

Privatisering van de rechtsbescherming en “ineffective counsel”

D.V.A. BROUWER¹

1. Inleiding

1.1 Privatisering van de rechtsbescherming

Eén van de hoekstenen van het door de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 ontworpen stelsel is het concept van de “behoorlijke taakvervulling”. De verwezenlijking van een fair hearing moet volgens de onderzoeksgroep niet worden gezocht in de strikte naleving van starre procesvoorschriften, maar in een behoorlijke taakuitoefening of rolvulling door de verschillende “procesactoren”.²

De “buitengrenzen” van de behoorlijke taakvervulling zijn door de onderzoeksgroep neergelegd in verschillende “kernprofielen”.³ Door een iets anders getinte bril zouden deze kernprofielen ook als ideaaltypische verschijningsvorm van de betreffende procesactor kunnen worden gelezen: de ideale rechter, officier van justitie, raadsman, etc. beweegt zich binnen de grenzen van, en conform de aanwijzingen die zijn vervat in het op hem of haar toepasselijke kernprofiel. Aan de hand van deze profielen construeert de onderzoeksgroep vervolgens haar theoretisch procesmodel.

In dat procesmodel wordt van de verdediging – de raadsman – een zeer actieve opstelling verwacht. Zo wordt “de agenda van het strafproces in vergaande mate bepaald door de procesactoren”.⁴ In de opvatting van de onderzoeksgroep mag er voorts op vertrouwd worden dat de raadsman en de verdachte in het geweer zullen komen als het verdedigingsbelang in het gedrang dreigt te komen.⁵ In het “waarborgkarakter” van het recht op tegenspraak ligt daarbij besloten dat het “uitblijven van tegenspraak” een bevestiging is van de juistheid van de feiten.⁶ Het “voortbouwend hoger beroep” brengt daarenboven met zich, dat in appèl alleen ter discussie staat, wat partijen uitdrukkelijk aan het hof voorleggen en dat al hetgeen niet in appèl aan de orde is gesteld evenmin in cassatie kan worden getoetst.⁷ Tenslotte – als laatste in deze reeks voorbeelden – kan de verdediging “rechtsverwerking” worden tegengeworpen, indien zij niet in een zo vroeg mogelijk stadium van het proces van de haar toekomende be-

¹ Advocaat bij Sjöcrona Van Stigt advocaten te Den Haag.

² *Eerste Interimrapport*, p. 26 alsmede *Eindrapport*, p. 61.

³ *Eerste Interimrapport*, p. 32.

⁴ *Eerste Interimrapport*, p. 25.

⁵ *Eerste Interimrapport*, p. 26.

⁶ *Eerste Interimrapport*, p. 22.

⁷ *Derde Interimrapport*, p. 298 en 299, alsmede *Eindrapport*, p. 80.

voegdheden gebruik heeft gemaakt.⁸ Kortom: wie zwijgt stemt toe, en moet later ook niet zeuren. In dit opzicht sluit de onderzoeksgroep zich aan bij,⁹ en bouwt voort op, de jurisprudentiële lijn die de Hoge Raad al geruime tijd geleden heeft ingezet en die door Franken in zijn oratie kritisch is besproken.¹⁰

De verdediging – lees: de raadsman – wordt door het gecombineerde effect van de jurisprudentie van de Hoge Raad en de voorstellen van de onderzoeksgroep – voor zover althans door de Minister van Justitie in zijn winkelwagentje geladen – in toenemende mate verantwoordelijk gesteld voor het verwerklijken van het recht op een fair trial. De primaire verantwoordelijkheid voor de rechtsbescherming van de verdachte wordt daarmee steeds sterker in handen gelegd van de raadsman – wordt als het ware geprivatiseerd.

1.2 Onderzoeksvraag en plan van behandeling

Deze privatisering van de rechtsbescherming roept op verschillende niveaus vragen op. Men kan zich bijvoorbeeld afvragen of in het door de onderzoeksgroep voorgestelde systeem aan de raadsman voldoende middelen worden verschaft om zijn taak te volbrengen. In zo'n vraagstelling zou bijvoorbeeld aan de orde kunnen komen de ongerijmdheid, dat enerzijds de verdediging verplicht wordt om voor de eerste regiezitting alle getuigen op te geven, terwijl geen voorschrift de officier van justitie belet om – zoals in de praktijk regelmatig voorkomt – ook na de eerste regiezitting nog substantiële delen aan het dossier toe te voegen. Men zou zich ook de vraag kunnen stellen hoe al de verschillende eisen die door wergever, Hoge Raad en onderzoeksgroep op de raadsman worden gelegd zich tot elkaar verhouden, of die eisen met elkaar te verenigen zijn en of reeds vanuit dat perspectief de privatiseringstendens niet al veel te ver is voortgeschreden.

De vraag die ik in deze bijdrage probeer te beantwoorden, begeeft zich echter op een meer praktisch vlak. Zij grijpt terug op het hiervoor besproken concept van de “behoorlijke taakvervulling”. En wel als volgt.

Het moet er voor gehouden worden dat de onderzoeksgroep heeft bedoeld een processueel model te bouwen dat niet slechts in theorie, maar ook in de dagelijkse praktijk tot aanvaardbare uitkomsten leidt. Daarmee is het concept van de “behoorlijke taakvervulling” niet slechts van theoretisch belang. De vraag of de door de onderzoeksgroep uitgedachte procesvorm in de praktijk – dag na dag, zaak na zaak – tot rechtvaardige, althans niet tot evident onrechtvaardige uitkomsten leidt, houdt rechtstreeks verband met de mate waarin de procesactoren van vlees en bloed zich bewegen binnen de door de onderzoeksgroep in “kernprofielen” beschreven rollen. De lakmoesproef voor het procesmodel is dan ook of de praktijk – het “Sein” – zich vol-

⁸ Eindrapport, p. 80 en 87.

⁹ Ten dele ook uitdrukkelijk, zo blijkt uit het *Tweede Interimrapport*, p. 68: “Wij sluiten aan bij de reductie van de betekenis van het voorschrift van art. 256 Sv en bij de moderne benadering van onregelmatigheden in het vooronderzoek waarvan het grondpatroon is vastgelegd in art. 359a Sv”.

¹⁰ A.A. Franken, *Voor de vorm*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2004, p. 26 t/m 34.

doende conformeert (of kan conformeren) aan het "Sollen" van de theoretische "kernprofielen".

Op sommige momenten laadt de onderzoeksgroep op dit punt de verdenking van naïviteit op zich." Op andere momenten wordt een mogelijke discrepantie tussen wenselijke en (potentieel andere) werkelijke rolvulling wel aangekaart, maar nooit uitgespeeld.

Dit gebrek doet zich met name voelen waar het de taakvervulling van de raadsman betreft. Naarmate immers de verantwoordelijkheid voor een fair trial méér in handen van de raadsman wordt gelegd, is het van toenemend belang dat de raadsman niet slechts in de vorm van een theoretisch model, doch ook in de praktijk van alledag *daadwerkelijk* zijn of haar rol naar behoren vervult.

Waar de onderzoeksgroep dit punt bespreekt, wordt de onbehoorlijke taakvervulling in het algemeen geplaatst in de sleutel van het voorkomen van misbruik van bevoegdheden door de raadsman." Aan de vraag of elke raadsman in elke zaak zijn rol *kwalitatief* gezien naar behoren kan en zal vervullen, worden slechts enkele, tamelijk gratuite, opmerkingen gewijd." Terzijde moet opgemerkt dat deze onbalans tussen de aandacht van de onderzoeksgroep voor onbehoorlijke taakvervulling van de raadsman die zou bestaan in het misbruiken van processuele bevoegdheden, en de aandacht voor onbehoorlijke taakvervulling van de raadsman die zou bestaan in het leveren van kwalitatief ondermaatse rechtsbijstand, een schel licht werpt op het perspectief en de prioriteitsstelling van de onderzoekers.

Wie buiten de rechtszaal met strafrechters spreekt, is bekend met de verhalen over verdachten die "ondanks hun advocaat" werden vrijgesproken. Dat roept de vraag op naar de wijze waarop is gewaarborgd dat *elke* raadsman in *elke* zaak zijn rol kwalitatief naar behoren zal vervullen. Die vraag probeer ik in deze bijdrage van een antwoord te voorzien. Daartoe bespreek ik allereerst de waarborgen die besloten zouden kunnen liggen in de eisen die worden gesteld voor de beëdiging tot advocaat en het mogen optreden als raadsman in strafzaken, alsmede de mogelijke waarborgen die volgen uit

¹¹ Een voorbeeld uit het *Eerste Interimrapport*, p. 30, waarin het "misleitend" wordt genoemd het OM "in strikte zin als partij in het geding aan te merken": "Het OM is immers gehouden om het recht te handhaven; in de uitoefening van zijn taak is het daarbij verplicht om alle in aanmerking komende belangen mee te wegen en is eenzijdigheid ('partijdigheid') uitdrukkelijk in strijd met zijn constitutionele positie". Een voorbeeld uit het *Derde Interimrapport*, p.13: "De keuze voor het OM als bewaker van het recht (waaronder dat van de verdachte) brengt mee dat het OM taken kunnen worden toevertrouwd die lange tijd 'des rechters' waren." Inderdaad behoort een officier van justitie "magistratelijk" te zijn. Dat betekent echter niet dat elke officier dat in de praktijk ook is.

¹² *Eerste Interimrapport*, p. 215 t/m 221 alsmede Eindrapport p. 58 en 64.

¹³ *Eerste Interimrapport*, p. 26: "Opmerking verdient voorts dat afgaan op de opstelling van de procespartijen alleen verantwoord is als die partijen ook daadwerkelijk in staat zijn hun rol naar behoren te spelen. Dat klemt in het bijzonder ten aanzien van de verdachte. Aan de eigen verantwoordelijkheid van de rechter blijft derhalve betekenis toekomen. Hij zal er voor moeten waken dat de verdachte van goede rechtsbijstand is voorzien."

het stelsel van gedragsregels en advocatentuchtrecht.¹⁴ Vervolgens bespreek ik de vraag of in de wijzen waarop de rechtsbijstand in strafzaken wordt gefinancierd “prikkel” besloten liggen, die de functie van waarborg zouden kunnen hebben. Dat de onderzoeksgroep geen denkracht lijkt te hebben besteed aan de vraag welke herstel mogelijkheden eventueel geboden zouden kunnen worden, in het geval geconstateerd moet worden dat een verdachte benadeeld is door kwalitatief tekortschietende rechtsbijstand, moet als een gemis worden ervaren. Daarom is het laatste deel van deze bijdrage gewijd aan een bespreking van de jurisprudentie van het Amerikaanse Supreme Court en het EHRM op het leerstuk “ineffective counsel”. Mogelijk dat hieruit inspiratie voor een vangnet kan worden geput.

2. Opleidingseisen en ervaringsvereisten voor de strafrechtadvocaat

2.1 Inleiding

Volgens de onderzoeksgroep vormt de monopoliepositie van de advocatuur, met de daaraan gekoppelde opleidingseisen, een waarborg voor de kwaliteit van de door de advocaat geboden rechtsbijstand.¹⁵ Dit standpunt noopt tot een onderzoek naar de eisen die gesteld worden aan de inschrijving en vestiging als advocaat, naar de opleiding van de advocaat en de daaraan verbonden eisen, en de voorwaarden die door verschillende instanties worden gesteld aan het optreden als raadsman in strafzaken. De paragraaf wordt afgesloten met een beschouwing.

2.2 De inschrijving als advocaat

Art. 37 Sv bepaalt dat als raadslieden in strafzaken slechts worden toegelaten in Nederland ingeschreven advocaten. Volgens het eerste lid van artikel 1 van de Advocatenwet (Aw) worden advocaten ingeschreven bij de rechtbank van het arrondissement waarin hun kantoor is gevestigd. Aldaar worden zij door de griffier op het tableau gesteld (art. 8 lid 1 Aw). Elke meester in de rechten, wiens examen het burgerlijk procesrecht, het strafprocesrecht almede één van de vakken staatsrecht, belastingrecht of administratief procesrecht heeft omvat, is bevoegd om inschrijving als advocaat te verzoeken.¹⁶ Op dit moment (medio 2005) staan ca. 13.500 advocaten in Nederland ingeschreven.

De inschrijving als advocaat is voorwaardelijk of onvoorwaardelijk (art. 1 lid 4 Aw). De inschrijving is voorwaardelijk indien en zolang de advocaat nog geen verklaring kan overleggen dat hij het examen verbonden aan de beroepsopleiding van de Neder-

¹⁴ Deze twee aandachtsgebieden zijn niet willekeurig gekozen: de onderzoeksgroep noemt ze (*Eindrapport*, p. 64) als waarborgen tegen onbehoorlijke taakuitoefening, bestaande in misbruik van bevoegdheden door de raadsman.

¹⁵ *Eindrapport*, p. 58 en 64.

¹⁶ Art. 2 Aw. Tegen een voorgenomen inschrijving kan verzet worden gedaan door de plaatselijke Raden van Toezicht ex art. 4 Aw.

landse Orde van Advocaten (NOvA) met succes heeft afgerond (art. 1 lid 5 j^o 9c lid 1 Aw).

De beroepsopleiding wordt nader vorm gegeven in de Stageverordening 1988 van de NOvA. Zij beslaat in beginsel 1 dag per week in het eerste inschrijvingsjaar, en bestaat uit in totaal 52 dagdelen cursorisch onderwijs in onderwerpen als praktijkleer (15 dagdelen), burgerlijk procesrecht (8 dagdelen) en ADR & mediation (2 dagdelen). Het vak strafprocesrecht beslaat 6 dagdelen. Uitgezonderd de "vaardigheidsvakken", worden alle onderdelen van de opleiding schriftelijk getoetst. Zodra alle toetsen voldoende zijn gemaakt, is het "examen" waar art. 9c Aw van spreekt, behaald en wordt de voorwaardelijke inschrijving als advocaat omgezet in een onvoorwaardelijke inschrijving.

Noch het Wetboek van Strafvordering, noch de Advocatenwet maakt onderscheid naar het rechtsgebied waar de advocaat werkzaam op is of wenst te zijn. Dit brengt met zich dat elke advocaat in beginsel gerechtigd is elk type zaak te behandelen. Spiegelbeeldig brengt dit gegeven met zich, dat de beroepsopleiding slechts kan worden ingericht volgens het beginsel dat elke advocaat alles (tot op zekere hoogte) moet kunnen. De stagiaire die op een groot kantoor is aangenomen om zich uitsluitend bezig te houden met Bank- en Effectenrecht of "M & A", kan zich dan ook niet uit hoofde van die specialisatie aan de verplichting onttrekken om bijvoorbeeld het onderdeel Strafprocesrecht in de beroepsopleiding te volgen – zelfs niet als hij bezweert zich zijn verdere leven nooit (als raadsman) met strafzaken in te laten. Anderzijds dient de aan de opleiding verbonden schriftelijke toets Strafprocesrecht ook voor hem "haalbaar" te zijn. De toetsen van de beroepsopleiding mogen kortom niet te sterk selecteren. De slagingspercentages bewegen zich dan ook rond de 95%.

2.3 De opleidingsverplichtingen van de NOvA

Op grond van art. 9b, eerste lid, Aw is elke advocaat gedurende de eerste drie jaar waarin hij als zodanig (voorwaardelijk) is ingeschreven, verplicht de praktijk onder toezicht van een patroon uit te voeren.¹⁷ In die driejarige stageperiode dient hij niet slechts de beroepsopleiding af te ronden, doch dient hij tevens te voldoen aan de door de plaatselijke Raden van Toezicht in aanvulling op de beroepsopleiding gestelde opleidingseisen. De patroon "verschafft de stagiaire leiding, voorlichting en raad met betrekking tot de praktijkuitoefening in de ruimste zin des woords".¹⁸ De patroon brengt ten minste één maal per jaar schriftelijk verslag uit aan de plaatselijke Raad van Toezicht omtrent het verloop van de stage.¹⁹

In beginsel geldt voor stagiaires de verplichting om kantoor te houden bij de patroon. Op grond van het derde lid van art. 9b Aw kan de Raad van Toezicht van het arrondissement waar de stagiaire is ingeschreven van die verplichting vrijstelling verlenen,

¹⁷ Mergers and Acquisitions.

¹⁸ Als patroon kan in beginsel slechts optreden een advocaat die ten minste 7 jaar als zodanig is ingeschreven (art. 9b lid 6 Aw j^o art. 4 lid 3 Stagevo. 1988).

¹⁹ Art. 5 lid 1 Stagevo. 1988.

²⁰ Art. 5 lid 3 Stagevo. 1988.

“indien naar het oordeel van de Raad een behoorlijke praktijkuitoefening [...] verzekerd is.” De stagiaire heeft dan een “buitenpatroon”.³¹ De plaatselijke Raad van Toezicht geeft slechts toestemming voor een buitenpatroon nadat de stagiaire (tevergeefs) “in voldoende mate heeft getracht een patroon te vinden bij wie hij kantoor kan houden”.³² De aspirant-advocaat die er – om welke reden dan ook! – niet in slaagt bij een bestaand kantoor een stageplaats te verwerven, kan zich uiteindelijk met een buitenpatroon als zelfstandig advocaat vestigen.

Na de stageperiode is de advocaat onderworpen aan de verplichtingen van de Verordening op de Permanente Opleiding 2000. Elke advocaat dient elk jaar tenminste 16 opleidingspunten te behalen. Eén opleidingspunt is daarbij gelijkgesteld aan (o.m.) “het gedurende 60 minuten volgen van onderwijs dat de praktijkuitoefening of praktijkvoering ten goede komt bij een [door de NOvA] erkende opleidingsinstelling”.³³ Nu ook cursussen op het terrein van bijvoorbeeld kantoormanagement de praktijkvoering ten goede komen, is tevens voorgeschreven dat tenminste de helft van de te behalen punten betrekking dient te hebben op een juridisch onderwerp.³⁴

2.4 De inschrijvingsvoorwaarden van de Raden voor Rechtsbijstand

Als gezegd staan op dit moment ca. 13.500 advocaten in Nederland ingeschreven. Elk van deze advocaten kan op grond van art. 37 Sv optreden als raadsman in strafzaken, ongeacht de duur van hun inschrijving als advocaat of hun kennis van het straf-(proces)recht. Echter, niet alle advocaten kunnen dat doen op basis van gefinancierde rechtsbijstand. De Raden voor Rechtsbijstand hanteren namelijk eigen regels voor de inschrijving van advocaten als “rechtshulpverlener” in de zin van de Wet op de Rechtsbijstand.

Inschrijving bij de ressortelijke Raad voor Rechtsbijstand is een voorwaarde voor het kunnen verrichten van gefinancierde rechtsbijstand.³⁵ Op grond van de artikelen 14 en 15 Wrb kunnen de ressortelijke Raden voor Rechtsbijstand aan de inschrijving voorwaarden verbinden, die o.m. kunnen zien op de deskundigheid van de advocaat op bepaalde rechtsgebieden en de organisatie van het kantoor waar de advocaat werkzaam is.³⁶ Indien de advocaat niet (langer) voldoet aan de inschrijvingsvoorwaarden, kan de Raad de inschrijving doorhalen.³⁷

³¹ De buitenpatroon is verplicht ten minste één maal per zes maanden aan de Raad van Toezicht schriftelijk te rapporteren omtrent het verloop van de stage: art. 5 lid 3 Stagevo. 1988.

³² Art. 7 Stagevo. 1988.

³³ Art. 1, sub f, aanhef en onder 1 Vo.PO 2000. Eén punt wordt voorts toegekend voor het geven van 30 minuten onderwijs dat de praktijkuitoefening of praktijkvoering ten goede komt aan een erkende opleidingsinstelling (onder 2) en het schrijven van 500 woorden van een in de rechtsliteratuur gepubliceerd juridisch artikel (onder 3). Met deze bijdrage heeft de auteur dezes ruim aan zijn permanente opleidingsverplichting voor het jaar 2005 voldaan.

³⁴ Art. 3 lid 3 Vo.PO 2000.

³⁵ Art. 13, lid 1, onder a Wet op de rechtsbijstand (Wrb).

³⁶ Art. 15, eerste lid, onder b Wrb.

³⁷ Art. 17, tweede lid, onder b Wrb.

Elke Raad voor Rechtsbijstand is bevoegd zijn eigen inschrijvingsvoorwaarden vast te stellen. De Raad voor Rechtsbijstand in het ressort Den Haag – waartoe ik mij eenvoudigheidshalve beperk – heeft beide categorieën inschrijvingsvoorwaarden – deskundigheid en kantoororganisatie – als volgt nader uitgewerkt.¹⁸ Voor het jaar 2005 gelden als deskundigheidsvereisten vóór de inschrijving, dat de advocaat:

- het onderdeel strafrecht van de beroepsopleiding van de NOvA met goed gevolg heeft afgelegd;
- in de doctoraalfase is afgestudeerd in de strafrechtelijke richting, dan wel een door de Raad goedgekeurde cursus op strafrechtelijk terrein heeft gevolgd, en
- dat de advocaat in het jaar voorafgaand aan het verzoek tot inschrijving tenminste 12 strafzaken (onder toezicht) heeft behandeld.

Voor continuering van de inschrijving is vereist dat de ingeschreven advocaat jaarlijks ten minste 12 strafzaken behandelt en tenminste één cursus volgt op het terrein van het strafrecht, waarmee ten minste vier NOvA-punten moeten worden verkregen.

In de inschrijvingsvoorwaarden van de Raad voor Rechtsbijstand in het ressort Den Haag vinden we ook bepalingen die zien op de organisatie van het kantoor waar de advocaat werkzaam is. Naast algemene bepalingen omtrent de telefonische bereikbaarheid van het kantoor en een deugdelijke regeling voor vervanging en waarneming bij afwezigheid, eist de Raad sinds 1 januari 2004 een zgn. "auditverklaring". Dit vereiste vloeit voort uit een convenant inzake kwaliteitsborging advocatuur, dat werd gesloten tussen het Ministerie van Justitie, de NOvA en de vijf ressortelijke Raden voor Rechtsbijstand.

De audit wordt verricht door een door de NOvA erkende auditor, die de kantoororganisatie toetst aan criteria die zijn vastgelegd in de door de NOvA vastgestelde "kwaliteitsstandaard 2004". De daarin opgenomen aandachtspunten zien met name op organisatorische aspecten van de praktijkvoering (b.v. intakeprocedure, waarborgen van de vertrouwelijkheid van gegevens, archivering). Slechts op een enkele punt – te weten: de verplichtingen om een procedure voor klachtenbehandeling in te richten en om de "cliënttevredenheid" periodiek te meten – raakt de "kwaliteitsstandaard" aan de inhoudelijke kwaliteit van de bijstand.

Volgens de "Monitor gesubsidieerde rechtsbijstand" hebben in 2003 in het totaal 6.437 advocaten (51% van het totaal) daadwerkelijk gefinancierde rechtshulp geleverd.¹⁹ Het aantal advocaten dat gefinancierde rechtshulp levert op het rechtsgebied Strafrecht is uiteraard kleiner, maar wordt in de Monitor niet vermeld.

¹⁸ Zie de "Inschrijvingsvoorwaarden 2004" van de Haagse RvR. Deze en andere regelingen van de verschillende Raden voor Rechtsbijstand zijn te vinden op www.rvr.org.

¹⁹ *NJB* 3 december 2004 (afl. 44), p. 2319. De Monitor is ook gepubliceerd op de site www.rvr.org.

2.5 NVSA

Tot slot kan in dit verband de Nederlandse Vereniging van Strafrechtsadvocaten (NVSA) niet onvermeld gelaten worden. Deze specialisatievereniging stelt zich blijkens haar statuten o.m. ten doel: “het bevorderen van de deskundige beroepsuitoefening door advocaten in Nederland op het gebied van straf(proces)recht”, onder meer door het organiseren van opleidingen en studiebijeenkomsten.”

Het lidmaatschap van de vereniging staat in beginsel slechts open voor (en kan slechts worden behouden door) personen, die gedurende ten minste zes jaar als advocaat zijn ingeschreven, jaarlijks ten minste 500 uur van hun werktijd aan strafzaken besteden en jaarlijks ten minste 8 NOvA punten op het terrein van het straf (proces)recht behalen. De vereniging houdt echter geen toezicht op de naleving van dit voorschrift door haar leden.

Aspirant leden kunnen in beginsel slechts “gewoon” lid worden, indien zij binnen drie jaar na aanvang van hun lidmaatschap de door de vereniging georganiseerde specialisatieopleiding Straf(proces)recht met goed gevolg doorlopen. De opleiding wordt verzorgd in samenwerking met het Utrechtse Willem Pompe instituut. Zij bestaat uit 20 dagdelen cursorisch onderwijs.” Als docenten treden o.m. op raadsheren en advocaten-generaal bij de Hoge Raad en strafrechtadvocaten met veelal een rechtswetenschappelijke achtergrond. Op dit moment (medio 2005) heeft de NVSA ca. 325 leden.³³

2.6 Beschouwing

Elke advocaat is bevoegd op te treden als raadsman in strafzaken, ongeacht zijn kennis, kunde en ervaring. De vraag óf een advocaat voldoende kennis, kunde en ervaring heeft om als raadsman op te treden, kan en hoeft slechts beantwoord te worden door de advocaat zélf. Als deze de vereisten voor het naar behoren behartigen van de belangen van een in een strafzaak betrokken burger onderschat – of zijn eigen capaciteiten overschat – dan beschermt niemand de toekomstige cliënt tegen dat onjuiste oordeel.

Opmerkelijk is, dat de eisen om personen die procederen op basis van gefinancierde rechtsbijstand in strafzaken bij te staan hoger zijn, dan de eisen om personen op betalende basis bij te staan. De ondernemingsrechtadvocaat die af en toe ook eens een directeur van een bedrijf bijstaat in een persoonlijk strafrechtelijk akkefietje, zal zeer waarschijnlijk niet voldoen aan de toch niet bijster hoge eisen die de Raden voor Rechtsbijstand stellen aan een inschrijving voor het rechtsgebied strafrecht. Meer in het algemeen is zorgelijk dat niet de NOvA het voortouw neemt op het terrein van kwaliteitsbewaking en bevordering van de (strafrechts)advocatuur, maar dat over lijkt te laten aan derden.

³³ De NVSA heeft daartoe bijvoorbeeld ook de – inmiddels landelijk gelezen – Nieuwsbrief Strafrecht opgericht.

³⁴ Daarvan dienen ten minste 17 bijeenkomsten te worden bijgewoond, en het daarbij behorende huiswerk “voldoende” te zijn gemaakt, om het opleidingscertificaat te ontvangen.

³⁵ Zie voor meer informatie: www.nvsa.nl.

Het ledenaantal van de NVSA, en de grote belangstelling voor de door de NVSA georganiseerde specialisatiecursus – alle 60 opleidingsplaatsen voor het kalenderjaar 2006 zijn reeds vergeven en nog eens 30 advocaten staan op de wachtlijst – toont ten slotte aan dat een substantieel deel van de balie serieus werk maakt van (persoonlijke en collectieve) kwaliteitsverbetering binnen de strafrechtsadvocatuur.

3. Gedragsregels en tuchtrecht

3.1 Inleiding

De onderzoeksgroep noemt "binding aan gedragsrecht en plaatsing onder tuchtrechtelijk toezicht" als argument ten faveure – zij het in het kader van een bespreking van de *integriteit* van de advocatuur.³³ Die vermelding is voldoende om te bezien of gedragsregels en tuchtrecht ook waarborgen bevatten die een *kwalitatief* integere rechtsbijstand kunnen garanderen. Ik bespreek het stelsel van gedrags- en tuchtrecht. Daarna vat ik het onderzoek van Spronken naar de praktijk van de tuchtrechtspraak kort samen, en rond ik af met enkele opmerkingen van evaluatieve aard.

3.2 Het stelsel van gedragsregels en tuchtrechtelijke handhaving

Artikel 46 van de Advocatenwet bepaalt dat advocaten aan tuchtrechtspraak zijn onderworpen "terzake van enig handelen of nalaten in strijd met de zorg die zij als advocaat behoren te betrachten ten opzichte van degenen wier belangen zij als zodanig behartigen of behoren te behartigen, ter zake van inbreuken op de verordeningen van de Nederlandse orde en ter zake van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt." In de artikelen 46a tot en met 60aa Advocatenwet zijn de inrichting en de procedure van de tuchtrechtspraak nader uitgewerkt.

De tuchtrechtspraak kent twee instanties. De tuchtzaak wordt in eerste aanleg ahangig gemaakt bij één van de ressortelijke Raden van Discipline. Die oordeelt over de zaak in een kamer die is samengesteld uit een door de Kroon benoemde voorzitter (afkomstig uit de rechterlijke macht met rechtspraak belast) en vier advocaatleden.³⁴ In appel wordt de zaak behandeld door het Hof van Discipline te Utrecht, dat oordeelt in een combinatie bestaande uit drie door de Kroon benoemde leden, afkomstig uit de rechterlijke macht met rechtspraak belast, en twee advocaatleden.³⁵ Raden en hof kunnen aan een tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld hebbende advocaat als maatregelen opleggen een waarschuwing, een berisping, schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van ten hoogste een jaar of schrapping van het tableau.³⁶

³³ Eindrapport, p. 64. Over deze eenzijdige gerichtheid van de onderzoeksgroep heb mij in par. 1.2 al opgewonden.

³⁴ Artt. 46a, 46b en 47 Aw.

³⁵ Artt. 51 en 56 lid 2 Aw.

³⁶ Art. 48 Aw. Zie voor een uitgebreidere uiteenzetting van de organisatie van de tuchtrechtspraak: Taru Spronken, *Verdediging*, diss. Maastricht, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 492 en 493.

De hiervoor geciteerde, in art. 46 Aw neergelegde normen voor het handelen van de advocaat zijn in hoge mate diffuus. Zij worden nader uitgewerkt in de Gedragsregels voor advocaten, die in 1992 voor het laatst zijn herzien. Bij die herziening is ook het karakter van de gedragsregels nogmaals aan de orde gesteld. Uitdrukkelijk is overwogen dat het onwenselijk zou zijn de gedragsregels in een formele Verordening van de NOvA vast te leggen. Zij blijven daarmee “opgetekende coutumes, een weergave van datgene wat in de balie in een bepaald tijdvak leefde als ererecht”.³⁷

De gedragsregels zijn bedoeld als richtlijn voor het handelen van de advocaat.³⁸ Zij zijn niet bindend in de zin waarin bijvoorbeeld een Verordening van de NOvA bindend is. Het gedragsrecht is daarom – als vanouds – rechtersrecht: overtreding van geschreven gedragsregels leidt niet zonder meer tot de gevolgtrekking dat de advocaat tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld. Overtreding van een geschreven gedragsregel kan onder omstandigheden zelfs het enige tuchtrechtelijk aanvaardbare gedragsalternatief zijn.³⁹

Spronken destilleert uit de Inleiding bij de Gedragsregels 1992 vier uitgangspunten, die aan de gedragsregels ten grondslag zouden liggen. Eén daarvan is een goede kwalitatieve dienstverlening.⁴⁰ Inderdaad treffen wij in bedoelde Inleiding de volgende beschouwing aan:

“Een deugdelijke en zorgvuldige behandeling van de zaken is een eerste plicht van de advocaat; deze omvat tevens de plicht om de daarvoor benodigde kennis te vergaren en te onderhouden en om, wanneer hij te maken krijgt met een zaak waarvoor hem kennis en/of kunde ontbreken, zorg te dragen voor de nodige assistentie dan wel de cliënt te verwijzen naar een collega die wel aan de vereisten voldoet.”⁴¹

Toch ziet slechts een enkele gedragsregel expliciet op de kwaliteit van de door de advocaat geboden bijstand. Regel 1 bepaalt dat de advocaat zich zodanig dient te gedragen “dat het vertrouwen in de advocatuur of in zijn eigen beroepsuitoefening niet wordt geschaad”. En volgens Regel 4 dient de advocaat “de hem opgedragen zaken zorgvuldig te behandelen”.⁴² Maar daar houdt het – voor wat betreft de uitgeschreven gedragsregels – wel op. Uiteraard zien ook andere Regels *mede* op de kwaliteit van het functioneren van de advocaat – denk aan regels ten aanzien van de geheimhouding (Regel 6) of de bijstand aan personen met tegenstrijdige belangen (Regel 7). Deze hebben echter geen betrekking op het onderwerp van deze bijdrage: de waarborging van de *feitelijk- en juridisch-inhoudelijke* kwaliteit van de rechtsbijstand die in individuele strafzaken wordt geboden.

³⁷ Zie het “Ten geleide” van de toenmalige Algemeen Deken van de Orde van Advocaten, Van Hassel, bij de Gedragsregels 1992, *Vademecum Advocatuur* 2004, p. 264.

³⁸ Gedragsregels 1992, Inleiding, *Vademecum Advocatuur* 2004, p. 266.

³⁹ Zie voor een nadere beschouwing over de geschiedenis en het karakter van de gedragsregels: Spronken, *a.w.*, p. 493 e.v.

⁴⁰ Spronken, *a.w.*, p. 501

⁴¹ *Vademecum Advocatuur* 2004, p. 267.

⁴² In de toelichting op deze gedragsregel wordt verwezen naar de hiervoor geciteerde alinea uit de Inleiding bij de Gedragsregels 1992: *Vademecum Advocatuur* 2004, p. 270.

3.3 Tuchtrechtspraak in de praktijk

In haar dissertatieonderzoek heeft Spronken alle gepubliceerde uitspraken van de Raden en het Hof van Discipline uit de jaren 1956 tot en met augustus 2000 geanalyseerd, alsmede alle ongepubliceerde uitspraken van deze instanties uit de jaren 1987 tot en met januari 1999 – een en ander voor zover de uitspraken betrekking hadden op het optreden van de advocaat als raadsman in een strafzaak.⁴³ Een “belangrijk deel” van deze 273 onderzochte uitspraken betrof klachten die betrekking hadden op “nalatigheden, schromelijke verwaarlozing van de belangen van de cliënt of andere onzorgvuldigheden” in het optreden van de raadsman.⁴⁴ Veel van deze klachten hadden betrekking op het te laat of onjuist aanwenden van een rechtsmiddel.⁴⁵ Een aantal (gegrond bevonden) klachten had betrekking op het helemaal niet of totaal onvoorbereid verschijnen ter zitting. In deze gevallen spreekt voor zich dat van een “behoorlijke taakuitoefening” door de raadsman geen sprake kan zijn geweest.

Het onderzoek van Spronken geeft geen aanleiding te veronderstellen dat de kwaliteit van de rechtsbijstand in strafzaken in overwegende mate onvoldoende of ondermaats is. Anderzijds roepen met name de zaken waarin advocaten niet of onvoorbereid ter zitting verschenen de klemmende vraag op hoeveel zaken deze door de tuchtrechter op de vingers getikte advocaten op vergelijkbare wijze hebben “behandeld”, echter zonder dat die andere cliënten daarover bij de tuchtrechter hebben geklaagd. Meer in het algemeen is de vraag hoe groot het “dark number” is. Hoeveel zaken zijn kwalitatief ondermaats behandeld, zonder dat door gewezen cliënten of anderen (bijvoorbeeld de deken) over de wanprestatie bij de tuchtrechter is geklaagd? Men kan er slechts naar gissen.

Ook om een andere reden kan men twijfelen aan de bruikbaarheid van het tuchtrecht als instrument van kwaliteitsborging. Op het moment dat de gewezen cliënt een klacht indient – en zeker op het moment dat de tuchtrechter evt. in hoogste instantie uitspraak heeft gedaan – is de strafzaak al voorbij. Wat baat het de klagende gewezen cliënt *in zijn strafzaak* als hij door de tuchtrechter in het gelijk wordt gesteld? Onder het huidige recht is het simpele antwoord: niets, nu de uitspraak van de tuchtrechter op zichzelf beschouwd geen novum voor een herziening van het veroordelende strafvonnis oplevert. De invloed van een tuchtrechtelijke uitspraak op de *toekomstige* kwaliteit van de rechtsbijstand in strafzaken is dezelfde als de invloed van een strafrechtelijke uitspraak op het toekomstig gedrag van de veroordeelde en zijn rechtsgenoten: voor zover de uitspraak ongewenst gedrag niet feitelijk onmogelijk maakt (door gevangenisstraf resp. door schorsing in de uitoefening van de praktijk of schrapping van het tableau) kan men alleen maar hopen dat van de uitspraak enig (speciaal- en/of generaal-) preventief effect uitgaat.

⁴³ Spronken, *a.w.*, p. 510.

⁴⁴ Spronken, *a.w.*, p. 540.

⁴⁵ Spronken, *a.w.*, p. 543

4. Financiële systeemkenmerken

4.1 Inleiding

In het voorgaande hebben we gezien dat niet al te veel vertrouwen gesteld kan worden in het tuchtrecht als instrument om de kwaliteit van de rechtsbijstand in alle individuele strafzaken te waarborgen. Eerder zagen we reeds, dat aan de raadsman in strafzaken nauwelijks eisen worden gesteld voor wat betreft zijn opleiding en ervaring. De vraag of een advocaat voldoende geëquipeerd is om in strafzaken behoorlijke bijstand te verlenen, wordt aan de advocaat zélf ter beantwoording overgelaten.

Maar daarmee is niet uitgesloten dat er andere mechanismen bestaan, die verzekeren dat advocaten die zich bezighouden met het verlenen van rechtsbijstand in strafzaken over voldoende kennis, kunde en ervaring beschikken om die taak naar behoren te vervullen. Nu advocaten als vrije beroepsbeoefenaren zakelijke dienstverleners zijn, ligt het in de rede in dit verband te bezien welke prikkels uit “de markt” op de advocatuur inwerken. Welke systeemkenmerken treffen wij kortom aan in de financiële spelregels van het advocatenvak?

De diensten van de advocaat worden op twee wijzen vergoed. Ofwel de advocaat wordt door de cliënt of door een derde betaald voor zijn diensten, ofwel de advocaat treedt op op basis van gefinancierde rechtshulp (in het spraakgebruik: “een toevoeging”). Ik bespreek allereerst het systeem van de gefinancierde rechtshulp.

4.2 Gefinancierde rechtshulp

4.2.1 Algemeen

Er bestaat een wezenlijk onderscheid tussen de *ambtshalve toevoeging* en de *toevoeging op verzoek*.

De *ambtshalve toevoeging* vindt plaats bij voorlopig gehechte verdachten (art. 41 Sv), en voorts in een aantal andere strafvorderlijke situaties (bv. bij gelegenheid van een verhoor van de verdachte in een GVO: art. 187a Sv).⁴⁶ De *ambtshalve toevoeging* wordt zonder aanzien des persoons afgegeven, zowel aan bedelaars als aan miljonairs. *Toevoeging op verzoek* wordt daarentegen uitsluitend afgegeven aan personen die als on- of minvermogenden kunnen worden aangemerkt. Daartoe wordt door de bureau's rechtsbijstandvoorziening van de (ressortelijke) Raden voor Rechtsbijstand de draagkracht van de burger die in aanmerking wenst te komen voor gefinancierde rechtsbijstand (de “rechtzoekende”) getoetst.

Uiteraard is een ruime verzameling wetgeving, richtlijnen, beleid en jurisprudentie gegroeid op het onderwerp van de draagkrachtmeting, doch voor onze doeleinden is voldoende nauwkeurig de samenvatting dat de draagkracht bestaat uit het netto (maand)inkomen (dus na inhouding van loonbelasting en sociale premies; art. 1 onder

⁴⁶ Zie voor een uitgebreider – doch nog steeds beknopt – overzicht Spronken, *a.w.*, p. 208 t/m 212.

a. Besluit draagkrachtcriteria rechtsbijstand – Bdr), waarop eventuele alimentatieverplichtingen en premies voor een ziektekostenverzekering in mindering komen (art. 7 lid 1 onder a. en b. Bdr). Het inkomen van degene met wie de rechtzoekende een gezamenlijke huishouding voert, wordt in de draagkrachtberekening opgeteld bij het inkomen van de rechtzoekende (art. 4 Bdr).

Uit de bij het Bdr behorende tabel volgt óf een rechtzoekende bij een bepaalde vastgestelde draagkracht in aanmerking komt voor gefinancierde rechtsbijstand, en zo ja, hoe hoog de eigen bijdrage is die de rechtzoekende daarvoor zal hebben te betalen. De tabel wordt jaarlijks geïndexeerd. Op dit moment (tweede kwartaal 2005) is de draagkrachtgrens voor alleenstaanden ca. € 1.500,- per maand. Voor gehuwden/samenwonenden en éénoudergezinnen is de grens voor de (gemeenschappelijke) draagkracht ca. € 2.100,- per maand. Blijft de rechtzoekende onder die grens, dan dient hij een eigen bijdrage te voldoen van (maximaal) ca. € 760,-, maar worden de overige kosten voor de raadsman door de Staat voldaan. Is de draagkracht hoger dan de genoemde grenzen, dan zal de rechtzoekende zijn advocaat zelf moeten betalen.

4.2.2 Vergoedingssystematiek: forfaitair deel

De wijze waarop na afloop van een strafzaak door de Raden voor Rechtsbijstand de vergoeding voor de advocaat wordt berekend, is voor beide hiervoor besproken soorten toevoegingen identiek.

De basis voor de vergoeding is het aantal "punten" dat na afloop van de zaak wordt toegekend. De eerste stap in die berekening is de bepaling van het aantal "basispunten" dat bij het type zaak hoort. Zo worden aan strafzaken die door de rechtbank enkelvoudig worden afgedaan, 6 punten toegekend. Aan zaken die meervoudig worden afgedaan, worden 8 punten toegekend (art. 14 Besluit vergoedingen rechtsbijstand 2000 – Bvr – en Bijlage 2 bij het Besluit).⁴⁷ De tijdsbesteding die van de advocaat gevergd kan worden, is gekoppeld aan dit aantal basispunten. Van een "bewerkelijke zaak" (waarover aanstonds meer) wordt pas gesproken, als het aantal aan rechtsbijstand bestede uren hoger is dan drie maal het aantal basispunten (art. 22 Bvr). Die grens ligt bij enkelvoudige rechtbankzaken dus op 18 uur, bij zaken die voor de meervoudige kamer dienen op 24 uur.

In aanvulling op de basispunten worden punten aan een zaak toegekend voor wat ik maar zal noemen "bijzondere verrichtingen". Als de cliënt voorlopig gehecht is krachtens een bevel gevangenhouding of gevangenneming, dan worden 3 punten toegekend (art. 16 Bvr). Voor elke getuige die in een GVO of daarmee gelijk te stellen procedure wordt gehoord, wordt 1 punt toegekend (art. 17 Bvr). Als de zitting wordt aangehouden, wordt voor elke vervolgzitting 2 punten toegekend, echter alleen indien de zitting waarin tot aanhouding is besloten géén pro-forma was (art. 18 Bvr).⁴⁸ Uiteindelijk

⁴⁷ Het Besluit en de bijlage onderscheiden ca. 20 verschillende zaakstypen, die elk een eigen "puntengewicht" hebben.

⁴⁸ Voorts geldt de uitspraak niet als een zitting. Ter vermijding van misverstand: de aanvullende punten hebben geen invloed op het aantal uren rechtsbijstand dat van de advocaat gevergd kan worden. Dat wordt bepaald door het aantal basispunten dat aan de zaak wordt toegekend.

worden alle punten bij elkaar opgeteld en vermenigvuldigd met (op dit moment⁴⁹) ca. € 95,-.

Voor een politierechterzaak (6 punten) waarin zonder inhoudelijke behandeling (dus geen punten voor de vervolgzitting) de zaak naar de R-C is verwezen voor het horen van 2 getuigen (2x1 punt), ontvangt de advocaat dus een vergoeding van $(6+2) \times € 95,- = € 760,-$. Eenzelfde vergoeding ontvangt de advocaat van voor een mk-zaak (8 punten) die in één zitting wordt afgedaan en waarin geen vrijheidsbeneming is toegepast. Voor een mk-zaak (8 punten), die zich op drie zittingsdagen heeft afgespeeld (2x2 punten), waarin de cliënt voorlopig gehecht is (3 punten) en waarin 5 getuigen in een mini-instructie zijn gehoord (5x1 punt), wordt een vergoeding van $(8+4+3+5) \times € 95,- = € 1.900,-$ toegekend.⁵⁰

4.2.3 Vergoedingssystematiek: “bewerkelijke zaak”

De hiervoor weergegeven berekeningsmethode is onafhankelijk van de door de advocaat aan de zaak bestede tijd. Of de advocaat in het laatste voorbeeld nu 14 of 24 uur aan de zaak heeft besteed, zijn vergoeding blijft € 1.900,-. Dat wordt slechts anders indien sprake is van een zgn. “bewerkelijke zaak”, dat is een zaak waarin de tijdsbesteding van de advocaat in uren hoger is dan drie maal het aantal basispunten dat aan de zaak is toegekend (art. 22 Bvr). Dreigt de tijdsbesteding van de rechtshulpverlener de grens van 18 uur (voor politierechterzaken) respectievelijk 24 uur (voor mk-zaken) te overschrijden, dan dient de advocaat de Raad voor Rechtsbijstand toestemming te vragen voor het mogen besteden van extra uren. Het verzoek moet vergezeld gaan met een specificatie van de tot dat moment in de zaak gewerkte uren, alsmede een begroting van de nog te besteden uren. Alleen indien en voor zover de Raad de urenbegroting vooraf goedkeurt, kan de advocaat een vergoeding voor de boventallige uren tegemoet zien.⁵¹

De vraag op welk moment de grens van 18 respectievelijk 24 uur door de rechtshulpverlener is of wordt overschreden, houdt de Raad en de rechtshulpverlener nog al eens verdeeld. De Raad hanteert als uitgangspunt dat alleen uren die aan “rechtsbijstand” zijn besteed, mee kunnen tellen.⁵² Wachtijd – die voorafgaand aan een raadkamer gevangenhouding of een zitting op kwade dagen tot enkele uren kan bedragen – wordt volgens de Raad niet aan “rechtsbijstand” besteed, en telt dan ook niet mee. Datzelfde geldt voor reistijd, voor werkzaamheden van kantoorgenoten van de rechtsbijstandverlener en voor studie van jurisprudentie, wet- en regelgeving, met uitzondering in het geval de zaak “een zodanig bijzonder karakter heeft dat niet kan

⁴⁹ De vergoeding per punt wordt regelmatig geïndexeerd of op andere gronden aangepast.

⁵⁰ Eenvoudigheidshalve laat ik vergoedingen voor reisverlet, reiskosten en administratieve lasten buiten beschouwing.

⁵¹ Er is geen maximum gesteld aan het aantal uren waarvoor de Raad toestemming kan geven. Uit praktische overwegingen wordt per verzoek toestemming gegeven voor hooguit 500 aanvullende uren. Zolang de zaak nog niet is afgerond, kan de rechtshulpverlener telkens aanvullende verzoeken tot urenuitbreiding doen.

⁵² Dit, en de hier op volgende uitwerking, is ontleend aan p. 29 en 30 van het *Handboek Vergoedingen van de RvR*.

worden volstaan met het algemeen aanwezig geachte deskundigheidsniveau van de rechtsbijstandverlener". Het is dan ook eerder regel dan uitzondering, dat een advocaat (bijna) 24 uur aan een zaak heeft besteed, maar dat de Raad voor Rechtsbijstand concludeert dat daarvan een niet te verwaarlozen aantal uren niet aan "rechtsbijstand" is besteed.

De Raad beoordeelt "of de tot dan toe verleende rechtsbijstand doelmatig"⁵³ heeft plaatsgevonden en of de begroting betrekking heeft op een doelmatig vervolg van de werkzaamheden". Ook bij de beoordeling van de begroting hanteert de Raad het criterium "rechtsbijstand", hetgeen er bijvoorbeeld toe kan leiden dat een post "studie van literatuur en jurisprudentie" door de Raad uit de begroting wordt geschrapt. Werkelijk sterke staaltjes van doelmatigheidsbeoordelingen door de (Leeuwardense) Raad voor Rechtspraak worden gemeld in een artikel onder de veelzeggende titel "Dief van eigen portemonnee".⁵⁴ Ik volsta hier met het aanhalen van het voorbeeld, dat de Raad voor Rechtsbijstand een aantal bezoeken aan een cliënt in het huis van bewaring heeft geschrapt, "omdat de raad twee bezoeken wel genoeg vond."

De beslissing van de Raad valt in twee beschikkingen uiteen. De eerste beschikking betreft de afrekening van het forfaitaire deel van de zaak. De tweede beschikking ziet op de toestemming (een door de Raad nader aan te duiden aantal) extra uren aan de zaak te besteden. Na afloop van de zaak wordt aan de hand een door de rechtshulpverlener over te leggen urenspecificatie vastgesteld hoeveel van de geautoriseerde extra uren daadwerkelijk aan "rechtsbijstand" zijn besteed (dus wederom met aftrek van reis- en wachttijd etc.). Dit aantal uren wordt tegen één punt (ca. € 95,-) per uur vergoed.

4.2.4 Omrekening naar uurtarieven: een spiegelbeeldige J-curve

De prikkels die besloten liggen in het geschetste stelsel, kunnen aanschouwelijk worden gemaakt, door de vergoedingen in toevoegingszaken om te rekenen naar uurtarieven. Daartoe zal ik een tweetal voorbeelden uitwerken.

⁵³ Dat is: "noodzakelijk, zinvol en redelijk [...] en in verhouding [...] tot het belang waarvoor de toevoeging is afgegeven".

⁵⁴ Tjalling van der Groot, kennelijk namens Anker & Anker advocaten, Dief van eigen portemonnee, *Advocatenblad* 9, 24 juni 2005, p. 442-444.

Tabel 1: Een politierechterzaak – geen vrijheidsbeneming, geen getuigen en geen aanhoudingen. Forfaitaire vergoeding: $6 \times € 95,- = € 570,-$:

Totale Tijdsbesteding (uren)	w.v. reis- & wachttijd (uren)	Forfaitaire vergoeding	Extra uren (vergoed à €95,-)	Totale vergoeding	Uurtarief (tot.verg./tot.tijdsbest.)
2	n.v.b.	€ 570,-	-	€ 570,-	€ 285,-
6	n.v.b.	€ 570,-	-	€ 570,-	€ 95,-
10	n.v.b.	€ 570,-	-	€ 570,-	€ 57,-
18 (max.)	n.v.b.	€ 570,-	-	€ 570,-	Ca. € 31,67
24	2	€ 570,-	4	€ 950,-	€ 39,85
30	3	€ 570,-	9	€ 1.425,-	€ 47,50
45	4	€ 570,-	23	€ 2.755,-	€ 61,22

Tabel 2: Een MK-zaak - cliënt is voorlopig gehecht, 4 getuigen, twee zittingen. Forfaitaire vergoeding $(8 + 3 + 4 + 2) \times € 95,- = € 1.615,-$.

Totale Tijdsbesteding (uren)	w.v. reis- & wachttijd (uren)	Forfaitaire vergoeding	Extra uren (vergoed à 95,-)	Totale vergoeding	Uurtarief (tot.verg./tot.tijdsbest.)
6	n.v.b.	€ 1.615,-	-	€ 1.615,-	€ 269,16
10	n.v.b.	€ 1.615,-	-	€ 1.615,-	€ 161,50
18	n.v.b.	€ 1.615,-	-	€ 1.615,-	€ 89,72
24 (max.)	n.v.b.	€ 1.615,-	-	€ 1.615,-	€ 67,29
30	3	€ 1.615,-	3	€ 1.900,-	€ 63,33
45	4	€ 1.615,-	17	€ 3.230,-	€ 71,78
60	6	€ 1.615,-	30	€ 4.465,-	€ 74,42

Men zou andere voorbeelden kunnen uitwerken, het beeld zou hetzelfde zijn. De forfaitaire vergoeding is onafhankelijk van het aantal gewerkte uren. Daarom is de vergoeding per gewerkt uur lager, naarmate het aantal werkelijk gewerkte uren dichter in de buurt komt van het aantal uren dat in de forfaitaire vergoeding maximaal begrepen wordt geacht. Opmerkelijker is dat de uurvergoeding op het laagste punt is, kort nadat de zaak als "bewerkelijke zaak" kwalificeert. De reden hiervoor is dat bepaalde werkzaamheden door de Raad voor Rechtsbijstand buiten beschouwing worden gelaten bij de toekenning van extra uren. Het gevolg hiervan is, dat het voor de rechtshulpverlener pas lonend wordt om de tijdsinvestering die gepaard gaat met de administratieve handelingen ten behoeve van het aanvragen van extra uren te ondernemen, als de nog aan de zaak te besteden uren de forfaitair vastgestelde uren ruim overschrijden.

Zo wordt voor de economisch denkende advocaat een wezenlijke vraag bij het aanvragen van een toevoegingszaak of de tijdsbesteding in de zaak naar verwachting ruim boven de grens voor "bewerkelijke zaak" zal vallen – zeg: in totaal ten minste 30 uur bij mk-zaken. Is het antwoord op die vraag negatief, dan is het zaak zo weinig mo-

gelijk uren aan de zaak te besteden. Op "verplichte uren" (daarmee bedoel ik: uren die besteed moeten worden aan het daadwerkelijk optreden in rechte, bijvoorbeeld het horen van getuigen in het kabinet R-C of het bijwonen van de eigenlijk terechtzitting) kan nauwelijks bezuinigd worden. Daarom staat de tijd die de advocaat zou wensen te besteden aan overleg met cliënt, maar vooral het doen van (juridisch en feitelijk) onderzoek à décharge en het schrijven van de pleitnota onder druk.

4.3 Betaalde rechtshulp

4.3.1 Prijsvorming

Hiervoor zagen wij, dat de rechtzoekende wiens draagkracht hoger is dan ca. € 1.500,- per maand (voor alleenstaanden) of € 2.100,- per maand (voor gehuwden/samenwonenden en éénoudergezinnen), niet in aanmerking komt voor gefinancierde rechtsbijstand. Deze persoon zal, als hij strafrechtelijk wordt vervolgd, zijn advocaat zelf moeten betalen.

Tot 1997 verstreekte de NOvA richtlijnen ten behoeve van het declaratiebeleid van advocaten. Met ingang van 1 januari 1997 werd het tot die tijd geldende "Calculatieschema" niet langer door de Orde aanbevolen, en werd het vervangen door een "vrije prijswijzer".⁵⁵ Omdat de grondslagen van het oude Calculatieschema nog steeds doorklinken in de wijze waarop declaraties in het huidige tijdsgewricht tot stand komen, is het nuttig de oude richtlijn eens op te diepen en te ontstoffen.⁵⁶ Overigens verdient opmerking dat het Calculatieschema, dat als gezegd voor de advocatuurlijke praktijkvoering is afgeschaft, in afgeslankte vorm nog geldt voor advocaten die als curator optreden in een faillissement of een surséance van betaling.⁵⁷

De in het calculatieschema aanbevolen declaratieformule luidde:

declaratie = uren x basistarief x factor.

Het aantal aan de zaak bestede uren blijkt uit de urenadministratie van de advocaat. Dat aantal werd vermenigvuldigd met het door de NOvA vastgestelde, en jaarlijks aan te passen basistarief. Per 1/1/93 bedroeg het basisuurtarief fl. 265,-. In het laatste jaar waarop het calculatieschema van kracht was (1996) bedroeg het basisuurtarief fl. 290,-. De jaarlijkse aanpassingen van het uurtarief in de eerder genoemde Richtlijn voor faillissementen en surséances van betaling, hebben geleid tot een basisuurtarief voor 2005 van € 171,-. Volgens een andere indexeringsmethode zou het basisuurtarief voor 2005 ongeveer € 195,- bedragen.⁵⁸

⁵⁵ *Advocatenblad* 1996, afl. 1 (5 januari 1996), p. 40.

⁵⁶ Daartoe maak ik gebruik van de weergave van het Calculatieschema in *het Jaarboek Advocatuur* 1993/1994, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 25 t/m 28.

⁵⁷ Zie Richtlijn 23 voor faillissementen en surséances van betaling.

⁵⁸ Na jaarlijkse indexering overeenkomstig het consumentenprijsindexcijfer voor alle huishoudens van de maand december en afronding op hele gulden/euro's.

Op het bedrag (dat werd verkregen door vermenigvuldiging van de bestede uren met het basisuurtarief) werd ten slotte een "factor" losgelaten. Deze factor was de resultante van verschillende wegingsfactoren, die elk voor zich tot een verhoging of verlaging van de declaratie konden leiden. Enkele van die wegingsfactoren waren alleen toepasselijk in civiele zaken. Zo kon "het [financiële] belang van de zaak" leiden tot een (deel)factor variërend van 0,7 (voor zaken met een belang van minder dan fl. 7.500,- [in 1994]) tot 2,5 (voor zaken met een belang van meer dan fl. 750.000,- [in 1994]). In strafzaken werd deze deelfactor op 1,0 (= geen invloed) gesteld. Zo resteerden voor strafzaken de volgende deelfactoren:

indien specialistische kennis wordt toegepast:	deelfactor 1,5
spoedzaken:	deelfactor 1,5
geringe draagkracht van cliënt:	deelfactor 0,7
ervaring van de advocaat:	
advocaat-stagiaire:	deelfactor 0,6;
beginnend medewerker:	deelfactor 0,8
meer dan 5 jaar ervaring:	deelfactor 1,0

Specialistische kennis, toegepast in een zaak zonder spoed door een beginnend medewerker leidde dus tot een uiteindelijke "factor" van $(1,5 \times 1,0 \times 0,8 =) 1,2$. De einddeclaratie bedroeg dan (uren x basistarief) x 1,2.

Als gezegd zijn advocaten(kantoren) sinds het afschaffen van het Calculatieschema vrij in de bepaling van hun tarieven.⁵⁹ De moderne wijze van declareren is veelal eenvoudigweg [uren x uurtarief], waarbij in het uurtarief dat de betreffende advocaat hanteert factoren als ervaring en (bij de advocaat en/of zijn kantoor aanwezige) specialistische kennis worden verdisconteerd.⁶⁰ In veel kantoren is in de loop der jaren een standaardtariefstructuur ontstaan, waarbij elke advocaat bij het bereiken van een volgend dienst- of ervaringsjaar ook het voor die dienst- of ervaringsjaren vastgestelde uurtarief hanteert. Aan de cliënt kan onder omstandigheden vervolgens de keuze worden voorgelegd of hij een meer ervaren advocaat wenst – met het daarbij behorende uurtarief – of dat zijn zaak en/of zijn budget (slechts) een minder ervaren advocaat verdraagt.

Tariefstelling is mede een marketinginstrument. Wie meent kwalitatief superieure diensten aan te bieden, kan en zal in het algemeen een tarief hanteren dan boven het

⁵⁹ Zij het mer inachtneming van Gedragsregel 25.1, die bepaalt: "Bij het vaststellen van zijn declaratie behoort de advocaat een, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk salaris in rekening te brengen."

⁶⁰ Eventueel kan voor bepaalde uren (er moest bijvoorbeeld in het weekend worden gewerkt) een spoedtarief van 1,5 of 2,0 maal het normale tarief worden gedeclareerd. Alle bedragen zijn excl. 19% BTW.

marktgemiddelde ligt. In strafzaken gespecialiseerde kantoren hanteren dan ook veelal hogere tarieven dan zich niet als gespecialiseerd afficherende advocatenkantoren.⁶¹ Voor het overige kunnen over de hoogte van tarieven weinig algemeen geldende uitspraken worden gedaan. Uiteindelijk geldt dat als "de markt" het gehanteerde tarief te hoog vindt, de zakenstroom van de betreffende advocaat zal opdrogen – hetgeen tot een correctie van het tarief zal leiden. De markt bepaalt kortom of een tarief (nog) redelijk is. De vraag of alle cliënten even goed in staat zijn op dit punt een geïnformeerde keuze te maken, laat ik nu maar even rusten.

Enig inzicht in de tarieven die aan de bovenkant van de markt worden gehanteerd, kan verkregen worden uit de Quote Advocatengids 2004-2005.⁶² De daar vermelde tarieven liggen in het algemeen tussen de € 300,- en € 525,- per uur – uiteraard exclusief 19% BTW.

4.3.2. Kosten voor de verdachte

Een rekenvoorbeeld kan bijdragen aan begrip voor de financiële belasting die een strafzaak voor een verdachte met zich brengt. Stel: cliënt wordt verdachte van een betrokkenheid bij een caféruzie, en moet zich bij de politierechter verantwoorden op verdenking van (zware) mishandeling. Cliënt ontkent. De advocaat begroot zijn tijdsbesteding aldus:⁶³

Studie dossier:	2 uur
Bespreking cliënt:	2 x 1 uur
Pleitnota:	2 uur
Zitting (incl. reistijd):	1 uur

Wordt de bijstand verricht door een beginnend stagiaire, dan bedraagt de declaratie ca. € 850,-.⁶⁴ Wordt cliënt bijgestaan door een beginnend medewerker in een niet gespecialiseerd kantoor, dan kost hem dat ca. € 1.450,-.⁶⁵ Wenst hij bijstand door een senior partner van een gespecialiseerd strafrechtskantoor, dan moet hij € 1.850,- tot € 2.900,- of meer meebrengen.⁶⁶ Voor meer complexe politierechterzaken en voor eenvoudige MK-zaken moeten deze bedragen ten minste verdubbeld worden. In de meer bewerkelijke zaken worden tienduizenden euro's gedeclareerd. Het spreekt voor zich

⁶¹ Dit geldt slechts in zijn algemeenheid: er bestaan gespecialiseerde strafrechtskantoren die hun tarieven bewust laag houden. Zoals met veel in het leven: goedkoop is zeker niet altijd slecht en duur is zeker niet altijd goed.

⁶² M.n. p. 126-134 (economisch strafrecht) en 222-230 (strafrecht).

⁶³ Een beginnend advocaat heeft wellicht een uurtje meer nodig; een zeer ervaren advocaat wellicht een uurtje minder.

⁶⁴ Uurtarief ca. € 100,- + 19 % BTW.

⁶⁵ Uurtarief ca. € 175,- + 19 % BTW. Tarieven voor (beginnend) medewerkers in gespecialiseerde kantoren kunnen tegen de € 200,- BTW belopen.

⁶⁶ Uurtarief tussen ca. € 220,- en ca. € 350,- + 19 % BTW. Hiervoor zagen we dat voor sommige advocaten de uurtarieven tot € 525,- kunnen belopen.

dat alleen ondernemingen en vermogende particulieren de met een wat grotere strafzaak gepaard gaande kosten zonder problemen kunnen dragen.

Het zal dan niet verbazen dat veel verdachten zich bij de behandeling van hun zaak in het geheel niet door een raadsman laten bijstaan, hetzij noodgedwongen, omdat zij de kosten voor een raadsman eenvoudigweg niet kunnen opbrengen, hetzij uit keuze, omdat het belang van de strafzaak te gering is om de te maken advocaatkosten te rechtvaardigen. Ook komt het voor dat een verdachte probeert eerst zelf de rechtbank te overtuigen, en zich slechts voor de “herkansing” in hoger beroep van rechtsbijstand voorziet. Of spiegelbeeldig, dat men zich in eerste aanleg door een advocaat laat bijstaan, en besluit het door het OM ingestelde appel (gelet op de “waarde” van het door de rechtbank uitgesproken vonnis) zonder rechtsbijstand af te wikkelen. Andere methoden voor particulieren om de te maken kosten te bestrijden zijn het vinden van een goedkopere – minder ervaren of minder gespecialiseerde – advocaat, of het beperken van het aantal uren dat de advocaat aan de zaak mag besteden.⁶⁷

Met name deze laatste strategie stelt de raadsman soms voor moeilijke afwegingen tussen enerzijds een optimale processtrategie, anderzijds de noodzaak om ten behoeve van cliënt het aantal gewerkte uren te minimaliseren. Ook hier geldt dat op “verplichte uren” (zie par. 4.2.4) nauwelijks bezuinigd kan worden, zodat met name de tijd die de advocaat zou wensen te besteden aan het doen van (juridisch en feitelijk) onderzoek à décharge en het schrijven van de pleitnota, onder druk komt te staan.

Omdat nu eenmaal de financiële armslag van de meeste cliënten niet onbeperkt is, is het vanzelfsprekend dat de kosten van de te maken verdedigingsinspanning moeten worden afgewogen tegen de te verwachten opbrengst. Dan is het evenzeer vanzelfsprekend dat in een zaak, die op basis van het beschikbare dossier al “op winst” staat, niet nog eens tien getuigen zullen worden opgeroepen,⁶⁸ als het horen van die getuigen slechts een marginale positieverbetering zou bewerkstelligen. In die afweging is het legitiem om te besluiten de eerste aanleg op de kracht van het bestaande dossier te bevechten, en slechts in het geval van een veroordeling in hoger beroep getuigen op te roepen en de daarmee gepaard gaande kosten te aanvaarden.

Dit noodzakelijke verband tussen zekere kosten en potentiële baten wordt door de onderzoeksgroep Sv 2001 miskend. In de rapporten wordt slechts de staf gebroken over “het alsnog inroepen van verdedigingsrechten die in een eerder stadium gebruikt hadden kunnen worden” en wordt de trom van de rechtsverwerking geroerd.⁶⁹ Zo’n standpunt kan echter slechts volgehouden worden in een stelsel waarin *alle* rechtsbijstand kosteloos is.

⁶⁷ Dat overigens de rechterlijke macht onvoldoende oog heeft voor de financiële belasting die een strafzaak voor een verdachte met zich brengt, blijkt bijvoorbeeld uit de spreiding van “megazaken” over het land, alsmede uit het feit dat de Haagse Rechtbank zonder blikken of blozen zittingen uitbesteedt aan de rechtbank te Schiphol, die kennelijk capaciteit over heeft. In voorkomende gevallen zal ik bepleiten dat een eventueel op te leggen geldboete zal worden verminderd met het de ca. € 600,- die aan cliënt in rekening moet worden gebracht voor de reistijd van Den Haag naar Schiphol v.v.

⁶⁸ Ten minste 1 uur feitelijk verhoor en 2 uren voorbereiding à raison van – laten we zeggen – € 200,- komt op minimaal € 700,- incl. BTW per getuige.

⁶⁹ B.v. *Eindrapport*, p. 80 en 87 en 91.

Wie overigens zou menen dat de regeling van art. 591a Sv hier soelaas zou kunnen bieden, komt bedrogen uit. In de eerste plaats omdat gemaakte advocatenkosten alleen voor vergoeding in aanmerking komen, in het geval de verdachte van de gehele tenlastelegging is vrijgesproken. In het merendeel van de gevallen is de verdedigingsstrategie echter niet op integrale vrijspraak gericht maar op het bereiken van een aantal deelvrijspraken of, meer in het algemeen, het zoveel mogelijk beperken van de schade. In de tweede plaats komt de raadkamer een grote mate van vrijheid toe bij de toekenning van een tegemoetkoming voor de advocaatkosten die de vrijgesproken gewezen verdachte ontvangt. Raadkamers zien er geen been in om achteraf door de advocaat gemaakte uren als "overbodig" te betitelen, of om de gemaakte uren tegen een aanzienlijk lager uurtarief te vergoeden dan feitelijk en aantoonbaar door de advocaat is gehanteerd. In de derde plaats bestaan praktische en tuchtrechtelijke bezwaren tegen een handelwijze, die er op neer zou komen dat de advocaat die de zaak behandelt (slechts of eerst) volledige vergoeding voor zijn werkzaamheden tegemoet kan zien na een – nog onzekere – vrijspraak.

4.4 Beschouwing

Bezien en vergelijken we beide financieringssystemen, dan valt allereerst op het grote verschil in vergoeding tussen de door cliënt betaalde en de van overheidswege gefinancierde rechtshulp. Dat verschil kent twee componenten. De eerste verschilcomponent ligt hierin, dat een groot aantal werkzaamheden in een betaalde zaak wél, maar in een gefinancierde zaak niet wordt vergoed. Ik noem reistijd, wachttijd, het bijwonen van een pro-forma zitting of een uitspraak en tijd die wordt besteed aan studie van jurisprudentie en literatuur in zaak die juridisch gezien niet een bijzonder karakter heeft. Daarbij voegt zich dat de bevoegde Raad voor Rechtsbijstand werkzaamheden die de advocaat in het belang van de zaak acht, "ondoelmatig" kan oordelen, met als gevolg dat die werkzaamheden niet voor vergoeding in aanmerking komen. Daarmee wordt de advocaat voor de keuze gesteld de door hem noodzakelijk geachte werkzaamheden hetzij *niet*, hetzij *gratis* te verrichten.⁷⁰ Dat dan die werkzaamheden ook wel eens *niet* worden verricht, ligt besloten in de "ondoelmatig"-verklaring door de Raad voor Rechtsbijstand, en mag dan ook niet verbazen.

De tweede verschilcomponent ligt in de vergoeding die de advocaat per uur toekomt. Hiervoor, in de tabellen in par. 4.2.4, heb ik voor verschillende scenario's de uurtarieven becijferd die de advocaat in een gefinancierde zaak ontvangt. Die bedragen liggen ruwweg tussen ca. € 35,- en € 95,-. De bandbreedte voor de uurtarieven die in betalende zaken worden gedeclareerd ligt tussen € 100,- (voor beginnende stagiaires) en € 220,- (voor ervaren medewerkers/partners) – met uitloop tot zo'n € 350,- (of zelfs € 525,-). Alleen in toevoegingszaken waaraan weinig uren worden besteed – bijvoorbeeld minder dan 4 uur in een politierechterzaak en minder dan 5 uur in een eenvoudige MK zaak – komt het uurtarief in de buurt van de uurtarieven die in betalende zaken gangbaar zijn.

⁷⁰ Zie voetnoot 54.

Beide verschilcomponenten maken het voor de advocaat relatief onaantrekkelijk om toevoegingszaken te doen. Dit geldt temeer, naarmate een advocaat meer ervaren is, en dus een hoger uurtarief "in de markt" kan bedingen. Toevoegingszaken worden in meer gespecialiseerde kantoren dan ook in de veelal slechts door stagiaires en beginnend medewerkers behandeld – zo het kantoor überhaupt toevoegingszaken aanneemt. Wie een goed gevulde betalende praktijk heeft, zal uit bedrijfseconomisch perspectief zo weinig mogelijk toevoegingszaken wensen te behandelen.⁷¹

Het tweede punt dat opvalt in de analyse van de vergoedingssystemen is, dat voor de meeste zaken geldt dat de advocaat wordt geprikkeld om zo weinig mogelijk tijd aan de zaak besteden. Voor toevoegingszaken ligt die prikkel in de vergoedingsstructuur ingebakken. In veel betaalde zaken is die prikkel van de cliënt afkomstig. Deze prikkel deelt de advocatuur overigens met de rechterlijke macht: sinds rechtbanken en gerechtshoven op basis van hun "productie" worden gefinancierd, geldt ook voor deze instanties dat zij gestimuleerd worden om zo weinig mogelijk tijd aan een zaak ten besteden.⁷² Minder tijd per zaak levert immers een hogere "jaarproductie" op – en dus meer geld.

Waar de advocaat aan die druk toegeeft of toe moet geven, komen als eerste het juridisch en feitelijk onderzoek à décharge en het schrijven van de pleitnota – dus de kwaliteit van de presentatie op zitting – in het gedrang.

Deze constatering roept vraagtekens op over de koers die door de Hoge Raad is ingeslagen en die onder meer heeft geleid tot HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376. In dit arrest heeft de Hoge Raad eisen gesteld aan de vorm waarin een verweer, inhoudende een beroep op toepassing van art. 359a Sv, dient te worden gepresenteerd. Alleen verweren waarin duidelijk en gemotiveerd, aan de hand van de in het arrest genoemde factoren wordt aangegeven tot welk in art. 359a Sv omschreven rechtsgevolg een vormverzuim dient te leiden, zijn – zo besliste de Hoge Raad – responsieplichtige verweren.

Het praktische effect van deze aanscherping van de motiveringsverplichting voor de verdediging is, dat de advocaat die een responsieplichtig verweer wenst voor te dragen, *meer tijd* zal moeten steken in de vormgeving van dat verweer, dus *langer* zal moeten werken aan zijn pleitnota. De Hoge Raad dwingt advocaten kortom tegen de stroom op te roeien. Men kan verwachten dat in een groot aantal zaken de externe prikkels sterker zullen zijn dan de "prikkel" van de Hoge Raad, zodat de benodigde extra tijd niet door de advocaat zal worden uitgetrokken, of van de cliënt niet mag worden besteed. Evenzeer voorspelbaar zijn dan knorrige opmerkingen in conclusies van het Openbaar Ministerie bij de Hoge Raad met de strekking dat "de advocatuur" de instructies van HR NJ 2004, 376 nog steeds niet ter harte heeft genomen. De werkelijke zorg zou echter moeten zijn, dat alleen (zeer) kapitaalkrachtige verdachten hun advocaten de uren kunnen laten maken, die nodig zijn om aan de motiveringseisen van de Hoge Raad te kunnen voldoen.

⁷¹ Zie in dit verband als aansporing tot het tegendeel: Pieter van der Kruijs, Pleidooi voor het doen van politierechterzaken, *Advocatenblad* 3, 18 februari 2005, p. 124-125.

⁷² Zie b.v. *NJB* 25 februari 2005 (afl. 8), p. 430-431.

5. "Ineffective counsel"

5.1 Inleiding

In paragraaf 3.3 zagen we, dat een door de tuchtrechter gehonoreerde en gesanctioneerde klacht van een (gewezen) cliënt over (kwalitatief) tekortschietende bijstand door zijn raadsman, geen effect heeft op de positie van de in het gelijk gestelde klager in zijn strafzaak. Deze constatering roept de meer algemene vraag op wat de mogelijkheden zijn voor herstel, in het geval een verdachte door gebrekkige bijstand een veroordeelde is geworden.

Als klassieke methode voor herstel zou ~~gewezen~~ kunnen worden op het rechtsmiddel van hoger beroep. Naarmate echter het appèl meer een voortbouwend karakter krijgt, verliest het zijn herstellend vermogen. Zo moet op grond van de huidige regeling uiterlijk 4 weken na de uitspraak in eerste aanleg een appèlschriftuur ingediend te worden, met daarin een opgave van de in appèl te horen getuigen. Gelet op de korte termijn zal deze appèlschriftuur zo al, dan toch door de raadsman in eerste aanleg worden ingediend. Dat kan slechts leiden tot een voortzetting van in eerste aanleg gemaakte fouten in het hoger beroep.

Ook de tendens om de verdediging in appèl te binden aan "de eigen – in volle vrijheid genomen – taktische beslissingen"³ uit de eerste aanleg, maakt dat koerswendingen van de verdediging door de rechter in hoger beroep minder snel zullen worden geaccepteerd. Daarmee kan ook de wending die een nieuwe, *wél* behoorlijk presterende raadsman in appèl aan de zaak wenst te geven, teneinde de verzuimen van de eerste, *niet* behoorlijk presterende raadsman te herstellen, door een hof worden geblokkeerd.⁴

Terwijl aldus enerzijds de kwaliteit van de in concreto geboden rechtsbijstand steeds belangrijker wordt voor de realisering van een fair hearing, lijken anderzijds de mogelijkheden om de gevolgen van tekortschietende kwaliteit in appèl te redresseren steeds beperkter te worden. In de woorden van Knigge: dat bevredigt niet.

Daarom lijkt het dienstig enige aandacht te besteden aan jurisprudentie van het Amerikaanse Hooggerechtshof op het leerstuk van tekortschietende rechtsbijstand ("ineffective counsel"). Bij wijze van contrast en als onderzoek naar de Europese minimumnormen terzake, bespreek ik de jurisprudentie van het Europees Hof voor de rechten van de mens op het in art. 6 EVRM neergelegde recht op rechtsbijstand in strafzaken.

5.2 Verenigde Staten: Amendementen IV en IVX bij de Grondwet

Volgens het Zesde Amendement bij de Amerikaanse Grondwet heeft elke beschuldigde in strafzaken het recht op bijstand van een raadsman:

³ *Eindrapport*, p. 91.

⁴ Zie voor deze en andere voorbeelden Franken, *a.w.*, p. 34-40.

“In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to have the Assistance of Counsel for his defense.”⁷⁵

Dit recht wordt geacht te zijn geïncorporeerd in de (zich tot de Amerikaanse deelstaten richtende) “due process clause” van het Veertiende Amendement:⁷⁶

“No State shall [...] deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law.”

In de jurisprudentie van het US Supreme Court (USSC) behelst het recht op rechtsbijstand “the right to the *effective* assistance of counsel.”⁷⁷ Dat recht wordt uiteraard geschonden door gedragingen van de Staat of zijn functionarissen, waardoor rechtsbijstand geheel wordt ontzegd. Maar ook regelgeving door de Staat, waardoor inbreuk wordt gemaakt op “the ability of counsel to make independent decisions about how to conduct the defense”⁷⁸ komt in strijd met het Zesde/Veertiende Amendement. Zo werd bijvoorbeeld een verbod op consultatie tussen advocaat en cliënt gedurende schorsingen in de behandeling van de zaak in strijd met de “counsel clause” van het Zesde Amendement geacht.⁷⁹

Ook gedragingen van de raadsman *zelf* kunnen er toe leiden dat aan het recht van de verdachte op effectieve rechtsbijstand tekort wordt gedaan, zo leert *Cuyler v. Sullivan*, 446 U.S. 335 (1980):

“Unless a defendant charged with a serious offense has counsel able to invoke the procedural and substantive safeguards that distinguish our system of justice, a serious risk of injustice infects the trial itself. When a State obtains a criminal conviction through such a trial, it is the State that unconstitutionally deprives the defendant of his liberty. Our decisions make clear that inadequate assistance does not satisfy the Sixth Amendment right to counsel made applicable to the States through the Fourteenth Amendment. [...] Thus, the Sixth Amendment does more than require the States to appoint counsel for indigent defendants. The right to counsel prevents the States from conducting trials at which persons who face incarceration must defend themselves without adequate legal assistance.”

⁷⁵ De volledige tekst van Amendment VI bij de Constitution luidt:

“In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favour, and to have the Assistance of Counsel for his defense.”

⁷⁶ *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

⁷⁷ Zie b.v. *McMann v. Richardson*, 397 U.S. 759, 771 (1970); curs. DB. Deze en de nog te bespreken zaken betreffen alle de situatie waarin een verdachte in één van de Amerikaanse deelstaten onherroepelijk is veroordeeld, en vervolgens die veroordeling in de Federale jurisdictie aanvecht op de grond dat de deelstaat in de veroordeling en/of met zijn voortdurende vrijheidsbeneming (dit laatste is de *habeas corpus* procedure) zijn grondrechten, zoals neergelegd in de Federale Bill of Rights, heeft geschonden en/of schendt.

⁷⁸ *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

⁷⁹ *Geders v. United States*, 425 U.S. 80 (1970).

Langs deze weg heeft het USSC de deelstaten in wezen verantwoordelijk gesteld voor de kwaliteit van de geboden rechtsbijstand. En niet slechts voor de kwaliteit van de van overheidswege toegevoegde raadsman, maar ook voor de kwaliteit van de gekozen raadsman:

"A proper respect for the Sixth Amendment disarms [the State's] contention that defendants who retain their own lawyers are entitled to less protection than defendants for whom the State appoints counsel. We may assume with confidence that most counsel, whether retained or appointed, will protect the rights of an accused. But experience teaches that, in some cases, retained counsel will not provide adequate representation. The vital guarantee of the Sixth Amendment would stand for little if the often uninformed decision to retain a particular lawyer could reduce or forfeit the defendant's entitlement to constitutional protection. Since the State's conduct of a criminal trial itself implicates the State in the defendant's conviction, we see no basis for drawing a distinction between retained and appointed counsel that would deny equal justice to defendants who must choose their own lawyers."⁸⁰

Cuyler v. Sullivan betref een geval waarin sprake zou zijn van tegenstrijdige belangen tussen enkele van de door dezelfde raadsman bijgestane verdachten. In Strickland v. Washington, 466 U.S. 668 (1984), heeft het USSC geoordeeld dat ook (enkel) kwalitatief ondermaats presteren van de raadsman onder omstandigheden het recht op effectieve rechtsbijstand kan schenden.⁸¹

Uiteraard is dan de vraag *welke* tekortkomingen in de rechtsbijstand het recht op effectieve rechtsbijstand schenden. Daartoe grijpt het Supreme Court terug naar de centrale elementen van een eerlijk proces, zoals door het Zesde Amendement gedefinieerd. In de opvatting van het USSC is daarvan slechts sprake indien het bewijs in een "adversarial process" wordt getoetst. De toetssteen van het Supreme Court bij de beoordeling van een beroep op schending van het Zesde Amendement wegens ondeugdelijk rechtsbijstand is dan ook de vraag "whether counsel's conduct so undermined the proper functioning of the adversarial process that the trial cannot be relied on as having produced a just result."

Dit criterium valt in twee deelveisen uiteen. Het eerste vereiste is dat de verdachte aantoont dat zijn raadsman zozeer tekort is geschoten in zijn taakuitoefening, dat deze niet meer geacht kan worden de "raadsman" te zijn die het Zesde Amendement aan verdachten toekent. Daartoe moet de verdachte aantonen dat de bijstand van zijn raadsman niet voldeed aan de ondergrens van "reasonably effective assistance." Het USSC weigert daarbij meer precieze richtlijnen voor het gedrag van raadsliden te formuleren:

⁸⁰ Cuyler v. Sullivan, 446 U.S. 335 (1980).

⁸¹ Het hier te bespreken beslissingsmodel dat het USSC in Strickland heeft geformuleerd is bevestigd in Wiggins v. Smith, Warden, et al., 539 US 510 (2003). Anders dan in Strickland, was het eindoordeel van het USSC in Wiggins dat de bijstand van de raadsliden daadwerkelijk "inadequate" was geweest, hetgeen leidde tot een heropening van de zaak.

“The Sixth Amendment refers simply to ‘counsel’, not specifying particular requirements of effective assistance. It relies instead on the legal profession’s maintenance of standards sufficient to justify the law’s presumption that counsel will fulfil the role in the adversary process that the Amendment envisions.”

Daarbij dient de rechter die moet oordelen over een beroep van een verdachte op “ineffective counsel” buitengewoon terughoudend te zijn:

“Because of the difficulties inherent in making the evaluation, a court must indulge a strong presumption that counsel’s conduct falls within the wide range of reasonable professional assistance”.

Het tweede deelvereiste voor een succesvol beroep op “ineffective counsel” is dat de verdachte aantoont dat de ondermaatse rechtsbijstand invloed heeft gehad op de uitkomst van de zaak.

“The purpose of the Sixth Amendment guarantee of counsel is to ensure that a defendant has the assistance necessary to justify reliance on the outcome of the proceeding. Accordingly, any deficiencies in counsel’s performance must be prejudicial to the defense in order to constitute ineffective assistance under the Constitution.”

In een aantal gevallen wordt de aanwezigheid van dit vereiste verondersteld. Dit zijn de gevallen waarin een overheidsorgaan verantwoordelijk gehouden kan worden voor het ontbreken of belemmeren van (effectieve) rechtsbijstand, alsmede het in *Cuyler v. Sullivan* aanvaarde geval, dat een raadsman met een daadwerkelijk belangenconflict optreedt. In alle andere gevallen rust op de verdachte de taak aan te tonen dat de uitkomst van de zaak beïnvloed is door de gebrekkige taakuitoefening van de raadsman. Daartoe dient de verdachte aan te tonen

“that there is a reasonable probability that, but for counsel’s unprofessional errors, the result of the proceeding would have been different. A reasonable probability is a probability sufficient to undermine confidence in the outcome.”⁵³

53 Artikel 6 lid 3 onder c EVRM

Het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) vaart op dit onderwerp een wezenlijke andere koers dan het USSC. Art. 6 lid 3, aanhef en onder c EVRM luidt:

“Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:
(...)

⁵³ Voorafgaand aan het formuleren van deze maatstaf besprak (en verwierp) het hof twee andere denkbare toetsingscriteria: “It is not enough for the defendant to show that the errors had some conceivable effect on the outcome of the proceeding. (...) On the other hand, we believe that a defendant need not show that counsel’s deficient conduct more likely than not altered the outcome of the case.”

to defend himself in person or through legal assistance of his choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require."

In een aantal zaken heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens klachten behandeld, die inhielden dat de klager onvoldoende of ondeugdelijke rechtsbijstand had gekregen, waardoor de geciteerde EVRM bepaling geschonden zou zijn.

In de Artico-zaak⁸¹ deelde de door de Italiaanse overheid toegevoegde raadsman zowel aan de rechter als aan de verdachte schriftelijke mee, dat hij om gezondheidsredenen de opdracht om Artico in zijn cassatieberoep bij te staan, niet kon aanvaarden. Daarop verzocht Artico het Hof van Cassatie herhaaldelijk per brief en per telegram om benoeming van een andere raadsman. Het enige antwoord dat hij op zijn herhaalde verzoeken kreeg was een briefje, inhoudende dat een toegevoegd raadsman een aanstelling rechtens niet kon weigeren. Het cassatieberoep werd uiteindelijk behandeld zonder dat Artico de bijstand van een raadsman genoot.

Het EHRM overwoog dat het derde lid van art. 6 EVRM meer gespecificeerde uitwerkingen bevat van het in het eerste lid van dat artikel algemeen geformuleerde recht op een eerlijk proces. In de woorden van het EHRM garandeert art. 6, derde lid, onder c:

"the right to an adequate defence either in person or through a lawyer, this right being reinforced by an obligation on the part of the State to provide free legal assistance in certain cases."

De Italiaanse Staat betoogde dat met de *benoeming* van de toegevoegde raadsman aan de verdragsverplichting was voldaan. Het hof achtte dat echter onvoldoende:

"The Court recalls that the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective; this is particularly so of the rights of the defence in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial, from which they derive. (...) Article 6 par. 3 (c) speaks of "assistance" and not of "nomination". Again, mere nomination does not ensure effective assistance since the lawyer appointed for legal aid purposes may die, fall seriously ill, be prevented for a protracted period from acting or shirk his duties. If they are notified of the situation, the authorities must either replace him or cause him to fulfil his obligations. Adoption of the Government's restrictive interpretation would lead to results that are unreasonable and incompatible with both the wording of sub-paragraph (c) (art. 6-3-c) and the structure of Article 6 (art. 6) taken as a whole; in many instances free legal assistance might prove to be worthless."

De Italiaanse Staat betoogde voorts dat onvoldoende aannemelijk was gemaakt dat Artico door het gemis van een raadsman daadwerkelijk was benadeeld. Ook dit wordt door het Hof verworpen:

⁸¹ Artico v. Italië, 13 mei 1980, appl. nr. 6694/74, Series A nr. 37.

“there is nothing in Article 6 par. 3 (c) indicating that such proof is necessary (...) More generally, the existence of a violation is conceivable even in the absence of prejudice; prejudice is relevant only in the context of Article 50.”

Het Hof oordeelt art. 6, derde lid, onder c EVRM dan ook geschonden:

“Admittedly, a State cannot be held responsible for every shortcoming on the part of a lawyer appointed for legal aid purposes but, in the particular circumstances, it was for the competent Italian authorities to take steps to ensure that the applicant enjoyed effectively the right to which they had recognised he was entitled. Two courses were open to the authorities: either to replace Mr. Della Rocca or, if appropriate, to cause him to fulfil his obligations. They chose a third course – remaining passive –, whereas compliance with the Convention called for positive action on their part. The Court thus concludes that there has been a breach of the requirements of Article 6 par. 3 (c).”

In een andere Italiaanse zaak⁸⁴ was aan de verdachte (Goddi) voor de behandeling van een procedure in appèl een raadsman toegewezen. Nadat hij een andere raadsman had gekozen, en met die gekozen raadsman ook al ter zitting was verschenen, werd de oproep voor de inhoudelijke behandeling toch naar de eerder toegevoegde raadsman verzonden. Nu Goddi zelf voor een andere zaak was gedetineerd, verscheen noch hijzelf, noch een raadsman, op de dienende dag.

Staande de terechtzitting werd een nieuwe advocaat aan de (niet verschenen) verdachte toegewezen. Deze advocaat kende noch de zaak, noch zijn cliënt, en wist niet dat Goddi op grond van een andere zaak was gedetineerd. De aanklager verzocht om uitstel van de behandeling om een aantal niet verschenen getuigen alsnog ter zitting te kunnen horen. Dit verzoek werd door het hof afgewezen en nog diezelfde dag werd Goddi veroordeeld tot een zwaardere straf dan hem in eerste aanleg was opgelegd.

Het EHRM constateert dat Goddi op de dag van de inhoudelijke behandeling geen rechtsbijstand had die, zoals vereist door art. 6, derde lid, onder c “practical and effective” was. “Nevertheless,” vervolgt het Hof, “it has to be ascertained whether and to what extent this factual situation is attributable to the Italian State.” Omtrent het optreden van de op de dienende dag toegevoegde raadsman overweegt het Hof met nauwelijks verholten afkeuring:

“it is not the Court’s task to express an opinion on the manner in which Mr. Straziani, a member of a liberal profession who was acting in accordance with the dictates of his conscience as a participant in the administration of justice, considered that he should conduct the case. On the other hand, the Court does have to determine whether the Bologna Court of Appeal took steps to ensure that the accused had the benefit of a fair trial, including an opportunity for an adequate defence.

In fact, Mr. Straziani did not have the time and facilities he would have needed to study the case-file, prepare his pleadings and, if appropriate, consult his client (cf. Article 6 para. 3 (b) of the Convention). (...) the Court of Appeal should – whilst respecting the basic principle of the independence of the Bar – at least have taken measures, of a positive nature, calculated to permit the officially-appointed lawyer to fulfil his obligations

⁸⁴ Goddi v. Italië, 9 april 1984, appl. nr. 8966/80, Serie A nr. 76

in the best possible conditions. It could have adjourned the hearing, as the public prosecutor's office requested, or it could have directed on its own initiative that the sitting be suspended for a sufficient period of time.

No inference can be drawn from the fact that Mr. Straziani himself made no such request. The exceptional circumstances of the case – the absence of Mr. Goddi and the failure to notify Mr. Bezicheri [de gekozen raadsman] – required the Court of Appeal not to remain passive."

Ook in latere uitspraken van het EHRM is voor de beoordeling van de vraag of art. 6, derde lid, onder *c* EVRM is geschonden, bepalend of de justitiële autoriteiten geacht konden worden op de hoogte te zijn van de ondeugdelijkheid van de geboden rechtsbijstand.

Kamasinski⁸⁵ had voorafgaand aan zijn terechtzitting aan de voorzitter van de rechtbank gevraagd zijn toegevoegd raadsman te ontslaan, "if the lawyer's assignment was the basis for denying Mr Kamasinski himself direct access to the evidence recorded in the court file", en had voorts aan de voorzitter geschreven: "Dr Steidl [de raadsman] had not prepared [him] for the trial, nor provided or translated all the relevant witness statements." Ter terechtzitting ontstond onenigheid tussen Kamasinski en zijn raadsman, ertoe leidend dat de raadsman de rechtbank verzocht van zijn functie te worden ontheven, welk verzoek werd geweigerd. Naar het oordeel van het EHRM leverden deze omstandigheden geen reden op voor de Oostenrijkse autoriteiten om te interveniëren. De brieven, met daarin kritiek over het optreden van de raadsman, die Kamasinski *na* de terechtzitting aan de justitiële autoriteiten deed toekomen, werden door het EHRM buiten beschouwing gelaten.

Daud⁸⁶ kreeg in maart 1992 een raadsman toegewezen. In december 1992 schreef Daud een brief aan de rechtbank, waarin hij om een eerste (!) gesprek met zijn advocaat vroeg. Omdat de brief in het Spaans was gesteld, heeft de Portugese rechter het verzoek terzijde gelegd, net zoals hij al gedaan had met twee eerdere brieven van Daud, houdende verzoeken tot het verrichten van onderzoekshandelingen. Toen de toegevoegde raadsman zich in januari 1993 terugtrok, werd enkele dagen voor de zitting een nieuwe raadsman toegevoegd. Naar het oordeel van het EHRM was deze termijn "too short for a serious, complex case". De brieven van Daud

"should have alerted the relevant authorities to a manifest shortcoming on the part of the first officially assigned lawyer (...T)he court should have inquired into the manner in which the lawyer was fulfilling his duty and possibly replaced him sooner, without waiting for him to state that he was unable to act for Mr Daud. Furthermore, after appointing a replacement, the Lisbon Criminal Court, which must have known that the applicant had not had any proper legal assistance until then, could have adjourned the trial on its own initiative. The fact that the second officially assigned lawyer did not

⁸⁵ Kamasinski v. Oostenrijk, 19 december 1989, appl. nr. 9783/82, Series A nr. 168.

⁸⁶ Daud v. Portugal, 21 april 1998, appl. nr. 22600/93, Reports 1998 II.

make such an application is of no consequence. The circumstances of the case required that the court should not remain passive.”

(Veronderstelde) wetenschap bij de justitiële autoriteiten van in ernstige mate tekortschietende rechtsbijstand lijkt in de rechtspraak van het EHRM een absoluut vereiste, voordat een schending van art. 6, derde lid, onder c kan worden aangenomen. Zoals het EHRM in *Mayzit v. Rusland*⁸⁷ zijn jurisprudentie samenvatte:

“The State cannot be held responsible for every shortcoming on the part of a lawyer appointed for legal-aid purposes. The competent national authorities are required under Article 6 § 3 (c) to intervene *only* [curs. DB] if a failure by legal-aid counsel to provide effective representation is manifest or sufficiently brought to their attention in some other way.”

5.4 Beschouwing

Het verschil in behandeling door USSC en EHRM van – op het eerste gezicht – vrijwel identiek geformuleerd rechten, is instructief. In de Amerikaanse rechtssfeer staat de vraag centraal of de kwaliteit van de geboden rechtsbijstand ondermaats was, en of dat nadelig kon uitpakken op het verloop en de uitkomst van het proces. In Europa is de vraag of de aangeklaagde Staat ten onrechte is blijven stilzitten, in het licht van hetgeen de Staat ten tijde van het proces bekend was of kon zijn omtrent het (materieel) ontbreken van rechtsbijstand.

In de kern komt het verschil in behandeling hier op neer, dat het USSC van oordeel is dat het recht op rechtsbijstand aan *burgers* een *aanspraak* op *kwalitatief behoorlijke* rechtsbijstand verleent. In de opvatting van het EHRM legt het recht aan *Staten* de *verplichting* op om *in te grijpen bij* (materieel) *ontbrekende* rechtsbijstand.

De Nederlandse rechtscultuur bevindt zich stevig in het kamp van het EHRM. De vraag moet echter gesteld of de blik niet meer naar het USSC moet worden gericht, naarmate in onze procesvoering de kwaliteit van de in concreto geboden rechtsbijstand van groter belang wordt voor de “fairness” en de uitkomst van de strafzaak.

6. Uitleiding

Het antwoord op de in paragraaf 1.2 geformuleerde onderzoeksvraag stemt tot nadenken.

In de opleidings- en ervaringseisen van advocaten liggen zo goed als geen waarborgen besloten voor een kwalitatief behoorlijk optreden van de raadsman. Behoudens de lichte eisen die de Raad voor Rechtsbijstand stelt aan het mogen deelnemen aan het stelsel van gefinancierde rechtshulp, is elke advocaat bevoegd op te treden als raads-

⁸⁷ 20 januari 2005, appl. nr. 63378/00, r.o. 67. Vgl. *Lagerblom v. Zweden*, 14 januari 2003, appl. nr. 26891/95.

man in strafzaken. De vraag óf een advocaat voldoende kennis, kunde en ervaring heeft om in een concrete strafzaak als raadsman op te treden, is volledig aan de advocaat zélf – onder omstandigheden hooguit: zijn kantoor – ter beantwoording overgelaten. Alleen het lidmaatschap van de NVSA zou gezien kunnen worden als een "kwaliteitskeurmerk" voor de advocaat die in strafzaken optreedt, indien althans de vereniging toezicht zou houden op de naleving van de opleidings- en ervaringsvoorwaarden die volgens de reglementen aan continuering van het lidmaatschap zijn verbonden.

Ook het tuchtrecht biedt nauwelijks waarborgen voor kwalitatief behoorlijk optreden van de raadsman. Een tuchtrechtelijke uitspraak kan onder het huidige recht immers slechts voor toekomstige gevallen soelaas bieden. De in het gelijk gestelde klager heeft in zijn eigen strafzaak niets aan een tuchtrechtelijke overwinning.

Als ten slotte de beschouwing van de financiële omgeving van de advocaat iets leert, dan is het wel dat de in de financieringssystemen besloten liggende prikkels de advocaat in de richting van de *on*behoorlijke taakvervulling dringen. In zaken waarin de verdachte zelf de kosten van rechtsbijstand moet dragen, staat de advocaat niet zelden onder druk van zijn cliënt om zo weinig mogelijk tijd aan de verdediging te besteden. Diezelfde prikkel geldt op grond van de systematiek voor toevoegingszaken. Daarbij voegt zich – als gevolg van het niveau van de vergoedingen – dat de advocaat die voldoende betalende zaken heeft, een dief van zijn eigen portemonnee is als hij (veel) uren aan toevoegingszaken besteedt.

Hiermee wil ik niet betogen dat de meerderheid, een groot deel of een belangrijke minderheid van de advocaten in al hun, of enkele van hun zaken kwalitatief ondermaats presteren. Maar het (vrijwel) ontbreken van waarborgen voor de kwaliteit van de rechtsbijstand maakt wel de vraag acuut hoe de verdachte in een "geprivatiseerd" stelsel – een stelsel dat (in toenemende mate) hierdoor wordt gekenmerkt, dat de verantwoordelijkheid voor de verwezenlijking van rechtsbescherming en een fair hearing op de schouders van de raadsman wordt gelegd – kan worden beschermd tegen een kwalitatief ondermaats presterende advocaat. Noch de Hoge Raad, noch de wetgever, noch de onderzoeksgroep Strafvordering 2001 lijkt zich om deze vraag te bekommeren. Wellicht speelt daarbij mee het vertrouwen dat nog steeds in de rechter wordt gesteld. De veronderstelling is dan, dat de rechter in veel gevallen de ballen wel zal oprapen die de raadsman in zijn zaak laat vallen. Behalve in de meest voor de hand liggende gevallen (er is bijvoorbeeld evident onvoldoende wettig bewijs of het feit is kennelijk verjaard), is niet duidelijk waar dit vertrouwen op gebaseerd zou kunnen worden. Integendeel: de jurisprudentie van de Hoge Raad toont wel aan, dat in elk geval dat rechterlijk college geen uitgesproken neiging heeft om als ballenjongen van de raadsman op te treden. En voor wat betreft de voorstellen van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001: daarin krijgt de rechter nog wel een "actieve" rol toebedeeld, maar die ligt voornamelijk op het terrein van de *procesregie*; inhoudelijk gezien wordt de verdediging geheel aan de verdediging overgelaten.⁸⁸

⁸⁸ Dit blijkt ook indien we een abstracter perspectief kiezen. De privatiseringsbeweging kan worden begrepen als een (veranderende) uitkomst van een verdelingsprobleem: welke actor draagt welke (proces)lasten. De belasting van de rechterlijke macht wordt verminderd door de belasting

De ontwikkeling naar een voortbouwend(er) appèl brengt met zich dat dit rechtsmiddel aan herstellend vermogen inboet (zie par. 5.1) – waarbij nog moet worden verondersteld dat een verdachte *tijdig* tot het inzicht komt dat zijn strafzaak mogelijk een andere wending zou kunnen nemen, indien hij zich voor het hoger beroep van behoorlijke bijstand zou voorzien. Klachten omtrent de kwaliteit van de bijstand zullen in elk geval niet voor het eerst in cassatie kunnen worden aangevoerd.

Kortom: de verdachte burger wordt voor de effectuering van *zijn* fair hearing en *zijn* rechtsbescherming steeds meer aangewezen op zijn raadsman. De overheid – die deze taken heeft “geprivatiseerd” – heeft geen waarborgen geschapen voor een behoorlijke kwaliteit van de geboden rechtsbijstand. De verdachte – zo hij financieel al in een positie is om te kiezen – heeft (vanzelfsprekend) geen inzicht in de onderlinge kwaliteitsverschillen van advocaten. Mocht in *zijn* zaak zijn raadsman wanpresteren, dan heeft hij nauwelijks mogelijkheden tot herstel.

Van een deugdelijk procesmodel moet men beter verlangen.

Oplossingen zijn schaars. Terugtrek op het privatiseringspad leidt tot zwaardere belasting van de rechterlijke macht, en zal reeds om die reden niet populair zijn. Het formuleren van kwaliteitseisen voor het optreden als raadsman leidt tot een (meer of minder drastische) vermindering van het aantal advocaten dat *bevoegd* is bijstand in strafzaken te verlenen. Dat kan leiden tot onvoldoende beschikbaarheid van raadsliden en stijging van de kosten van de rechtshulp. Men zou een herzieningsprocedure naar Amerikaans voorbeeld in het leven kunnen roepen, waarbij een tuchtrechtelijke veroordeling van een raadsman grond voor herziening oplevert, indien de mogelijkheid bestaat dat verdachte door het tuchtrechtelijk gesanctioneerde handelen in zijn strafzaak is benadeeld. Maar zo'n herzieningsprocedure zou lang niet in alle gevallen uitkomst kunnen bieden.

Hoe dan ook: er zal een mouw aan gepast moeten worden. Want zolang de kwalitatief behoorlijke taakvervulling van de raadsman niet *daadwerkelijk* is gewaarborgd, zijn in een geprivatiseerd stelsel “fair hearing” en “rechtsbescherming” vooral juridische ficties.

van de verdediging te vergroten. Het is de rechter dan ook *toegestaan* zich aan de verdelingsafspraken te houden en de verdediging dus *geheel* aan de raadsman over te laten.