvan zo spoedig mogelijk worden gewist, zodat deze niet aan de processtukken worden toegevoegd en ook overigens geen rol spelen in het verdere verloop van het strafproces (vgl. HR 16 juni 2009, *NJ* 2009, 603 m.nt. M.J. Borgers). Het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken geeft hiervoor nadere (procedure)regels, onder andere waar het gaat om het inwinnen van het oordeel van een gezaghebbend lid van de beroepsgroep, waaronder de Deken. Aldus is – in lijn met de suggestie van de Hoge Raad in het arrest van 29 juni 1993 – een nadere regeling getroffen waarin wordt aangegeven hoe dient te worden gehandeld indien geheimhoudersgesprekken zijn afgeluisterd of opgenomen. Er is evenwel geen sprake – anders dan in het arrest van 29 juni 1993 als mogelijkheid is geopperd – van een nadere wettelijke normering van de mogelijkheid om een telefoonaansluiting van een verschoningsgerechtigde af te luisteren. In de hierboven afgedrukte uitspraak houdt de Hoge Raad vast aan de dichotome uitleg van de bevoegdheid om een telefoontap in te zetten: het afluisteren van een telefoonaansluiting die door een advocaat bij de uitoefening van zijn beroep wordt gebruikt, is niet toegestaan indien het gaat om een advocaat die geen verdachte is, terwijl een telefoontap op die aansluiting wel is toegestaan indien de advocaat zelf verdachte is (overweging 3.12.2; vgl. ook HR 12 september 2006, *NJ* 2006, 512).

Dat de Hoge Raad op dit punt de eerdere rechtspraak voortzet, impliceert allereerst dat de lat niet lager wordt gelegd door onder omstandigheden het tappen van een telefoonaansluiting van een niet-verdachte advocaat wel toe te staan. In het licht van de rechtspraak omtrent doorzoeking

en inbeslagneming bij geheimhouders ligt dat ook voor de hand, omdat in die rechtspraak het bestaan van een verdenking jegens de verschoningsgerechtigde bijna altijd als een belangrijke – maar op zichzelf nog niet toereikende – voorwaarde fungeert om ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ te kunnen aannemen. Het tappen van een (zakelijke) telefoonaansluiting van een niet-verdachte advocaat zou dan tamelijk zinloos zijn omdat reeds vanwege het ontbreken van een verdenking jegens de geheimhouder het doorbreken van het verschoningsrecht in principe niet mogelijk is en derhalve tot vernietiging van de opnames en de schriftelijke uitwerkingen moet worden overgegaan.

Voorts wordt de lat ook niet hoger gelegd door aanvullende voorwaarden te stellen alvorens het tappen van de telefoonaansluiting van de verdachte advocaat toe te staan, met name niet – zoals wél bij doorzoeking en inbeslagneming bij verschoningsgerechtigden wordt vereist – de aanwezigheid van zeer uitzonderlijke omstandigheden. Dat roept de vraag op of hier een ander spoor zou moeten worden gevolgd (vgl. ook Keulen & Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 345). Tegelijkertijd moet in het oog worden gehouden dat niet is gezegd dat de opnames en schriftelijke uitwerkingen van de gesprekken waaraan de verdachte advocaat deelneemt, nimmer behoeven te worden vernietigd. Daarvoor is de – aanstonds te bespreken – uitleg relevant die de Hoge Raad geeft aan het voorschrift van artikel 126aa lid 2 Sv.

4. In de tweede alinea van overweging 3.12.2 leidt de Hoge Raad uit de wetsgeschiedenis af dat, indien het gaat om mededelingen die zijn gedaan door of aan een geheimhouder die zelf verdachte is, vernietiging van (de schriftelijke uitwerking van) de opname achterwege kan blijven. In deze situatie mag, zo vervolgt de Hoge Raad, het belang van het vinden van de waarheid in het onderzoek tegen de verdachte verschoningsgerechtigde – en/of zijn medeverdachten – prevaleren boven het belang van het verschoningsrecht. De Hoge Raad wijst daarbij op de plicht van de officier van justitie om het oordeel van een gezaghebbend lid van de beroepsgroep in te winnen.

Op de keper beschouwd is deze overweging van de Hoge Raad niet erg duidelijk. Allereerst geeft de Hoge Raad niet aan wanneer vernietiging achterwege *kan* blijven en ook niet wanneer het belang van waarheidsvinding *mag* prevaleren. De gebezigde formuleringen – ‘kunnen’, ‘mogen’ – duiden er slechts op dat het enkele feit dat de verschoningsgerechtigde zelf verdachte is, niet (per definitie) toereikend is. De Hoge Raad geeft voorts niet heel exact aan welke passages of zinsneden uit de wetsgeschiedenis relevant worden geacht. Waar het gaat om de onder 3.10 geciteerde passages, geldt dat daarin niet echt helder wordt geformuleerd wanneer vernietiging in de hier geschetste situatie dient plaats te vinden. Er worden voornamelijk opmerkingen gemaakt over de te volgen procedurele stappen, terwijl voor het overige niet duidelijk wordt of de minister de tot dan toe gewezen rechtspraak, in het bijzonder het arrest van 29 juni 1993, heeft willen parafraseren, dan wel de in die rechtspraak gevolgde lijn heeft willen aanscherpen.

Men kan er slechts naar gissen waarom de Hoge Raad op dit punt niet voor scherpere formuleringen heeft gekozen. Niettemin komt het mij voor – juist ook omdat de Hoge Raad in overweging 3.12.1 expliciet verwijst naar de rechtspraak omtrent doorzoeking en inbeslagneming bij geheimhouders – dat de Hoge Raad hier heeft willen aangeven dat het achterwege laten van het vernietigen van de opnames en de schriftelijke uitwerkingen daarvan – en vervolgens het toevoegen aan het dossier – (alleen) aan de orde is in dezelfde categorie gevallen waarin in het kader van doorzoeking en inbeslagneming doorbreking van het verschoningsrecht aan de orde is, dus in geval van de aanwezigheid van zeer uitzonderlijke omstandigheden (in die zin ook A-G Machielse in voetnoot 2 van zijn conclusie in de hierboven afgedrukte zaak; vgl. voorts onderdeel 2.12 van de conclusie van – toen nog – A-G Fokkens voor HR 29 juni 1993, *NJ* 1993, 692 m.nt. ‘tH alsmede Lintz & Verloop, *DD* 2009, p. 1055-

1056). De consequentie van deze uitleg is dat het tappen van de telefoonaansluiting van de verdachte advocaat er niet zonder meer toe leidt dat de aldus opgenomen gesprekken in het dossier kunnen worden gevoegd. Met betrekking tot deze opnames zal, overeenkomstig de voorschriften van artikel 126aa lid 2 Sv en het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken, moeten worden onderzocht of het gaat om mededelingen die zijn gedaan door of aan een verschoningsgerechtigde. Indien dat het geval is, zal vernietiging alleen achterwege kunnen blijven indien zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen.

5. Het feit dat de resultaten van de telefoontap die is geplaatst op een aansluiting die door de verdachte advocaat wordt gebruikt bij de uitoefening van zijn beroep, vermoedelijk niet zonder meer kunnen worden gebruikt, werpt zijn schaduw vooruit. Het heeft immers nauwelijks nut een dergelijke tap te plaatsen indien niet valt te voorzien dat zich omstandigheden voordoen waardoor het verschoningsrecht geen belemmering zal vormen. Bedacht dient ook te worden dat met het plaatsen van een tap bij een verdachte advocaat de kans bestaat dat heel wat gesprekken worden opgenomen die voor het opsporingsonderzoek niet relevant zijn (omdat het gaat om gesprekken met 'gewone' cliënten over 'gewone' zaken), maar die wel onder het verschoningsrecht vallen en die dus zonder meer moeten worden vernietigd. En met betrekking tot die vernietiging blijkt nog wel eens iets mis te gaan in de praktijk. Om deze redenen dient terughoudend te worden omgegaan met het plaatsen van een telefoontap op – zakelijke – aansluitingen van verdachte verschoningsgerechtigden. Bij deze stand van zaken rijst bovendien de vraag of het niet praktischer en – in het licht van de rechtspraak omtrent doorzoeking en inbeslagneming bij geheimhouders – ook consistenter zou zijn om voor het plaatsen van een telefoontap op (zakelijke) aansluitingen van verdachte verschoningsgerechtigden het vereiste te stellen dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen. De – weinig concrete – toelichting in de door de Hoge Raad aangehaalde parlementaire stukken verzet zich in elk geval niet tegen die uitleg.

Een verklaring voor het feit dat de Hoge Raad met betrekking tot het plaatsen van een telefoontap niet – expliciet – het vereiste van zeer uitzonderlijke omstandigheden stelt, is er wellicht in gelegen dat de Hoge Raad de mogelijkheid wil open houden dat de inhoud van de afgeluisterde communicatie vanuit de (zakelijke) aansluiting van de verdachte verschoningsgerechtigde een rol speelt bij de beantwoording van de vraag of van zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake is. Uitgaande van de systematiek van artikel 126aa Sv en het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken valt daar ook wel iets voor te zeggen. Aan deze regeling ligt immers het uitgangspunt ten grondslag dat eerst nadat communicatie is opgenomen en – beperkt – is uitgeluisterd, wordt beoordeeld of tot vernietiging wordt overgegaan. Die werkwijze wijkt af van de benadering die in de rechtspraak omtrent doorzoeking en inbeslagneming bij verschoningsgerechtigden besloten ligt, waarin het uitgangspunt lijkt te zijn dat eerst indien zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen, het is toegestaan dat stukken worden onderzocht (enigszins anders: Lintz & Verloop, *DD* 2009, p. 1056 die hier enige ruimte lijken te zien om de aard en inhoud van het *reeds onderzochte* materiaal te betrekken bij de vraag of zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen; het komt mij voor dat het vooral gaat om de aard en inhoud van het materiaal dat men *beoogt* te onderzoeken). In zoverre komt de bescherming van het verschoningsrecht in relatie tot de telefoontap er wat bekaaid van af dan in de context van doorzoeking en inbeslagneming. Een valide reden daarvoor zie ik niet (vgl. ook Lintz & Verloop, *DD* 2009, p. 1064-1065). Opmerkelijk is bovendien dat de (nieuwe, maar ook de daarvoor reeds geldende) Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten feitelijk wél kiest voor aansluiting bij de rechtspraak omtrent doorzoeking en inbeslagneming.

ming: '(...) slechts in zeer uitzonderlijke gevallen [zal het] gepast zijn dat wordt overgegaan tot het opnemen van gesprekken van een verdachte advocaat.'

6. De Hoge Raad gaat in overweging 3.12.3 in op de situatie dat 'de geheimhouder ten tijde van het opnemen en af luisteren van de telefoongesprekken zelf geen verdachte is'. In die situatie is het aftappen van de telefoonaansluiting die door een advocaat (of een andere verschoningsgerechtigde) bij de uitoefening van zijn beroep wordt gebruikt, niet toegestaan. Behoudens het geval dat die aansluiting toch onrechtmatig zou zijn getapt, gaat het om het aftappen van andere telefoonaansluitingen, waarbij de geheimhouder op enig moment over de lijn komt. Gesprekken die – zoals in de onderhavige zaak – langs deze weg worden opgenomen, zullen zonder meer moeten worden vernietigd. De Hoge Raad ontwaart in het wettelijk stelsel geen ruimte voor een afweging van het belang van het verschoningsrecht tegen het belang van de waarheidsvinding, in die zin dat onder omstandigheden vernietiging achterwege zou mogen blijven en voeging – met machtiging van de rechter-commissaris – is toegestaan. De Hoge Raad lijkt daarmee categorisch uit te sluiten dat, indien de verschoningsgerechtigde geen verdachte is, 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' tot het doorbreken van de vernietigingsplicht kunnen leiden. Dat is in zoverre opmerkelijk dat in de rechtspraak met betrekking tot doorzoeking en inbeslagneming bij geheimhouders er enige marge bestaat om die omstandigheden ook zonder een dergelijke verdenking aan te nemen. Vooralsnog is die marge beperkt tot gevallen waarin de verschoningsgerechtigde werkzaam is in de medische sector (vgl. vooral HR 29 juni 2004, *NJ* 2005, 273 m.nt. Kn; zie voorts Vellinga-Schootstra, *DD* 2009, p. 821-824). Dit wekt de indruk dat de Hoge Raad in relatie tot de telefoontap, waarbij de aan een gesprek deelnemende verschoningsgerechtigde veelal een advocaat zal zijn, de bescherming van het verschoningsrecht (nog) steviger wil aanzetten. Mogelijk houdt dat verband met de commotie van de afgelopen jaren omtrent de veelvuldigheid waarmee geheimhoudersgesprekken in strafdossiers terecht zijn gekomen. Dat heeft ertoe geleid dat op korte termijn een systeem van nummerherkenning van de vereiste juridische basis zal zijn voorzien en kan worden geactiveerd (vgl. daarover Leliveld, *Advocatenblad* 2011, p. 29-31). Daardoor zal de frequentie waarmee gesprekken worden opgenomen waarin een (niet-verdachte) advocaat over de lijn komt, drastisch gaan afnemen.

7. Al met al kan worden geconstateerd dat, ook al zou een strengere normering door de rechter van het plaatsen van een tap bij een verdachte verschoningsgerechtigde niet misstaan, het verschoningsrecht vrij stevig door de Hoge Raad wordt verankerd. Alvorens (de uitwerkingen van) tapgesprekken, ook indien deze het resultaat zijn van een tap op een telefoonaansluiting welke door een verdachte verschoningsgerechtigde wordt gebezigd bij de uitoefening van zijn beroep, in het dossier terecht komen, moeten zich – althans indien men uitgaat van de door mij voorgestane lezing van de overwegingen van de Hoge Raad – naar het oordeel van de officier van justitie en van de rechter-commissaris zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen die het doorbreken van het verschoningsrecht rechtvaardigen. Daarbuiten zou vernietiging alleen nog achterwege kunnen blijven omdat er geen sprake is van mededelingen die aan de verschoningsgerechtigde 'als zodanig' zijn toevertrouwd (zie de tweede alinea van overweging 3.11; vgl. ook Vellinga-Schootstra, *DD* 2009, p. 820). Daarvan is sprake is indien de hoedanigheid van verschoningsgerechtigde niet relevant is geweest, in die zin dat de betreffende persoon geheel buiten de context van zijn beroepsuitoefening aan de communicatie heeft deelgenomen. In die situatie kan het verschoningsrecht niet worden geschonden, om de eenvoudige reden dat van een verschoningsrecht in relatie tot de inhoud van die communicatie geen sprake is. Maar dat deze situatie zich voordoet, zal niet licht mogen worden aangenomen wanneer

de communicatie verloopt via de zakelijke telefoonaansluiting van de verschoningsgerechtigde. Voor alle duidelijkheid: indien de officier van justitie meent dat de inhoud van de communicatie niet wordt beschermd door het verschoningsrecht, is voeging van (de schriftelijke uitwerking van) die inhoud wederom alleen mogelijk met machtiging van de rechter-commissaris overeenkomstig artikel 126aa lid 2, derde volzin, Sv.

8. De Hoge Raad gaat in overweging 3.13 nader in op de vraag hoe de zittingsrechter dient om te gaan met (mogelijk) ten onrechte in het dossier gevoegde uitwerkingen van geheimhoudersgesprekken. Samengevat: de zittingsrechter is niet bevoegd om de beslissing van de rechter-commissaris te toetsen tot het verlenen van een machtiging voor het voegen van de uitwerkingen van de gesprekken in het dossier; de zittingsrechter kan niet bepalen dat de betreffende processen-verbaal uit het dossier worden verwijderd; de zittingsrechter moet wel, met het oog op de vraag of hij van de inhoud daarvan gebruik mag maken bij enige te nemen beslissing, toetsen of de in die processen-verbaal opgenomen mededelingen onder het verschoningsrecht vallen.

Anders dan ten aanzien van de tapmachtiging geldt, volstaat de zittingsrechter dus niet met een marginale toetsing van de beslissing van de rechter-commissaris die de machtiging heeft verleend (vgl. o.a. HR 30 maart 2010, *NJ* 2010, 201). In plaats daarvan dient de zittingsrechter tot een geheel eigen beoordeling te komen of de in het dossier gevoegde mededelingen mogelijk toch onder het verschoningsrecht vallen. Tegelijkertijd impliceert de door de Hoge Raad gehanteerde benadering dat de zittingsrechter eerst kennis neemt van die mededelingen alvorens een beslissing te nemen. Indien de zittingsrechter tot de beslissing komt dat de mededelingen onder het verschoningsrecht vallen en dat daar derhalve geen gebruik van mag worden gemaakt, neemt dat niet weg dat de zittingsrechter toch kennis van de inhoud daarvan heeft genomen. Juist die consequentie heeft de rechtbank in de hierboven afgedrukte zaak willen vermijden door te beslissen dat de uitwerkingen van de tapgesprekken uit het dossier dienen te worden verwijderd, om vervolgens het onderzoek ter terechtzitting in geheel andere samenstelling voort te zetten. Ook in andere zaken speelt nogal eens de vraag in hoeverre kennis mag worden genomen van de inhoud van tapgesprekken, zij het dat die vraag verschillend wordt beantwoord (zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 21 oktober 2003, *LJN* AN1270 en Hof Den Haag 2 juni 2005, *LJN* AT6675).

Dat de Hoge Raad door de creatieve benadering van de rechtbank – en ook van het gerechtshof dat bereid was de beslissing van de rechtbank omtrent het verwijderen van de desbetreffende stukken in een afzonderlijke raadkamerprocedure te toetsen – een streep haalt, wekt eigenlijk geen verbazing. Het Wetboek van Strafvordering kent nu eenmaal geen procedurele voorzieningen in relatie tot het onderzoek ter terechtzitting die bestemd zijn om beslissingen omtrent de samenstelling van het dossier te toetsen en waar nodig te corrigeren (vgl. in een iets andere context ook T. Kooijmans, *Dat is mijn zaak!*, oratie Tilburg 2011, p. 22-23). Daarentegen is gekozen voor een systeem waarin erop wordt vertrouwd dat de rechter niet weet, wat hij eigenlijk wel weet maar toch niet zou moeten weten. Dat is, hoe men het ook wendt of keert, een moeizaam gegeven, waarbij de vraag rijst of in elk geval in specifieke gevallen – bijvoorbeeld wanneer het gaat om de bescherming van het verschoningsrecht – niet een andere keuze zou moeten worden gemaakt door de wetgever. In het kader van de doorzoeking en inbeslagneming bij geheimhouders wordt, met enige creativiteit maar binnen de marges van de wet, de bescherming van het verschoningsrecht veelal gerealiseerd door de in beslag genomen voorwerpen in een gesloten enveloppe te bewaren totdat de klaagschriftprocedure is behandeld. Op grond van de Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten verleent het openbaar ministerie in beginsel medewerking aan deze gang van

zaken. In de context van de telefoontap zou een vergelijkbare werkwijze alleen te realiseren zijn indien de wetgever voorziet in een daarvoor bestemde raadkamerprocedure (vgl. over het opschonen van het dossier, in een breder verband dan alleen de bescherming van het verschoningsrecht, Franken in: Melai/Groenhuijsen e.a. (red.), Algemene beschouwingen bij het onderzoek ter terechtzitting, I. De betekenis van het dossier in het strafproces, aantekening 5.2).

Nu een dergelijke procedure niet bestaat, is het zaak dat zo veel mogelijk wordt voorkomen dat uitwerkingen van tapgesprekken die onder het verschoningsrecht vallen, in het dossier terecht komen. Daarvoor is eerst en vooral een zorgvuldige beoordeling van getapte gesprekken overeenkomstig de daarvoor geldende regels van belang. Ook het nieuwe systeem van nummerherkenning levert een belangrijke bijdrage. Maar het komt evenzeer aan op terughoudendheid ten aanzien van het plaatsen van een telefoontap op de (zakelijke) aansluiting van een verdachte verschoningsgerechtigde. Dat vormt een extra argument om ter zake van de beslissing om een dergelijke tap te plaatsen toch als voorwaarde te stellen dat zich 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' voordoen. Tot het stellen van die voorwaarde kan de Hoge Raad wél overgaan zonder ingrijpen van de wetgever.